

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

LOS GRANDES DEBATES ACTUALES EN EL DERECHO DEL TRABAJO Y LA PROTECCIÓN SOCIAL

ESTUDIOS EN RECUERDO DEL PROFESOR
DR. MANUEL RAMÓN ALARCÓN CARACUEL

JESÚS CRUZ VILLALÓN
JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ
PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO
Coordinadores

58



JUNTA DE ANDALUCÍA

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

**LOS GRANDES DEBATES ACTUALES EN EL
DERECHO DEL TRABAJO Y LA PROTECCIÓN SOCIAL**

**ESTUDIOS EN RECUERDO DEL PROFESOR
DR. MANUEL RAMÓN ALARCÓN CARACUEL**

Coordinadores
Jesús Cruz Villalón
José Manuel Gómez Muñoz
Patrocinio Rodríguez-Ramos Velasco

58



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

Dirección

Ángel Javier Gallego Morales

Jesús Cruz Villalón

Sebastián de Soto Rioja

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin la preceptiva autorización. La responsabilidad de las opiniones expresadas en las publicaciones editadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales incumben exclusivamente a sus autores y su publicación no supone que el Consejo se identifique con las mismas.

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2016

© Los autores, 2016

ISBN: 978-84-608-8421-7

Imprime: TECNOGRAPHIC, S.L. Artes Gráficas

Depósito Legal: SE 908-2016

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES



LOS GRANDES DEBATES ACTUALES EN EL
DERECHO DEL TRABAJO Y LA PROTECCIÓN SOCIAL

ESTUDIOS EN RECUERDO DEL PROFESOR
DR. MANUEL RAMÓN ALARCÓN CARACUEL

ÍNDICE

Publicaciones del profesor Dr. Manuel Ramón Alarcón Caracuel.....	11
1. La figura de Manuel Ramón Alarcón Caracuel	
El compromiso del jurista Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer	27
Manuel Ramón Alarcón: una trayectoria universitaria y profesional al servicio del Derecho José Manuel Gómez Muñoz.....	35
El magistrado Manuel Ramón Alarcón Fernando Salinas Molina	53
2. Cuestiones de carácter general	
Derecho constitucional del trabajo ayer y hoy (diálogo con Manuel Ramón Alarcón) Bartolomé Clavero Salvador	67
La inexistencia, en el Derecho francés del Trabajo, de un principio pro operario Antoine Jeammaud.....	83

La vigencia hoy del principio pro operario. Actualidad de las ideas de Manuel Ramón Alarcón Joaquín Aparicio Tovar	95
Una reflexión sobre las últimas deliberaciones judiciales con Manuel Ramón Alarcón Rosa Virolés Piñol	107
Las crisis económicas cíclicas y la reforma laboral sempiterna Andrés Bejarano Hernández	115

3. Derecho colectivo del trabajo

La tesis doctoral del profesor Manuel Ramón Alarcón Antonio Martín Valverde	131
Nuevos retos del sindicalismo en España María Sepúlveda Gómez	141
Nuevas funciones de la negociación colectiva y su impacto sobre las relaciones entre Ley y convenio Jesús Cruz Villalón.....	155
La huelga en los servicios esenciales de la comunidad Antonio Baylos Grau	169
Los procesos colectivos por impugnación de despidos nulos y la sentencia que les pone término. Ejecutabilidad y su alcance en la doctrina del Tribunal Supremo María Fernanda Fernández López.....	181

4. Derecho individual del trabajo

Derecho del Trabajo y trabajo por cuenta ajena Francisco Pérez Amorós.....	193
La integración del empleo público en el Derecho del Trabajo y sus especialidades Eduardo Rojo Torrecilla	205

La influencia del Derecho del Trabajo sobre el régimen de los funcionarios públicos María José Feijoo Rey.....	219
El principio de igualdad de trato en materia salarial en el ámbito de las Administraciones Públicas María Luisa Segoviano Astaburuaga	231
El derecho al trabajo en la Constitución Española Miguel Rodríguez-Piñero Royo	243
La política de inmigración de la Unión Europea Ferrán Camas Roda	257
La ordenación del tiempo de trabajo Jaime Castiñeira Fernández	273
El trabajo a tiempo parcial: entre la flexibilidad empresarial y la conciliación de la vida personal y familiar Vicente Martínez Abascal	287
Revisitando las jornadas especiales de trabajo de la mano de Manuel Ramón Alarcón José Manuel Gómez Muñoz.....	301
Movilidad funcional y poderes organizativos del empresario Francisco Andrés Valle Muñoz	317
La objeción de conciencia como fundamento de la desobediencia del trabajador Juan Manuel Moreno Díaz	331
Nuevas perspectivas del despido nulo Juan Pedrosa González.....	347

5. Derecho de la Seguridad Social

La tutela social en el mercado de trabajo, pasado, presente y ¿el futuro? Gian Guido Balandi	361

Hacia el Derecho de la Protección Social de la mano de Manuel Ramón Alarcón Caracuel Patrocinio Rodríguez-Ramos Velasco.....	373
Del régimen especial a los sistemas especiales de Seguridad Social agrarios Margarita Arenas Viruez	391
Gestión privada de la sanidad pública Macarena Hernández Bejarano	405
Vías de financiación de la Seguridad Social Ramón López Fuentes.....	419
Compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación Manuel García Muñoz	433
Una defensa de la protección por desempleo entre las corrientes de dos confusos niveles jurídicos Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca.....	445
Notas impertinentes sobre la concurrencia de la responsabilidad laboral y la responsabilidad civil en materia de accidentes de trabajo Ángel López López	461
La responsabilidad de Seguridad Social en el marco de las contratas y subcontratas Carolina Gala Durán	475
Las medidas de protección social complementaria y los trabajadores migrantes Ignacio Camós Victoria.....	489

PUBLICACIONES DEL PROF. DR. MANUEL RAMÓN ALARCÓN CARACUEL

CLAVES: **L** = LIBRO COMPLETO. **CL** = CAPITULO DE LIBRO (INCLUYENDO LOS LIBROS DE CONGRESOS, JORNADAS, ETC.). **A** = ARTICULO O COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA. **O** = OTROS (CONFERENCIAS EDITADAS, PARTICIPACION EN DEBATES, PROLOGOS, ARTICULOS PERIODISTICOS, ETC.).

1. DESPIDO POR EXPEDIENTE DE CRISIS: ¿AFECTA A LOS CONTRATOS EN SUSPENSO?, Revista de Política Social nº 98, 1973, pp. 248 a 252. (A).
2. EL DERECHO DE ASOCIACION OBRERA EN ESPAÑA (18391900). Ediciones de la Revista de Trabajo, Ministerio de Trabajo, Madrid 1975, 507 pp. (L).
3. DERECHO AL TRABAJO, LIBERTAD PROFESIONAL, DEBER DE TRABAJAR. Revista de Política Social nº. 121, 1979, pp. 5 a 39. (A).
4. EL DESPIDO NULO EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL. En el libro "I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Ministerio de Trabajo, Madrid 1981, pp. 275 a 286. (CL).
5. ¿EQUIVALE EL DESPIDO A LA "NO READMISION" DEL TRABAJADOR TRAS LA EXCEDENCIA FORZOSA? Revista de Política Social nº 132, 1981, pp. 277 a 284. (A).
6. EL VALOR JURIDICO DEL REGLAMENTO DE REGIMEN INTERIOR TRAS EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES. Revista de Política Social nº 133, 1982, pp. 257 a 261. (A).

7. UN CONCEPTO CLASICO DE LA RELACION ENTRE LEY Y CONVENIO COLECTIVO. En el libro "Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo". Universidad de Córdoba 1983, pp. 47 a 60. (CL).
8. LOS PROCESOS ESPECIALES DE CLASIFICACION PROFESIONAL Y CONFLICTOS COLECTIVOS EN LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL DE 1980 Y NORMAS CONCORDANTES. Revista de Política Social, nº 137, 1983, pp. 57 a 103. (A).
9. EL IMPACTO DE LA CRISIS EN EL DERECHO DEL TRABAJO. Temas Laborales, nº 1, 1984, pp. 78 a 81 y 86 a 91. (O).
10. EL "SINDICATO MAS REPRESENTATIVO" EN LA LEY ORGANICA DE LIBERTAD SINDICAL. Revista de Trabajo, nº 73, 1984, pp. 210 a 222. (A).
11. LA ENSEÑANZA PRÁCTICA DEL DERECHO DEL TRABAJO. En el libro "II Jornadas HispanoLusoBrasileñas de Derecho del Trabajo", Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1985, pp. 329 a 342. (CL).
12. LA POLITICA DE FOMENTO DEL EMPLEO DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS. En el libro "III Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales", Fundación Universitaria de Jerez, Cádiz 1985, pp. 219 a 225. (CL).
13. LA NUEVA CONFIGURACION LEGAL DE LA RELACION DE EMPLEO PUBLICO: FUNCIONARIOS Y CONTRATADOS LABORALES. Delegación Interprovincial del Instituto de Estudios de Administración Local, Sevilla 1985. (O).
14. COMPENDIO DE SEGURIDAD SOCIAL (En colaboración con Santiago González Ortega). Editorial Tecnos, Madrid 1985. 4ª edición, 1991, 420 pp. (L).
15. EL DESEMPLEO: NIVELES DE PROTECCION Y REGIMEN DE LAS PRESTACIONES. En el libro "Comentarios a la nueva legislación laboral", Editorial Tecnos, Madrid 1985, pp. 249 a 280. (CL).
16. LA INTEGRACION DE LOS SERVICIOS SOCIALES Y LA ASISTENCIA SOCIAL EN LA SEGURIDAD SOCIAL. En el libro "IV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales", Consejería de Trabajo y Seguridad Social de la Junta de Andalucía, Sevilla 1986, pp. 35 a 65. (CL).
17. LA LEY DE REFORMA DE PENSIONES DE 1985. Relaciones Laborales, nº 1, 1986, pp. 9 a 29. (A).
18. PARO OBRERO. Voz en la "Nueva Enciclopedia Jurídica", Editorial Francisco Seix, S. A., Barcelona 1986, pp. 922 a 927. (CL).

19. LA AJENIDAD EN EL MERCADO: UN CRITERIO DEFINITORIO DEL CONTRATO DE TRABAJO. Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 28, 1986, pp. 495 a 544. (A).
20. LOS SINDICATOS EN ANDALUCIA. En el libro "Las relaciones industriales en Andalucía", Instituto de Desarrollo Regional de la Universidad de Sevilla, Sevilla 1987, pp. 11 a 39. (CL).
21. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. En el libro "La enseñanza del Derecho en España", Editorial Tecnos, Madrid 1987. (CL).
22. LAS PENSIONES DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS EN ESPAÑA. (En colaboración con Santiago González Ortega). Fundación MAPFRE, Madrid, 1988, 278 pp. (L).
23. LA ORDENACION DEL TIEMPO DE TRABAJO. Editorial Tecnos, Madrid 1988, 157 pp. (L).
24. LA REGULACION DEL DERECHO DE HUELGA. Mòn Laboral, nº 5, 1988, pp. 31 a 33 y 36; y en Anuari sòcio-laboral de Catalunya, 1991, Universitat de Barcelona, pp. 57-63. (O).
25. DIPENDENZA E ALIENITA NELLA DISCUSSIONE SPAGNOLA SUL CONTRATTO DI LAVORO. En el libro "Lavoro subordinato e dintorni: comparazione e prospettive", Editorial Il Mulino, Bologna (Italia), 1989, pp. 295 a 312. (CL).
26. UNA VALORACION CRITICA GLOBAL DE LA LEY DE BASES DE PROCEDIMIENTO LABORAL. En el libro "La reforma del procedimiento laboral", Editorial Marcial Pons, Madrid 1989, pp. 11 a 33. (CL).
27. LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO "PRO OPERARIO". En el libro "Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo", en homenaje al Profesor Manuel Alonso Olea, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1990, ISBN: 84-7434-582-0, pp. 837 a 874 . (CL).
28. DERECHOS DE INFORMACION DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN MATERIA DE CONTRATACION (LEY 2/1991, DE 7 DE ENERO). Revista de Trabajo, nº 100, 1990, pp. 65 a 73; y en Anuari socio-laboral de Catalunya, 1990, Univ. de Barcelona, pp. 175-182. (A).
29. EL RECURS DE CASACIO PER A LA UNIFICACIO DE LA DOCTRINA. En el libro "El nou procediment laboral", Centre d'Estudis i Recerca Sindicals de la Comissió Obrera Nacional de Catalunya, Barcelona 1991, pp. 105 a 119. (O).
30. ¿CARECE DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL QUE UN JUEZ RESUELVA UN CASO APLICANDO UNA NORMA DEROGADA? (O DE CUANDO LO

- OBVIO SE VUELVE TURBIO). Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 48, julio-agosto 1991, pp. 673 a 677. (A).
31. UN POSIBLE MODELO DE REGULACION DE LA HUELGA QUE AFECTA A SERVICIOS ESENCIALES DE LA COMUNIDAD. Gaceta Sindical nº 98, septiembre 1991, pp. 47 a 55. También en Relaciones Laborales, nº 19, octubre 1991, pp. 8 a 22. (A).
 32. UN PROCESO DE CONFLICTO COLECTIVO SIN SENTENCIA NORMATIVA. En el libro "Estudios sobre la Ley de Procedimiento Laboral de 1990", Editorial Marcial Pons, Madrid 1991, pp. 195 a 234. (A).
 33. ESTADO SOCIAL Y DERECHO DEL TRABAJO. En el libro "Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)", Editorial Marcial Pons, Madrid 1992, pp. 9 a 29. (CL).
 34. FORMAS DE REORDENACION Y REDUCCION DEL TIEMPO DE TRABAJO. Economía y Sociología del Trabajo, nº 15/16, enero-junio 1992, pp. 20 a 27. (A).
 35. INICIATIVA PRIVADA Y GESTION DE LA SANIDAD PUBLICA. En el libro que contiene las ponencias del II Congreso Hispano-latinoamericano de Seguridad Social, Sevilla 1992, pp. 1 a 31. También en Tribuna Social nº. 30, junio 1993, pp. 7 a 14. (A).
 36. TIEMPO DE TRABAJO. REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES. En el libro "Comentarios al Convenio General de la Construcción; Fundación Anastasio de Gracia, Madrid 1993, pp. 263 a 287 y 389 a 392. (CL).
 37. ILEGALIDAD Y ABUSIVIDAD DE LA HUELGA. En el libro "Ley de Huelga", Instituto Sindical de Estudios, Madrid 1993, pp. 87 a 102. (CL).
 38. FOMENTO Y DEFENSA DEL EMPLEO Y ORDENACION DEL TIEMPO DE TRABAJO. En el libro "La flexibilidad laboral en España", Instituto Universitario de Relaciones Laborales, Zaragoza 1993, pp. 435 a 460. (CL).
 39. LA JURIDICION SOCIALE EN ESPAGNE. Revue Internationale de Droit Comparé, nº 2, 1993, pp. 467 a 472. (A).
 40. MODELO CONSTITUCIONAL Y REGULACION LEGAL DE LA HUELGA. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, nº 17, 1994, pp. 47 a 50. (O).
 41. LA REFORMA DEL DESEMPLEO. Tribuna Social, nº 47, noviembre 1994, pp. 9 a 12. (A).
 42. COTIZACION DURANTE LA SITUACION DE ILT QUE SE SUPERPONE Y SE PROLONGA MAS ALLA DE LA DE DESEMPLEO CONTRIBUTIVO (Y PASSIM SOBRE LOS LIMITES DE LA UNIFICACION DE DOCTRINA). En colaboración

con Josep Fargas Fernández. Revista Española Civitas de Derecho del Trabajo, nº 69, enero-febrero 1995, pp. 5 a 13. (A).

43. DURACION DEL CONTRATO, JORNADA Y SALARIO. En el libro "La reforma laboral de 1994", Editorial Marcial Pons, Madrid 1994, ISBN: 84-7248-221-9, pp. 159 a 188. (CL). (Reproducción parcial bajo el título TIEMPO DE TRABAJO EN LA REFORMA LABORAL en Relaciones Laborales núm. 17-18/1994).
44. LA REFORMA DE LA NEGOCIACION COLECTIVA. En el libro "Reforma laboral", Ilustre Consejo de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de Cataluña, Barcelona 1994, pp. 57 a 64. (CL).
45. EL FUTURO DEL ESTADO DEL BIENESTAR. En el libro "Anuario de los temas de 1994", Editorial Planeta, Barcelona 1995, ISBN: 84-395-3810-3, pp. 202 a 227. (CL).
46. TRABAJO A TIEMPO PARCIAL Y FIJO DISCONTINUO. En el libro "Reforma de la legislación laboral", Editorial Marcial Pons, Madrid 1995, pp. 157 a 175. (CL).
47. MAASTRICHT Y LA POLITICA SOCIAL COMUNITARIA. En el libro "Jornadas andaluzas sobre Comités de Empresa Europeos" (edición policopiada), Confederación General del Trabajo de Andalucía, Sevilla 1995, pp. 209 a 231. (CL).
48. LA AUTONOMIA COLECTIVA: CONCEPTO, LEGITIMACION PARA NEGOCIAR Y EFICACIA DE LOS ACUERDOS. En el libro "La reforma de la negociación colectiva", Editorial Marcial Pons, Madrid 1995, ISBN: 84-7248-306-1, pp. 51 a 86. (CL).
49. LA CLASIFICACION PROFESIONAL Y LA MOVILIDAD FUNCIONAL. En el libro "Nuevo marco de relaciones laborales", Instituto de Estudios Laborales de la Universidad de Barcelona, Barcelona 1995, pp. 127 a 144. (CL).
50. LA CARTERA DE PRESTACIONES. REINTEGRO DE GASTOS. En el libro "Los derechos de los usuarios de los servicios sanitarios", Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz 1996, ISBN 84-457-1071-0, pp. 115 a 143. (CL).
51. HACIA EL DERECHO DE LA PROTECCION SOCIAL. En el libro "Seguridad Social y Protección Social: temas de actualidad", Editorial Marcial Pons, Madrid 1996, ISBN: 84-7248-387-8, pp. 11 a 34. (CL).
52. LOS DEBERES DEL EMPRESARIO RESPECTO A LA SEGURIDAD Y SALUD DE SUS TRABAJADORES. En el libro "La prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995", Editorial Aranzadi, Pamplona 1996, ISBN: 84-8193-454-2, pp. 101 a 132. (CL).
53. SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL. Legislación anotada (en coautoría con Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Santiago González Ortega y otros colaboradores),

Editorial La Ley, Madrid 1996, ISBN: 84-7695-248-1. 2 volúmenes de hojas intercambiables. (O).

54. POLITICA DE EMPLEO Y PROTECCION POR DESEMPLEO. En el libro "Política de empleo y protección social", Vicente-Antonio Martínez Abascal (Coordinador), Universidad Rovira i Virgili, Tarragona 1996, ISBN 84-8049-108-6, pp. 315 a 334. (CL).
55. EL IMPACTO DE LA NUEVA LEY EN EL CONTRATO DE TRABAJO. En el libro "La Ley de Prevención de Riesgos Laborales", Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla 1997, ISBN 84-7936- 120-4, pp. 45 a 61. (CL).
56. LA CARTA SOCIAL EUROPEA. En el libro "Unión Europea y Estado del Bienestar", Luis Moreno (Compilador), Consejo Superior de Investigaciones Científicas y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 1997, ISBN 84-00-07657-5, pp. 169 a 189. (CL).
57. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL DERECHO DE LA UNION EUROPEA. En el libro "La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral", Jesús Cruz Villalón (Coordinador), Editorial Aranzadi, Pamplona 1997, ISBN 84-8193-477-1, pp. 19 a 32. (CL).
58. LA SEGUNDA REFORMA LABORAL DE LOS AÑOS 90. Revista Juridica de Catalunya, nº 4/1997, pp. 45 a 61. (A).
59. LA REFORMA DEL SISTEMA DE PENSIONES EN ESPAÑA. Anuari sociolaboral de Catalunya 1996, Instituto de Estudios Laborales de la Universidad de Barcelona, junio de 1997, pp. 93 a 101, y revista Cuadernos de Relaciones Laborales nº 12, 1998, pp. 21-33. (A).
60. TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL Y FIJOS DISCONTINUOS TRAS LA REFORMA DE 1997. En el libro "Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva - La reforma laboral de 1997", Miguel Rodríguez-Piñero, Fernando Valdés dal Re y M^a Emilia Casas Baamonde (Coordinadores), Editorial Tecnos, Madrid 1998, ISBN: 84-309-3146-5, pp. 56 a 66 . (CL).
61. EL FOMENTO DE LA CONTRATACION INDEFINIDA Y LA FACILITACION DEL DESPIDO. En el libro "Las reformas laborales de 1997", Asociación Española de Iuslaboralistas, Editorial Aranzadi, Pamplona 1998, ISBN 84-8193-894-7, pp. 57 a 83. (CL).
62. LAS RELACIONES LEY-CONVENIO COLECTIVO. En el libro "Las reformas laborales de 1994 y 1997", Eduardo Rojo Torrecilla (Coordinador), Editorial Marcial Pons, Madrid 1998, ISBN 84-7248-525-0, pp. 11 a 39. (CL).
63. COMENTARIO A LOS ARTICULOS 34, 35, 36, 37 Y 38 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES. En el libro "Comentario al Estatuto de los Trabajadores", José

Luis Monereo (Coordinador), Editorial Comares, Granada 1998, ISBN 84-8151-769-0, pp. 445 a 473. (CL).

64. EL DESPIDO EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Trabajo-Revista Andaluza de Relaciones Laborales, nº 4, junio 1998, pp. 49 a 76. (A). También en el libro "Jurisprudencia Constitucional Social (1991-1999)", Editorial Mergablum, Sevilla 1999, ISBN 84-95118-21-1, pp. 73 a 110. (CL).
65. LA FINANCIACION DE LA SEGURIDAD SOCIAL. En el libro "La reforma de las pensiones de 1997", Agnès Pardell Veà (Coordinadora), Editorial Marcial Pons, Madrid 1999, ISBN 84-7248-641-9, pp. 11 a 28. (CL).
66. TIEMPO DE TRABAJO Y EMPLEO. En el libro "La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida: puntos críticos", José Luis Monereo Pérez (Coordinador), Editorial Comares, Granada 1999, ISBN 84-8151-817-4, pp. 313 a 331. (CL).
67. VEINTE AÑOS DE ORDENAMIENTO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL CONFORME A LA CONSTITUCION. En el libro "20 Años de Ordenamiento Constitucional" (Homenaje a Estanislao de Aranzadi), Editorial Aranzadi, Pamplona 1999, ISBN 84-8410-248-3, pp. 19 a 73. (CL).
68. EL TRATAMIENTO DEL TIEMPO DE TRABAJO EN LA NEGOCIACION COLECTIVA. En el libro "Empleo, contratación y negociación colectiva", XI Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Subdirección General de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 1999, ISBN 84-7434-996-6, pp. 107 a 128. (CL).
69. LUCES Y SOMBRAS DEL NUEVO CONTRATO A TIEMPO PARCIAL. Revista de Derecho Social nº 5, enero-marzo 1999, pp. 231 a 234. (O).
70. LOS PRINCIPIOS DE ORGANIZACIÓN DE LAS PENSIONES PUBLICAS, en colaboración con Santiago González Ortega, en el libro "Pensiones sociales, problemas y alternativas", IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Subdirección General de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 1999, ISBN 84-7434-994-X, pp. 129 a 207, (CL).
71. LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, ISBN 84-8410-316-1, 138 pp. (L).
72. DOS DECADAS DE RELACIONES LABORALES Y POLITICAS DE EMPLEO EN ANDALUCIA. En el libro "Informe Social de Andalucía (1978-98). Dos décadas de cambio social", Eduardo Moyano Estrada y Manuel Pérez Yruela (Coordinadores), Instituto de Estudios Sociales Avanzados de Andalucía, Córdoba 1999, pp. 419 a 422. (O).
73. UN AÑO DE JURISPRUDENCIA SOCIAL (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y

- TRIBUNAL SUPREMO). En el libro “Anuario de Jurisprudencia 1999”, Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra) 2000, ISBN 84-8410-534-2 pp. 19 a 80. (CL).
74. EMERGENCIA Y DERECHO DEL TRABAJO. EL NACIMIENTO DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES. En el libro “Intervención pública en la relaciones laborales”, Agustín Galán García (Coordinador), Editorial Tecnos, Madrid 2000, ISBN 84-309-3536-3, pp. 59 a 70. (CL).
 75. CUATRO LUSTROS DE DERECHO DEL TRABAJO EN ESPAÑA: ENTRE LA CONSAGRACIÓN DEL ESTADO SOCIAL Y EL EFECTO DE LAS CRISIS ECONÓMICAS. En el libro “El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar”, Manuel Ramón Alarcón y M^a del Mar Mirón (Coordinadora), Editorial Marcial Pons, Madrid 2000, ISBN 84-7248-766-0, pp. 9 a 33. (CL).
 76. EL SISTEMA DE LA SEGURETAT SOCIAL. En el libro “Dret del Treball i de la Seguretat Social”, Manuel Ramón Alarcón (Coordinador), Editorial Tecnos, Madrid 2000, ISBN 84-309-3546-0, pp. 361 a 393. (CL).
 77. LA APLICACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO. En el libro correspondiente al número 100 (especial) de la Revista Española de Derecho del Trabajo “El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después”, Manuel Alonso Olea (Coordinador), Editorial Civitas, Madrid 2000, ISBN 84-470-1412-6, pp. 227 a 252. (CL).
 78. EL PAPEL DE LA LEY Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA DETERMINACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO. En el libro “El problema del empleo en el siglo XXI”, Rubén Osuna Guerrero y Carlos Román del Río (Editores), IDR-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Málaga 2000, Depósito Legal MA-745/2000, pp. 189 a 199. (CL).
 79. LA NECESSITÀ DI UN CAPITOLO SOCIALE NELLA FUTURA COSTITUZIONE EUROPEA. Lavoro e diritto n° 4/2000, Editorial. Il Mulino, Bologna (Italia), pp. 607 a 620. (A).
 80. REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE LA REFORMA LABORAL DE 2001. Revista de Derecho Social n° 15/2001, pp. 35 a 71. (A).
 81. UN AÑO DE JURISPRUDENCIA SOCIAL (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNAL SUPREMO). En el libro “Anuario de Jurisprudencia 2000”, Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra) 2001, ISBN 84-8410-709-4, pp. 17 a 90. (CL).
 82. LA JORNADA DE TRABAJO EN LA LEY Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ESPAÑOLAS. En el libro “La jornada de seis horas”, Centro Andaluz del Libro, 2001, ISBN 84.88067.45.3, pp. 19 a 31. (CL).
 83. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE SEGURIDAD SOCIAL (1981-2000), como Coordinador y coautor. En el libro “Veinte años de Jurisprudencia

Laboral y Social del Tribunal Constitucional”, Fermín Rodríguez-Sañudo y Fernando Elorza Guerrero (Coordinadores), Editorial Tecnos, Madrid 2001, ISBN 84-309-3745-5, pp. 404 a 459. (CL).

84. LES REFORMES LABORALS (1984-2001): FLEXIBILITZACIÓ I PRECARIETAT. En “Anuari Sociolaboral de la UGT de Catalunya, 2001”, CRESC, ISBN 84-607-4220-2, pp. 304 a 307 (formato folio). (O).
85. LOS ORÍGENES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA. En el libro “Seguridad Social. Una perspectiva histórica”, Editorial MTAS, Madrid, 2001, ISBN 84-8417-076-4, pp. 21 a 44. (CL).
86. L’AMENÇA DEL DISCURS FUTURISTA SOBRE EL MERCAT DE TRABALL. En el libro “El futur del sindicalisme”, CRESC-UGT, 2002, ISBN 84-607-4204-0, pp. 15 a 25. (CL).
87. ACUERDO PARA LA MEJORA Y DESARROLLO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL. En el libro “XX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales”, Jesús Cruz Villalón, Coordinador. Editorial Mergablum, Sevilla 2002. ISBN 84-95118-63-7, pp. 335 a 354. (CL).
88. FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Revista de Derecho Social nº 17/2002, pp. 227 a 234. (O).
89. JURISPRUDENCIA SOCIAL (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNAL SUPREMO). En el libro “Anuario de Jurisprudencia 2001”, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2002, ISBN 84-9767-039-6, pp. 17 a 90. (CL).
90. EL CONCEPTO DE JUBILACIÓN FLEXIBLE. Temas Laborales nº 66/2002, monográfico sobre las reformas en materia de Seguridad Social, pp. 117 a 152. (A).
91. LOS INCENTIVOS AL EMPLEO EN LAS POLÍTICAS DE BIENESTAR. En el libro “Andalucía por el empleo 2002”, Consejería de empleo y Desarrollo Tecnológico, Junta de Andalucía, Sevilla 2003, Depósito Legal SE-3300-2003, pp. 82 a 89. (CL).
92. COMENTARIOS A LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. (Director de esta obra colectiva y autor de los comentarios a los artículos 38 a 45 -Disposiciones generales sobre la acción protectora y normas sobre prescripción, caducidad y reintegro de prestaciones indebidas- y a la Disposición Adicional 17ª bis). Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, ISBN 84-9767-052-3, pp. 250 a 302 y 1587-88. (CL).
93. LA ACTUACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL, En el libro “Veinte años de Relaciones Laborales en Andalucía (1983-2003)”. Mercedes Rodríguez-Piñero y Jesús Cruz Villalón,

- (Directores). Editorial Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla 2003, Depósito Legal SE 3215-2003, pp 254 a 309. (CL).
94. EL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL ENTRE LA PROMULGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y SU XXV ANIVERSARIO. Crónica Jurídica Hispalense (Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla) nº 1/2003, pp. 335 a 383. (A).
 95. LA INFORMATIZACIÓN Y LAS NUEVAS FORMAS DE TRABAJO. En el libro “Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo”, Manuel Ramón Alarcón Caracuel y Ricardo Esteban Legarreta (Coordinadores). Editorial Bomarzo, Alicante, 2004, ISBN 84-86977-41-X, pp. 9-18. (CL).
 96. LA JUBILACIÓN. Monográfico de la revista Social Mes a Mes nº 94, marzo 2004, pp. 8 a 14. (A).
 97. ASPECTOS SOCIALES DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA. En el libro “La Constitución Europea y las relaciones laborales”, Rosa Quesada Segura (Coordinadora). Editorial Mergablum, Sevilla 2004, ISBN 84-96378-01,2, pp. 547 a 553. (O).
 98. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL. En el libro “Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social”, Julia López López y Consuelo Chacártegui Jávega (Coordinadoras). Editorial Bomarzo, Albacete, 2005, ISBN 84-86977-61-4, pp. 17 a 36. (CL).
 99. EL DERECHO A INMIGRAR. En el libro “Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española” (Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), María Emilia Casas Baamonde, Federico Durán López y Jesús Cruz Villalón (Coordinadores). Editorial La Ley, Madrid, 2006, ISBN-10 84-9725-678-6, pp. 503 a 530. (CL).
 100. LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS INMIGRANTES. En el libro “Derechos laborales y de la Seguridad Social de los inmigrantes”, Consejo General del Poder Judicial-Escuela Judicial, Madrid, 2006, ISBN 84-96518-41-8, pp.53 a 98. (CL).
 101. LA NEGOCIACION COLECTIVA EN EL SECTOR AGRARIO (Director y autor del Capítulo 3: “Estructura de la negociación”). Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007, ISBN 978-84-8417-235-2., pp. 81 a 108. (CL).
 102. TRABAJO Y PROTECCIÓN SOCIAL. En el libro “25 años de autonomía en Andalucía”. Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2007, ISBN 978-84-611-5058-8, pp. 133 a 147. (CL).
 103. CUESTIONES COMEPETENCIALES EN LA LEY DE DEPENDENCIA. En el

- libro "Promoción de la Dependencia". Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Colección Temas Laborales nº 89, 2007, ISSN 0213-0750, pp. 125-148. También recogido en el libro "Anuario de Conferencias del CARL. Primer Semestre 2007". Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2008, ISBN 978-84-691-0951-9, pp. 11-34 (CL).
104. LA JORNADA ORDINARIA DE TRABAJO Y SU DISTRIBUCIÓN. En el libro "Tiempo de trabajo". Editorial Bomarzo, ISBN 978-84-96721-37-1, 2007, pp. 33-55. (CL).
105. POLÍTICAS DE PROTECCIÓN SOCIAL EN EL NUEVO ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ANDALUCÍA. En el libro "Políticas Laborales y de Protección Social y Marco Competencial en el Nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía. XXVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales". Mergablum, Sevilla, 2008, ISBN 978-84-96378-48-3, pp. 17-45 (CL).
106. ASPECTOS CRÍTICOS DEL ESTATUTO DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO. En el libro "El trabajo por cuenta ajena y sus fronteras", Jordi Agustí Juliá y Nuria Pumar Beltrán (Coordinadores). Editorial Bomarzo, Albacete 2009, I SBN 978-84-96721-75-3, pp. 109-129 (CL).
107. EDAD Y TRABAJO: CUATRO MOMENTOS CRÍTICOS. En el libro "La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la inmigración", Ferrán Camas Roda (Coordinador). Editorial Bosch, Barcelona 2009, ISBN 978-84-9790-474-2, pp. 353 a 373 (CL).
108. PRINCIPIO "PRO OPERARIO". Voz en el libro "Enciclopedia Laboral Básica Alfredo Montoya Melgar", Antonio V. Sempere Navarro y Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (Coordinadores). Editorial Thomson-Reuters-Civitas, Madrid 2009, ISBN 978-84-470-3082-8, pp. 1092 a 1094 (O).
109. HUELGA EN SERVICIOS ESENCIALES PARA LA COMUNIDAD, Revista del Instituto de Estudios Económicos, núms. 2-3/2010, monográfico sobre "El derecho a la huelga en España", pp. 237-293 (A).
110. LA JUBILACIÓN ES UN DERECHO, Revista de Derecho Social, nº 49/2010, pp. 235-238 (A).
111. PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS EN ESPAÑA: "REGULARES VERSUS IRREGULARES", en Santiago González Ortega (Coordinador), La Protección Social de los Extranjeros en España, Edit. Tirant lo blanch, Valencia 2010, ISBN: 978-84-9876-912-8, pp. 123-136 (CL).
112. JUBILACIÓN: ¿ANTICIPAR O POSTERGAR?, en Jordi Agustí Juliá y Josep Fargas Fernández (Coordinadores), La Seguridad Social en continuo cambio: un análisis jurisprudencial, Edit. Bomarzo, Albacete 2010, ISBN: 978-84-15000-00-6, pp. 223-248 (CL).

113. COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS DE LOS CAPÍTULOS VIII DEL PROCESO DE CONFLICTOS COLECTIVOS Y IX DE LA IMPUGNACIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS, en José Ángel Folguera Crespo, Fernando Salinas Molina y María Luis Segoviano Astaburuaga (Directores), Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Edit. Lex Nova, 1ª edición, Valladolid 2011, ISBN: 978-84-9898-335-7, pp. 594-639 (CL).
114. COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS DE LOS CAPÍTULOS VIII DEL PROCESO DE CONFLICTOS COLECTIVOS Y IX DE LA IMPUGNACIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS, en José Ángel Folguera Crespo, Fernando Salinas Molina y María Luis Segoviano Astaburuaga (Directores), Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Edit. Lex Nova, 2ª edición, Valladolid 2011, ISBN: 978-84-9898-399-9, pp. 594-639 (CL).
115. EL DESPIDO OBJETIVO, en Lidia Castell Valldosera (Coordinadora), Crisis económica y Derecho del Trabajo, Edit. Bomarzo, Albacete 2011, ISBN: 978-84-15000-24-2, pp. 175-208 (CL).
116. EL DERECHO DEL TRABAJO ANTE LA CRISIS ECONÓMICA Y EL NUEVO MODELO PRODUCTIVO, en Jaime Castiñeira Fernández (Coordinador), Relaciones Laborales y nuevo modelo productivo. XXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Edit. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (Monografías de Temas Laborales, nº 48), Sevilla 2011, ISBN: 978-84-694-5171-7, pp. 17-36 (O).
117. RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE GÉNERO POR LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA, en coautoría con José Manuel Gómez Muñoz, en Bruno Caruso, Julia López López, Mark Freedland y Katherine Stone (Coordinadores), La aplicación de los Convenios de la OIT por los jueces nacionales: el caso español desde una perspectiva comparada, Edit. Bomarzo, Albacete 2011, ISBN: 978-84-15000-37-2, pp. 81-106 (CL).
118. LA REFORMA DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE 2011. RASGOS GENERALES Y REFLEXIÓN CRÍTICA, en Josep Moreno i Gené y Ascensió Solé Puig (Coordinadores), Las Reformas Laborales del 2010. XXII Jornadas Catalanas de Derecho Social, Edit. Huygens, Barcelona 2012, ISBN: 978-84-939245-5-3, pp. 343-358 (CL)
119. COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS DE LOS CAPÍTULOS VIII DEL PROCESO DE CONFLICTOS COLECTIVOS Y IX DE LA IMPUGNACIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS, en José Ángel Folguera Crespo, Fernando Salinas Molina y María Luis Segoviano Astaburuaga (Coordinadores), Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Edit. Lex Nova, 3ª edición, Valladolid 2012, ISBN: 978-84-9898-449-1, pp. 657-701 (CL).
120. LAS REFORMAS LABORALES EN TIEMPOS DE CRISIS: UNA REFLEXIÓN CRÍTICA, en María del Mar Mirón Hernández e Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz

(Coordinadores), Últimas reformas en materia laboral, Seguridad Social y en el proceso laboral. XXIII Jornadas Catalanas de Derecho Social, Edit. Huygens, Barcelona 2013, ISBN: 978-84-15663-17-1, pp. 17-41 (CL)

121. LA ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO INICIALMENTE PACTADAS: DIVERSOS INSTRUMENTOS LEGALES TRAS LA REFORMA LABORAL DE 2012, en Nuria Pumar Beltrán (Coordinadora), La flexibilidad interna y los despidos colectivos en el sistema español de relaciones laborales. XXIV Jornadas Catalanas de Derecho Social, Edit. Huygens, Barcelona 2014, ISBN: 978-84-15663-28-7, pp. 43-63 (CL)
122. COMPENSACIÓN Y ABSORCIÓN DE SALARIOS, en Joaquín García Murcia (Coordinador), El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al Catedrático y Magistrado don Antonio Martín Valverde, Edit. Tecnos, Madrid 2015, ISBN: 978-84-309-6560-1, pp. 279-296 (CL)
123. LOS DESPIDOS OBJETIVOS EN EL SECTOR PÚBLICO. EL CASO PARTICULAR DE LOS TRABAJADORES INDEFINIDOS NO FIJOS, en Eduardo Rojo Torrecilla (Coordinador), Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores. XXV Jornadas Catalanas de Derecho Social, Edit. Huygens, Barcelona 2015, ISBN: 978-84-15663-39-3, pp. 111-144 (CL)

**I. LA FIGURA DE MANUEL RAMÓN
ALARCÓN CARACUEL**

EL COMPROMISO DEL JURISTA

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER

Consejero Permanente de Estado

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

El profesor Alarcón ha sido una figura singular de jurista de excepcional calidad y de ciudadano comprometido con las libertades y la justicia, tanto como docente, como estudioso y como práctico del Derecho del Trabajo. Ha sido un buen ejemplo de jurista comprometido con unos valores éticos que él mismo ha encarnado y ha asumido. Desde su figura, nos podemos preguntar cuál es la función y, por ello, el compromiso del jurista y, en particular, del jurista del trabajo, en un momento tan delicado como el presente.

Nos estamos enfrentando a los embates que la crisis económica realiza sobre el Derecho del Trabajo, porque los poderes políticos y económicos están aprovechando la crisis para someter a revisión los principios y las reglas que han constituido la esencial del propio Derecho del Trabajo. Ello nos obliga a preguntarnos no solo hacia dónde vamos sino también qué somos, cual es nuestro papel, si hemos de ceder a las exigencias, muchas veces improvisadas, del momento, de reducción de garantías sociales o si debemos enfrentarnos con ellas, no sin hacer una revisión del análisis crítico de elementos que sirvieron de base a la construcción del Derecho del Trabajo en una situación económica, tecnológica y de organización del trabajo y del sistema de empresas, en una dimensión estrictamente nacional que han cambiado profundamente.

Hemos visto el comienzo del nuevo siglo en una situación de incertidumbre y de discusión del papel del jurista, y no solo del jurista del trabajo, pues ha perdido peso en los centros de decisión de las políticas económicas y sociales que dan lugar,

a su vez, a políticas del Derecho. Hoy están más cerca de los centros del poder los economistas o, más bien, unos economistas defensores de posiciones palio o neo liberales, y que citan sin rubor a Hayek y su tesis sobre el “espejismo” de la justicia social.

En la época de las sucesivas reformas de los mercados de trabajo en un sentido flexibilizador se cuestionan las ideas de socialidad y de solidaridad y se defienden las virtudes de unos mercados en cuya dinámica está precisamente la génesis de la crisis. En todo caso, el jurista se encuentra hoy ante unas bases o pies menos firmes, como ha dicho Grossi, está probando el desagradable pero educativo descubrimiento de la duda, de la incertidumbre, de la inquietud, una inquietud derivada de una insatisfacción que tiene el valor positivo de asumir un empeño para recobrar su identidad y para proyectarse y construir el futuro, y de ello nos ha dado ejemplo Manuel Ramón Alarcón.

El Derecho del Trabajo es un sector del ordenamiento que, por la sustancia humana de la que trata, no tolera excesos de tecnicismo pero sí de humanidad, pues tiene que ver más con la vida que con los bienes de la persona, desde la premisa irrenunciable de que el trabajador no es una mercancía y de que si se sometiera a las meras leyes del mercado perdería dignidad y sufriría explotación. Este enfoque humanista que, de acuerdo a su talante personal, adoptó el profesor Alarcón se refleja en su sólida y original obra, una obra “digerida”, meditada, profundamente reelaborada, que no ha renunciado a las esencias y a los valores del Derecho del Trabajo como Derecho ontológicamente social y progresista ni en su papel de contribuir a la mejora no solo de los trabajadores sino de la sociedad. Ello no supone desconocer la naturaleza de compromiso que tiene el Derecho del Trabajo en su función de legitimar el poder de un hombre libre sobre otro, pero limitando ese poder y contribuyendo también a su racionalización.

El profesor Alarcón había entendido que el “material de trabajo” del jurista eran los conflictos de intereses que surgen en la sociedad y, especialmente, en el mercado de trabajo, y que el jurista había de ocuparse de esos conflictos para colaborar en la realización de la justicia, pero, al mismo tiempo, que el jurista no puede guiarse exclusivamente por su instinto o por su propio criterio ético o ideológico, sino que ha de utilizar un aparato conceptual que se desprende del conjunto del ordenamiento jurídico, partiendo de la primacía de la Constitución y de sus valores, y de la dogmática jurídica, que él dominó y contribuyó a perfeccionarla, en su acercamiento a temas centrales del Derecho del Trabajo pero también en la puesta en práctica de ese Derecho.

El jurista en el ejercicio ordinario de su función de interpretación del Derecho vigente ha de asumir valores, individualizar prioridades, y adoptar una visión de las cosas a dimensión política particularmente impresa en el Derecho del Trabajo. Ma-

Manuel Ramón había asumido la trascendencia política del Derecho del Trabajo, pero no simplemente por su vinculación al poder político como tradicional monopolizador de la producción normativa, sino también como expresión de los poderes sociales por dar voz y poder a quienes indudablemente no los tienen y, por ello, no ha considerado esta disciplina como un elemento secundario de la dinámica social.

El profesor Alarcón no se ha sustraído de la contaminación política en su actividad interpretativa, no se ha limitado a ser un técnico de la pureza de la lectura del Derecho positivo, tratando de excluir cualquier factor extranormativo, ha tenido en cuenta lo que ROMAGNOLI califica de dimensión axiológica valorativa del proceso hermenéutico, es decir, no reduciendo su función a la fiel y aséptica búsqueda del significado de la ley, sino teniendo en consideración el sustrato fáctico, histórico y político de la misma, tratando de conseguir la concreción de los valores y derechos constitucionales. Ha dicho IRTI que el sistema jurídico, ya sea en el sentido del ordenamiento del Derecho que de construcción científica, ha abandonado hoy toda clausura o carácter estático, ha devenido un sistema abierto y un sistema morfogenético, lo que obliga al jurista a adquirir competencias diversas de las estrictas y tradicionalmente jurídicas, y salir del aislamiento científico y tradicional.

Manuel Ramón no ha sido un jurista encerrado en el mundo de los juristas. Desde un primer momento ha estado abierto al diálogo con estudiosos y especialistas de otras disciplinas, así como con los sujetos y colectivos afectados, los sindicatos, los operadores jurídicos, los sindicatos y el empresariado. Todo ello desde una dogmática jurídica sólida, convencido de que la función del jurista no puede ser meramente hermenéutica ni, como recordara Lord Wedderburn, tampoco privarse de ideas, valores y opiniones propias ya que quien no las tenga será un jurista ingenuo o, más bien, deshonesto.

Esos valores han dado coherencia a su pensamiento jurídico y le han permitido, frente a la posición típica de muchos juristas, liberarse de la servidumbre del legislador y de la ley, eludiendo el simplismo del tradicional monismo jurídico centrado alrededor de la única fuente legislativa.

El inconformismo y el radicalismo han sido unos de los rasgos más significativos del profesor Alarcón en su obra y en su acción, en las que no deja de vislumbrarse, desde la solidez de su discurso científico-académico, una particular sensibilidad por los problemas de la persona que trabaja bajo la dependencia de otro, que en su concepción es ajeno al mercado económico, con una contemplación reequilibradora de los intereses contrapuestos en juego y desde una permanente apertura a la realidad. Con ello, ha contribuido al relevante papel creativo de la doctrina judicial y académica, como profesor, como abogado y Magistrado del Tribunal Supremo, evitando todo enfoque estático o inmovilista, con posiciones

abiertas, dinámicas y comprometidas con los cambios, lo que es especialmente pertinente para una disciplina en que el valor jurídico de lo fáctico es relevante, donde el pluralismo de las fuentes es una característica, con la consecuente complejidad que es también reflejo de la propia complejidad social.

El rigor jurídico y la validez perenne de sus ideas, al asumir unos valores fundamentales perennes, como la dignidad de la persona, la defensa de quien ha de vivir de su trabajo al servicio de otro y la justicia social, también mediante la autotutela colectiva, han permitido que su obra conserve plena actualidad, pese a los importantes cambios normativos que han tenido lugar.

Ante las contradicciones que el mundo globalizado plantea al Derecho del Trabajo, Manuel Ramón Alarcón entendió que había de asumir un papel y un compromiso como jurista, una tarea difícil pero para él fascinante. Para ello no asumió una concepción meramente formalista de la ciencia jurídica, y trató de aprovechar al máximo la función del jurista de dar respuesta institucional a las demandas y necesidades de la sociedad, con vistas a devolver a las personas su dignidad y el goce efectivo de sus derechos individuales y colectivos. Y ello esforzándose por asegurar la especificidad de lo jurídico, el que el Derecho siguiera siendo “cosa de los juristas” en este confuso tiempo de cambios, de incriminaciones y de críticas surgidas desde un pensamiento económico único que desconoce los valores, los problemas reales de las personas y los valores que se desprenden del conjunto del ordenamiento jurídico, partiendo de la necesaria primacía de la Constitución.

El profesor Alarcón había adoptado una “visión sistémica” del Derecho del Trabajo, en cuyo centro latía el conflicto de intereses capital/trabajo, una idea que adopta ya en su excelente tesis doctoral sobre los orígenes del asociacionismo obrero en España. En ella destaca que la corrección de la lógica tradicional del contrato individual ha de operar ante todo garantizando la libertad sindical a los trabajadores y reforzando el aspecto colectivo del Derecho del Trabajo como característica sustancial desde su matriz originaria de oposición, crítica y alternativa al individualista Derecho Civil.

Desde la historia, mirando hacia atrás, el laboralista debe poder entender la verdadera misión del Derecho del Trabajo. De ello ha dado testimonio el profesor Alarcón, un guardián de las esencias de la disciplina, manteniendo como fuego sagrado los valores que encarna el Derecho del Trabajo dotado de elementos fundamentales para asegurar la socialidad no solo del Estado sino también del mercado.

El profesor Alarcón ha sido un ejemplo de todo esto, su enfoque del Derecho ha estado abierto a la realidad y a la dinámica social, no ha sido un jurista tradicional y ha sabido conciliar el pensamiento sistemático con el pensamiento pro-

blemático, ha unido la construcción de los conceptos con los problemas que están detrás de cada uno de ellos.

Manuel Ramón se consideraba hijo del mayo de 1968, que vivió apasionadamente y que le dejó una huella perenne de radicalismo y rebeldía reflejado en su personal labor de reconstrucción del Derecho del Trabajo, primero frente al marco jurídico asfixiante de la Dictadura, al que se enfrentó como jurista y como ciudadano entendiendo y utilizando el Derecho del Trabajo como un instrumento de necesario cambio político y social. Luego, asumiendo el marco constitucional de libertades, coadyuvando al dinamismo, a la apertura interdisciplinar y al compromiso del Derecho del Trabajo, procurando su transformación, podándolo de los elementos autoritarios del régimen precedente, contribuyendo a la reconstrucción democrática del Derecho del Trabajo, frente a la doctrina oficial hasta entonces dominante, aparentemente neutra, positivista e individualista, marginadora de los fenómenos de autotutela y autonomía colectiva, con un papel creativo relevante que ha influido en la doctrina académica y judicial.

Con ello ha contribuido a la consolidación del Derecho del Trabajo, a su proceso de constitucionalización y de europeización y al diseño y seguimiento crítico de sus transformaciones y de sus interminables reformas.

Para él, como para muchos juristas del trabajo, nuestra Constitución y su contenido sustantivo de formulación de derechos fundamentales, también de carácter social para las personas social y económicamente débiles, afectando a su vida diaria, ha sido un manual de principios y reglas sustanciales que inspiran la elaboración, interpretación y aplicación del Derecho.

Su preocupación por los derechos de los trabajadores y su efectividad es clara, incluidos sus sólidos trabajos sobre la garantía de los derechos y las libertades fundamentales en el contrato de trabajo y la proyección en él de los derechos fundamentales, habiendo sido un atento estudioso de la jurisprudencia constitucional, desde una reflexión de la misma más cercana al comentario positivo a la hermenéutica y dogmática jurídica, tratando de utilizar la Constitución como una consagración de valores, que impone una nueva manera de ver el derecho positivo, como un jurista empeñado en mantener y conservar los valores constitucionales que han de inspirar nuestras relaciones laborales.

En los tiempos tumultuosos que el Derecho del Trabajo ha conocido en los últimos tiempos por las transformaciones de los sistemas productivos y del propio trabajo, las tendencias ideológicas neoliberales, los desafíos de la globalización, las sucesivas crisis etc., los principios y valores constitucionales nos han dado y nos siguen dando criterios seguros para el mantenimiento y la orientación de nuestra disciplina y para dar respuesta a las demandas y necesidades de la sociedad con

vistas a asegurar a los trabajadores el goce de unos derechos individuales y colectivos que han de enmarcarse en otras demandas y necesidades de la sociedad.

Ya no nos es posible operar sobre conceptos sin considerar los intereses ni tener en cuenta la historicidad de las categorías jurídicas. En este tiempo confuso de cambios, incriminaciones y críticas sigue siendo necesario mejorar o cambiar la asimetría inicial de la relación de trabajo debida no sólo a la diferencia de poder económico entre trabajador y empleador sino al elemento consustancial del sometimiento jurídico del trabajador a los poderes privados del empresario que han de ser debidamente delimitados, y una dependencia económica real que no puede desconocerse.

Otra novedad con la que el jurista del trabajo ha tenido que enfrentarse es la de la incidencia de la integración europea en el Derecho del Trabajo. La hoy Unión Europea, en el primer momento de nuestra integración nos aparecía como una Europa de los derechos y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como un necesario punto de referencia. Con excesivo optimismo hemos defendido un modelo social europeo y una Europa social que, sin embargo, en los últimos tiempos está sufriendo un proceso de desintegración en sus aspectos sociales al servicio de las libertades económicas.

El jurista de trabajo tiene que realizar una cierta labor de suplencia en la defensa de esa Europa Social, a la que se compromete el Tratado de la Unión Europea y, por ello, ha de estar frente a las exigencias desreguladoras de las autoridades europeas y también ante el “enfriamiento” social del Tribunal de Justicia. Todo jurista y, desde luego, el del trabajo, es hoy un jurista también europeo, y en esto Manuel Ramón nos dio lecciones y ejemplos de la defensa de una Europa social.

Quien se acerque a la obra de Manuel Ramón Alarcón quedará sorprendido por su extraordinario volumen, regularidad y variedad de temas, no hay año en el que no haya dado a luz varios artículos o libros sobre cuestiones sumamente diversas y siempre bien elegidas. En muchos temas ha sido pionero, acercándose por primera vez a ellos, una labor de desbroce de terrenos escasamente cultivados en la que sorprende el buen olfato y el sentido común en el acercamiento a esos nuevos temas escribiendo páginas que no han perdido actualidad y que han servido de inspiración y de pauta a los que luego han profundizado en ellos.

El haber alternado durante el estudio, la docencia y la práctica forense ha condicionado positivamente sus análisis. Nunca creyó que saber y hacer fueran antinómicos, entendiendo siempre complementarios el estudio teórico y su empleo aplicativo, lo que, además de dar un especial vigor y modernidad a su curiosidad investigadora y a su labor docente, ha enriquecido su labor como abogado, completada al más alto nivel como Magistrado del Tribunal Supremo.

Manuel Ramón Alarcón ha sido un gran profesor, no ha sido solo un enseñante sino también un teórico sobre la enseñanza del Derecho del Trabajo. No solo ha sabido enseñarlo sino que ha sabido crear estilo y formas enseñantes, destacando las peculiaridades de su manera de exponerlo y diseñarlo, ofreciendo pautas relevantes que reflejan a un profesor con rica experiencia, motivado y apasionado y con una extraordinaria capacidad comunicadora, que no se limitó a formar alumnos de licenciatura sino también a la formación de acreditados discípulos que continuarán su obra.

Su vida dedicada al Derecho del Trabajo, trágicamente segada tempranamente, ha sido una vida llena, en la que ha mantenido su vocación y su compromiso con el Derecho del Trabajo, los valores que representa; un camino trazado que debe proseguir y continuarse por la nuevas generaciones más jóvenes, que en su persona y en su obra tienen un buen ejemplo a seguir y continuar siendo rigurosos en los métodos, coherentes en las concepciones abiertas siempre a cambios que hemos de contemplar a distancia con la conciencia de que quien quiera estar a la moda de los tiempos, pronto quedará pasado de moda.

La situación presente de relativa crisis del Derecho del Trabajo es un buen momento de revitalizar y reforzar la identidad del jurista y su responsabilidad y compromiso para ser un interlocutor privilegiado en el diseño y aplicación de la nueva normativa laboral. Un papel fundamental en la época de mercados globales, donde se interrelacionan innumerables intereses de sujetos muy dispares y donde se corre el peligro de sacrificar los de los más débiles. La globalización ha generado abusos y arbitrariedades, según Nietzsche éstas son la expresión de la necesidad de que exista el Derecho y, por ello, también el Derecho del Trabajo. Pero su carácter estatal ha devenido su talón de Aquiles; para evitarlo el Derecho del Trabajo ha de saber adaptarse a la dimensión global de las economías y los mercados para seguir siendo instrumento de tutela contra las arbitrariedades, las injusticias y las desigualdades que en perjuicio de los trabajadores generan los mercados y la “guerra de la competitividad” para mantener intacta su función immanente de instrumento de justicia social.

En este sentido es como debe abordarse una verdadera reforma del Derecho del Trabajo, no limitada a adaptar los hombres que viven del trabajo a las necesidades de los mercados, como pretenden quienes afirman, sin ningún fundamento, que el Derecho del Trabajo sería un obstáculo para la realización del derecho al trabajo. Como ha afirmado SUPLOT, no hay que confundir el efecto del *transformismo* que redujo la política a la sumisión de las obligaciones del mercado y a la evolución de las costumbres, con el verdadero *reformismo* que consiste en poner en marcha políticamente la representación de un mundo más libre y justo; una reforma que exige tomar conciencia de la extrema complejidad y de las profundas transformaciones de la división del trabajo en el mundo contemporáneo e imaginar sobre esta base nuevas categorías jurídicas, susceptibles de contribuir a la libertad, la seguridad y la responsabilidad de todos los trabajadores.

MANUEL RAMÓN ALARCÓN: UNA TRAYECTORIA UNIVERSITARIA Y PROFESIONAL AL SERVICIO DEL DERECHO

JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

ÍNDICE

1. SUS INICIOS UNIVERSITARIOS
2. MANUEL RAMÓN, EL PROFESOR
3. EL CONCEPTUALISMO Y LA DOGMÁTICA DEL DERECHO EN MANUEL RAMÓN
4. LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL DERECHO
5. MANUEL RAMÓN Y LA SEGURIDAD SOCIAL
6. AUTOR DE TODAS LAS TEMÁTICAS
7. MANUEL RAMÓN EN CATALUÑA
8. MANUEL RAMÓN, EN EL TRIBUNAL SUPREMO Y EN EL TPP
9. EL INCANSABLE GESTOR ACADÉMICO
10. EPÍLOGO Y DESPEDIDA

Manuel Ramón Alarcón Caracuel (Sevilla, 1945-2015) reúne las condiciones esenciales que adornan la figura de un maestro en su faceta como profesor, académico universitario y magistrado del Tribunal Supremo, última y brillante ocupación profesional con la que hizo realidad su sueño de convertir el Derecho en una herramienta para la justicia social. Su fallecimiento prematuro el 26 de mayo de 2015 ha dejado una profunda huella de vacío a todos los que tuvimos la fortuna de compartir con él sus diferentes empeños académicos y profesionales. Sólo nos resta, particularmente a sus discípulos, perseverar en la senda de estudio y esfuerzo que dejó abierta para nosotros y para el mundo del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Sirva este texto de póstumo homenaje al maestro que fue.

1. SUS INICIOS UNIVERSITARIOS

Manuel Ramón comenzó sus estudios universitarios en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla en el curso 1962-63 en unos momentos difíciles para la expresión libre del pensamiento crítico, pero en el lugar y tiempo adecuados para iniciar en Sevilla la democratización de la Universidad y, por contagio, de las actitudes ciudadanas reprimidas largamente por el franquismo.

Fundador de la revista Peñafort, junto a Bartolomé Clavero, Fernando Rubiales, Camilo Tejera o Rafael Senra, aquélla que se presentaba con el conocido verso de Quevedo “*No he de callar más que con el dedo, ya tocando la boca, ya la frente, temor anuncies o amenaces miedo*”, inició un espacio de libertad para la poesía, el teatro, el cine, la filosofía, la historia, que, en aquel ambiente claustrofóbico de la Sevilla de los sesenta, supuso una ventana abierta al aire fresco que permitió la dinamización del debate y la confrontación política en una Universidad despótica y asfixiada por la dictadura.

Su carácter apasionado, su argumentario ideológico y jurídico, su vehemencia conceptual y sus acendrados valores democráticos, le llevaron a arriesgar su propia seguridad liderando el movimiento universitario en la Facultad de Derecho para enfrentarse a los sindicatos estudiantiles del régimen, el SEU (posteriormente denominado APE/AE). Importó para la Universidad de Sevilla la fórmula del Sindicato de Estudiantes de Barcelona (SDEUB) y de los movimientos estudiantiles iniciados en la Facultad de Ciencias Políticas de la Complutense, siendo relevante su participación en el boicot que el entonces ministro de información y turismo, Manuel Fraga Iribarne, sufrió en las aulas de la Hispalense con motivo de una conferencia que, finalmente, no pudo pronunciar.

Como delegado de la Facultad de Derecho, lideró el proceso de transformación progresiva de los sindicatos universitarios franquistas, abriendo espacios de debate y confrontación política en las aulas y pasillos de la Universidad, y promoviendo

bajo el lema “el hijo del obrero a la universidad”, todo tipo de manifestaciones de protesta y solidaridad que en aquellos años se multiplicaron por simpatía a otros sectores de la sociedad.

Las Jornadas de Renovación Universitaria, idea importada de los sindicatos democráticos de estudiantes de Barcelona, cuajaron en Sevilla de su mano, y bajo el amparo del Club Tartesio y de distintos colegios profesionales, trajo a Sevilla el testimonio de conferenciantes notables de la época como Carlos Castilla del Pino, Santiago Roldán o José Luis García Delgado. Aquella iniciativa abrió a las clases medias sevillanas una esperanza para la renovación democrática que vino desde el propio movimiento universitario que encabezaba Manuel Ramón.

Luego llegó la represión, el Tribunal de Orden Público, y el servicio militar obligatorio sin posibilidad de prórroga de estudios, lo que convirtió los años 1968 y 1969, con un estado de excepción declarado por el gobierno, en un paréntesis impuesto que en nada mermó los ideales de lucha democrática de quien tan preclaramente había ya intuido que el paso hacia la democracia en España era sólo cuestión de tiempo. A gala llevó el “título honorífico” que le dio en 1967 la Brigada Social, de “conocido agitador del Sindicato Democrático y principal miembro de las organizaciones clandestinas de Sevilla”, como nos recuerda Alberto Carrillo en su libro “Subversivos y malditos en la Universidad de Sevilla, 1965-1977”. Su acción en el ámbito de la política fue también de enorme intensidad y riesgo personal, habiendo formado parte de Acción Comunista (AC) a partir de 1970, y creando el Frente por la Unidad de los Trabajadores (FUT) como partido político para concurrir a las elecciones de 1977, aunque finalmente se retirara la candidatura.

Sus estancias como becario Fullbright en Estados Unidos y, posteriormente, en Nancy y en Trieste, sus estudios de periodismo y de geografía e historia, forjaron en Manuel Ramón el joven profesor universitario que, de la mano de Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer como director del Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla, desarrolló una prodigiosa carrera académica, iniciada con su doctorado en 1973, y de la que las siguientes líneas pretenden ser una síntesis temática, pues ha sido inabarcable el ámbito de campos jurídicos en los que ha trabajado a lo largo de toda su prolífica vida intelectual.

2. MANUEL RAMÓN, EL PROFESOR

Solía repetir Manuel Ramón, con alguna frecuencia y dependiendo del auditorio ante el que se encontrara en cada caso, una definición de la actividad del jurista que atribuía al profesor Jordano Barea, del que fue alumno en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Para éste egregio civilista, la actividad del jurista consistía en “jurisprudencia de intereses, instrumentalmente conceptual, al servicio de la justicia”. Lo que debía quedar claro a los alumnos, añadía Manuel

Ramón, era que “el jurista (lo mismo si es legislador, que aplicador del Derecho, que enseñante o cualquier otra profesión jurídica) es un profesional cuyo “material de trabajo” son los conflictos de intereses que surgen en toda sociedad humana. Que lo que esa sociedad pide al jurista es que se ocupe de dichos conflictos con la mente puesta en colaborar a la realización de la justicia; y, en fin, que para llegar a ello no puede guiarse exclusivamente por su instinto o por su criterio moral sino que debe utilizar necesariamente un aparato conceptual que se desprende tanto del conjunto del ordenamiento jurídico (con la Constitución a la cabeza, donde se contienen los principios y valores que una sociedad ha establecido democráticamente como justos en un momento histórico determinado) como de la ciencia del Derecho o, si se quiere decir menos pretenciosamente, de la técnica del Derecho: aquella que nos explica, por ejemplo que no es lo mismo que una norma establezca un plazo de prescripción que un plazo de caducidad. Y concluía el profesor Jordano: el buen jurista es el que domina esa técnica y, mejor aún, si contribuye a perfeccionarla”.

En estas primeras líneas hemos querido dejar sentado que fue Manuel Ramón un profesor universitario apasionado, absolutamente enamorado de su profesión académica, “la más hermosa profesión del mundo”, como nos repetía constantemente. Una profesión en la que tuvo una indisimulada preferencia por los trabajos de investigación de corte claramente conceptual, sin desatender los aspectos prácticos o aplicativos del Derecho Laboral y de la Seguridad Social. Por otra parte, desde muy temprano, se ocupó de una rama de nuestra disciplina que en aquellos momentos (hace más de veinticinco años) aún tenía pocos cultivadores: la Seguridad Social. Pero ello no le hizo caer en una especialización que le llevara a abandonar los temas propiamente jurídico-laborales: como se verá, se ocupó de una amplia variedad de ellos. Una profesión, en suma, en la que desplegó un magisterio del que aún resuenan sus ecos por las paredes de las Facultades de Derecho de Sevilla y Barcelona, donde consiguió crear un heterodoxo pero sólido equipo de ius-laboralistas que, aún hoy, nos resistimos a aceptar que ya no polemizará más con nosotros.

3. EL CONCEPTUALISMO Y LA DOGMÁTICA DEL DERECHO EN MANUEL RAMÓN

Conceptualmente, Manuel Ramón solía dirigir cualquier debate o polémica con una maestría inigualable. Su solidez argumental le permitía, adornado de una oratoria vibrante, eléctrica, imaginativa, romper continuamente con los estereotipos acríticamente admitidos por la doctrina mayoritaria, y elaborar sobre la marcha nuevas y originarles aproximaciones a problemas que todos tenían ya por resueltos. Esto fue así desde sus orígenes como académico, cuando publica un artículo, que habría que calificar de histórico, titulado “*La ajenidad en el mercado: un criterio definitivo del contrato de trabajo*” (1987) donde acuña ese concepto, que ha resultado

de gran utilidad para dilucidar las dudas de calificación jurídica, como relaciones laborales o no, que se han planteado ante los tribunales en relación con algunas profesiones o formas de trabajar (reporteros gráficos, encuestadores, médicos en clínicas privadas, informáticos a domicilio, etc. etc.) que han ido proliferando cada vez más con la implantación de las nuevas tecnologías de la comunicación al permitir éstas una, al menos aparente, difuminación del criterio tradicional de la dependencia. En ese artículo Manuel Ramón afirmaba, además, que “lo más importante es considerar la ajenidad como un “macroconcepto” con una serie de manifestaciones: desde algunas tan clásicas como la ajenidad en los frutos o la ajenidad en los riesgos hasta esa ajenidad en el mercado (que significa que el trabajador no se relaciona jurídicamente con el cliente que adquiere los bienes y servicios de la empresa), pasando por la propia dependencia que, en el fondo, no es sino otra forma de ajenidad: la ajenidad respecto a la organización de la propia fuerza de trabajo”.

También se interesó muy prematuramente por un concepto surgido del principio “pro operario”, concretamente en el libro homenaje al Profesor Alonso Olea donde escribió “*La vigencia del principio <pro operario>*” (1990). En dicho trabajo trató de situar en su verdadera dimensión el citado principio, lejos de concepciones pietistas trasnochadas, para pasar a concebirlo como un principio constitutivo de la propia singularidad del Derecho del Trabajo como rama autónoma del ordenamiento jurídico (en la forma en que el propio homenajeado había teorizado sobre los principios constitutivos de una rama del Derecho) y, desde un punto de vista más aplicativo, como un verdadero principio general del Derecho, en sentido técnico, anclado además en la cláusula de Estado social y democrático de Derecho del artículo 1, en relación con el artículo 9.2, de nuestra Constitución. Esa investigación le llevó a interesarse por los temas principialistas y constitucionales, como veremos más adelante.

En su libro “*La ordenación del tiempo de trabajo*” (1988), expresión que a partir de entonces hizo fortuna y que hacía referencia a que dentro de un tema tan clásico —se encuentra en la misma raíz del movimiento obrero y en los inicios de las normas laborales— como es el de la jornada de trabajo, hay escondido, detrás del mero aspecto cuantitativo, un aspecto cualitativo de enorme importancia: la distribución de la jornada. La ordenación supone tener en cuenta ese aspecto cualitativo, que incluye desde el mero horario de trabajo, hasta los mal denominados descansos (en realidad, son “tiempo no contratado como de trabajo”), tanto diario, como semanal como anual (vacaciones y festivos) y que nos lleva, a través del trabajo a tiempo parcial y de la modalidad del trabajo fijo discontinuo, hasta una sutil frontera con la otra gran dimensión del tiempo de trabajo: la duración de los contratos. En definitiva, fue una reflexión en profundidad sobre algo tan esencial como el “tiempo” (que no es sino el contador de nuestra propia vida) y su relación con el trabajo. También aquí se inició una línea de investigación —el tiempo de trabajo— sobre la que volvió varias veces: “*Formas de reordenación y reducción del tiempo*

de trabajo” (1992), “*El tratamiento del tiempo de trabajo en la negociación colectiva*” (1999), “*El papel de la ley y la negociación colectiva en la determinación de la jornada de trabajo*” (2000), entre otras. Esta línea, seguida por algunos de sus discípulos directos, dio lugar al Informe que permitió elaborar para Andalucía la primera ley de jornada semanal de 35 horas en el empleo público, tema éste, el de la reducción de tiempo de trabajo como mecanismo de creación de empleo, que le apasionaba profundamente.

La misma pretensión clarificadora está en la base de su artículo “*Un proceso de conflicto colectivo sin sentencia normativa*” (1991), cuya idea básica era la de desmontar la categoría de la denominada “sentencia normativa”, indagando sus orígenes históricos (los laudos de obligado cumplimiento que la autoridad laboral emitía durante la época franquista como una presunta “interpretación auténtica” del contenido de los convenios), demostrando su nula compatibilidad con un estado constitucional que respeta la autonomía colectiva y en el que la función del juez es la de resolver conflictos concretos, no la de hacer interpretaciones generales “cuasi-normativas”, y, en fin, lo más importante es que esa categoría conceptual de la sentencia normativa crea más problemas de los que pretende resolver: problemas procesales de legitimación activa y pasiva, de litispendencia sobre los pleitos individuales y de ejecución de la sentencia, sobre todo.

Lo mismo puede decirse de su opúsculo “*La nueva configuración legal de la relación de empleo público: funcionarios y contratados laborales*” (1985). Hoy día la expresión “relación de empleo público” ha adquirido plena carta de naturaleza pero en aquel momento pocos autores –si alguno- la empleaba y, sobre todo, la doctrina administrativista dominante seguía otros derroteros: según dicha doctrina la regla es que la Administración sea servida por funcionarios y la excepción (una excepción desmentida, en cuanto tal excepción, por las estadísticas de personal) eran los contratados (preferiblemente administrativos o, en el colmo de la heterodoxia para dicha doctrina administrativista tradicional, los contratados laborales). Su idea, por el contrario, era la de subsumir en una categoría común –la del empleado público- todas esas relaciones de servicio, entre las cuales se había ido produciendo un proceso de ósmosis (los funcionarios habían ido adquiriendo derechos colectivos; los contratados habían ido obteniendo fijeza en el empleo); y además –y esto es lo más importante- todos están sometidos a los principios constitucionales de mérito y capacidad en el acceso. El Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril) confirmó plenamente el planteamiento temprano de Manuel Ramón.

Idéntica pretensión de arquitectura conceptual contienen tres trabajos suyos en el área de la Seguridad Social. En “*Hacia el derecho de la protección social*” (1996) se esforzó en dotar de un contenido concreto a ese concepto de “protección social”, de origen comunitario europeo y utilizado cada vez con más frecuencia

entre nosotros pero de manera harto equívoca. Incluso en los textos normativos de la Unión Europea aparece unas veces como sinónimo de Seguridad Social, otras como algo distinto pero situándose al mismo nivel, otras como una parte de la Seguridad Social, etc. Su idea fue construir un macroconcepto –el de protección social- deslindado de otro capítulo importante de los Estados de Bienestar (el de la promoción social) y en el que cupieran, pero de forma articulada y sistemática, varios subsistemas –la Seguridad Social, la Sanidad Pública y la Asistencia Social, básicamente- cuyas fronteras debían a su vez ser deslindadas con la mayor nitidez posible. Esto último era, además, especialmente importante –y a ello dedicó bastante esfuerzo en ese trabajo y en otros posteriores- habida cuenta de las implicaciones competenciales de todo ello en nuestro Estado de las Autonomías.

En “*El concepto de jubilación flexible*” (2002) el propio nombre del artículo denota su clara finalidad conceptual. Aunque ya en la Recomendación Décima del Pacto de Toledo –que data de 1995- se decía que era conveniente instaurar en nuestro país un sistema de jubilación “flexible, gradual y progresiva”, hubo que esperar hasta la reforma de 2001-2002 (Real-Decreto-ley 16/2001 y Ley 35/2002) para que tal propósito alcanzara rango normativo. Sin embargo, la confusión conceptual presidió la operación desde el primer momento: no hay más que leer los artículos 161 bis, 163.2, 165.1 y 166 de la Ley General de Seguridad Social para percatarse de ello. Lo que Manuel Ramón expone en ese trabajo es que el concepto importante –el “macroconcepto”, como le gustaba decir- es el de flexibilidad, mientras que la gradualidad y la progresividad no son sino algunas de las manifestaciones de la flexibilidad que, en total, suman cinco que, expuestas en contraposición a las paralelas manifestaciones de la rigidez, son las siguientes: el carácter obligatorio o voluntario de la jubilación; el carácter unitario o diversificado de la edad de jubilación atendiendo a las diversas profesiones; la posibilidad o no de que el individuo pueda adelantar o retrasar su edad de jubilación respecto a la edad considerada “normal” u ordinaria; la posibilidad o no de compatibilizar el percibo –total o parcial- de la pensión de jubilación con el desarrollo de alguna actividad profesional por cuenta propia o ajena; y la reversibilidad o irreversibilidad de la situación de jubilado.

Por último, en “*Los principios jurídicos de la Seguridad Social*” (2005) completó una tarea conceptual que ya había iniciado (en su libro “*La Seguridad Social en España*”, (1999) en relación con el artículo 41 de la Constitución, identificando cuatro grandes principios constitucionales de nuestro modelo de Seguridad Social: los de publicación, universalidad subjetiva, generalidad objetiva y suficiencia prestacional. Ahora bien, la reforma de la LGSS realizada por la Ley 52/2003, estableció, por primera vez a nivel legislativo, los principios del sistema (artículo 2.1), repitiendo alguno de los contemplados en la Constitución (como el de universalidad), olvidando otros (como el de suficiencia prestacional) e introduciendo algunos más (los de unidad, solidaridad e igualdad). Eso, unido a otros textos im-

portantes, como el Pacto de Toledo (en el que se habla del principio de contributividad) obligaba a poner un poco de orden en el asunto. Su propuesta fue sistematizarlo todo a partir de un macro-principio, el de solidaridad, que aunque se menciona expresamente en la Ley y no en la Constitución entronca perfectamente con la cláusula de Estado social del art. 1.1 CE, y a partir de ahí ir situando el significado y el valor relativo de cada uno de los demás principios.

4. LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL DERECHO

La predilección en Manuel Ramón por los temas conceptuales no le hicieron desatender las cuestiones prácticas de nuestra disciplina, un área jurídica de enorme movilidad normativa y donde la jurisprudencia del TS, a través sobre todo del recurso de casación para la unificación de doctrina, tiene una importancia primordial, sin olvidar la labor que ha hecho el TC en el establecimiento de algunas pautas interpretativas esenciales, especialmente en temas como los de libertad sindical, el principio de igualdad y no discriminación y algunas cuestiones procesales (como la lucha contra el “formalismo enervante”). Su atención a estos temas prácticos se dirigió, pues, desde el punto de vista publicístico, en dos direcciones.

En primer lugar, no ha habido reforma normativa que no haya merecido su análisis crítico (positivo o negativo, ello depende de cada caso) que nunca se ha limitado, pues, a la mera divulgación de la novedad normativa en cuestión. Por orden cronológico, pueden citarse: “*La Ley de Reforma de Pensiones de 1985*” (1986); “*Una valoración crítica global de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral*” (1989); “*La reforma de la negociación colectiva*” (1994); “*La segunda reforma laboral de los años 90*” (1997); “*La reforma del sistema de pensiones en España*” (1997); “*Trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos tras la Reforma de 1997*” (1998); “*El fomento de la contratación indefinida y la facilitación del despido en la Reforma de 1997*” (1998); “*Reflexión crítica sobre la Reforma Laboral de 2001*” (2001); “*Aspectos críticos del Estatuto del Trabajador Autónomo*” (2009).

Y, en segundo lugar, su atención a la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo fue constante. Como miembro del Consejo de Redacción de Aranzadi propuso que se iniciara una nueva colección que, bajo la denominación de “Anuario de Jurisprudencia” recogiera cada año, en un solo volumen, lo más novedoso y destacado de las sentencias del TC y del TS referidas a todas las ramas del ordenamiento jurídico, seleccionadas y acompañadas del correspondiente comentario crítico a cargo de cada uno de los miembros del Consejo de Redacción (especialistas, como es sabido, en cada una de las disciplinas jurídicas). Se trataba de un acercamiento cualitativo, no cuantitativo. Se podría decir: “aquí no está todo sino solamente lo realmente trascendente” aunque, para llegar a esa selección, el autor haya debido estudiar todo o, al menos, casi todo. Ello dio lugar a su serie “*Un año de jurisprudencia social (Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo)*”

durante tres años consecutivos (1999, 2000 y 2001). Pero, desgraciadamente, los avatares editoriales-empresariales de Aranzadi dieron al traste con esta iniciativa absolutamente novedosa entre nosotros.

Sin embargo, no son esos los únicos ejemplos de la atención de Manuel Ramón al TC y al TS. Por una parte, cabe citar que impulsó y coordinó el libro “Jurisprudencia constitucional social (1991-1999), dentro del cual se encuentra su trabajo *“El despido en la doctrina del Tribunal Constitucional”* (1999); así como también impulsó y coordinó el libro “Veinte años de Jurisprudencia Laboral y Social del Tribunal Constitucional”, dentro del cual se encuentra su trabajo *“Jurisprudencia constitucional sobre Seguridad Social”* (2001). Y, por otra parte, es obvio que su actividad práctica profesional, le obligó a un seguimiento constante de la jurisprudencia tanto del TC como del TS.

5. MANUEL RAMÓN Y LA SEGURIDAD SOCIAL

La predilección de Manuel Ramón Alarcón por los temas de Seguridad Social se debió a dos factores, según el mismo contaba. El primero fue su interés, desde sus años de estudiante en la Facultad, por la fórmula política del Estado del Bienestar de la que, como es bien sabido, la Seguridad Social es columna vertebral. El segundo factor es más bien casual: cuando empezó a impartir clases en la Facultad de Derecho de Sevilla existía un Plan de Estudios “provisional” (que, como suele ocurrir, duró casi cuarenta años) que databa de 1965 y que tenía la singularidad de incluir la Seguridad Social como asignatura obligatoria en dos de sus especialidades (Derecho Público y Derecho de la Empresa); y, en un momento dado, se les encargó al profesor González Ortega y a él que se ocuparan de los dos grupos de esa disciplina, iniciándose entre ellos una colaboración que duró hasta hoy en esa área científica. Fruto de su interés por el Estado del Bienestar y sus orígenes en España son los trabajos *“El futuro del Estado del Bienestar”* (1995) y *“Los orígenes de la Seguridad Social en España”* (2001). Y fruto de aquella actividad docente compartida fue su excepcional manual *“Compendio de Seguridad Social”* (1985-1991), libro de absoluta referencia en que el muchos jóvenes profesores y profesionales del Derecho comenzaron a comprender la arquitectura real del sistema de Seguridad Social en España.

Por otra parte, su dedicación a la Seguridad Social puede apreciarse, aparte de en la media docena de trabajos citados en apartados anteriores, en estos otros: *“La integración de los servicios sociales y de la asistencia social en la Seguridad Social”* (1986), *“El desempleo: niveles de protección y régimen de las prestaciones”* (1986), *“La financiación de la Seguridad Social”* (1999) y, en fin, los *“Comentarios a la Ley General de Seguridad Social”* (2003), en el que trabajaron bajo su dirección una treintena de especialistas en Seguridad Social de nuestro país. En el año 2000, al frente de un equipo de investigación multidisciplinar, obtuvo el Premio de

Investigación del Consejo Económico y Social, por un estudio titulado “*Unidad de Mercado y sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea*”, en el que se abordó un análisis comparado de corte jurídico-económico de los diferentes sistemas de protección social en la UE-15, realizando propuestas de sostenibilidad futura de los mismos.

6. AUTOR DE TODAS LAS TEMÁTICAS

Como ya se ha comentado, en realidad no hay ninguna parcela jurídico-laboral que no haya sido objeto de la atención de Manuel Ramón. Sin hacer aquí una relación exhaustiva, señalaremos su afición por los temas históricos, desde su tesis doctoral “*El derecho de asociación obrera en España (1839-1900)*” (1975) hasta diversas miradas retrospectivas sobre la evolución postconstitucional de nuestra disciplina: “*Veinte años de ordenamiento laboral y de la Seguridad Social conforme a la Constitución*” (1999), “*Dos décadas de relaciones laborales y políticas de empleo en Andalucía*” (1999), “*Cuatro lustros de Derecho del Trabajo en España: entre la consagración del Estado social y las crisis económicas*” (2000) y “*El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social entre la promulgación de la Constitución y su XXV aniversario*” (2003).

También tuvo gran interés por el tema de las fuentes: “*El valor jurídico del Reglamento de Régimen Interior tras el Estatuto de los Trabajadores*” (1982), “*Un concepto clásico de la relación entre ley y convenio colectivo*” (1983), “*La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos*” (1995), “*La aplicación del Derecho del Trabajo*” (2000). Y, especialmente, por los temas competenciales Estado-CCAA: “*La actuación de la Comunidad Autónoma Andaluza en materia de protección social*” (2003) o “*Cuestiones competenciales en la Ley de Dependencia*” (2008).

También por los temas sindicales: “*El sindicato más representativo en la Ley Orgánica de Libertad Sindical*” (1984), “*Los sindicatos en Andalucía*” (1987), “*La regulación del derecho de huelga*” (1991), “*Un posible modelo de regulación de la huelga que afecta a servicios esenciales de la comunidad*” (1991), “*Ilegalidad y abusividad de la huelga*” (1993), “*Huelga en servicios esenciales para la Comunidad*” (2009). Y por un asunto de la máxima trascendencia como es la inmigración: “*El derecho a inmigrar*” (2006) y “*Los derechos individuales y de Seguridad Social de los inmigrantes*” (2006).

Finalmente, también fueron objeto de su interés científico los temas procesales y de Derecho Comunitario. Entre los primeros, aparte de otros citados anteriormente, “*Los procesos especiales de clasificación profesional y conflictos colectivos en la Ley de Procedimiento laboral de 1980 y normas concordantes*” (1983) y “*El recurso de casación para la unificación de doctrina*” (1991). Y entre los se-

gundos “*Maastricht y la política social comunitaria*” (1995), “*La Carta Social Europea*” (1997), “*El principio de Igualdad en el Derecho de la Unión Europea*” (1997), “*La necesidad de un capítulo social en la futura Constitución Europea*” (2000) y “*Aspectos sociales de la Constitución Europea*” (2004).

7. MANUEL RAMÓN EN CATALUÑA

Hubiese sido muy interesante y enriquecedor haber podido contar con la opinión de Manuel Ramón sobre la actual deriva del proceso soberanista de Cataluña. Manuel Ramón supo reconocer que Cataluña lo acogió con el máximo afecto, y que es una tierra que sabe valorar ante todo el trabajo bien hecho y con la que, después de su marcha, mantuvo lazos personales y profesionales muy intensos. Allí creó las Jornadas Catalanas de Derecho Social que, desde hace cuatro lustros, no han faltado a su cita anual para analizar los más candentes problemas jurídico-laborales. Un foro abierto a todos los laboristas catalanes y españoles: enseñantes, abogados, graduados sociales, funcionarios de la Seguridad Social, inspectores de trabajo y, cada vez más –gracias al acuerdo con el Consejo General del Poder Judicial– jueces y magistrados. Las Jornadas comenzaron organizándose por la Universidad Autónoma de Barcelona y, sucesivamente, por otras universidades catalanas. Pero, desde hace algunos años, son organizadas por la Asociación Catalana de Iuslaboristas, que contribuyó a fundar y que es un ineludible instrumento para hacer progresar nuestra disciplina y un punto de encuentro entre laboristas de todas las vertientes profesionales.

Fue Vicerrector en la Universidad Autónoma de Barcelona y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra. Asimismo, creó y dirigió desde entonces el Master de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que se imparte en el Instituto de Educación Continua de la Universidad Pompeu Fabra. Pero, como el solía contarnos, su mayor satisfacción fue que cuando llegó a Barcelona en 1987, era el único catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de Cataluña, y que cuando se marchó en 1994, todas las universidades catalanas contaban con un catedrático de la disciplina, compañeros y amigos cuyos tribunales de acceso a cátedra tuvo el honor de presidir en la mayoría de los casos. A su alrededor creció una prolífica piña de profesores: Julia López López, Francisco Pérez Amorós, Agnès Pardell Veà, Vicente Martínez Abascal, Eduardo Rojo Torrecilla, Ferrán Camas Roda. Y, lo más importante, pues era la semilla del futuro: en esos siete años dirigió seis tesis doctorales, de un total de quince dirigidas en toda su vida académica. De allí surgió una prolífica red de profesores que se cuentan entre sus alumnos directos: Andrés Bejarano, Carolina Gala, Francisco Andrés Valle, María José Feijoo, Nuria Pumar, Josep Fargas.

Siempre estuvo agradecido a Cataluña, y nunca permitió que ninguna discusión privada o pública sobre el soberanismo terminara con una condena sobre los

catalanes. Su experiencia como gestor universitario en Barcelona, fue, como luego se demostró, esencial para su vuelta a la Universidad de Sevilla.

8. MANUEL RAMÓN, EN EL TRIBUNAL SUPREMO Y EN EL TPP

El paso, quizá demasiado breve, 2010-2015, de Manuel Ramón por el Tribunal Supremo ha dejado una honda huella científica y de humanidad en el Alto Tribunal y en muchos de sus miembros, algunos de los cuales han quedado para siempre atrapados en su red de incondicionales amigos. No sólo ha sido ponente en casi novecientos fallos, sino que muchos de ellos han permitido lecturas nuevas de viejos preceptos de la Ley General de la Seguridad Social y del Estatuto de los Trabajadores, dinamizando el debate y la confrontación de pareceres jurídicos en las salas en que ha participado con la vehemencia que siempre le había caracterizado. Honda huella que sus compañeros magistrados no olvidaran jamás.

Prácticamente, todos los campos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social han sido objeto de tratamiento en estas sentencias del TS en las que Manuel Ramón tuvo una intervención determinante, bien como ponente, bien como emisor de voto particular. Sería prolijo señalarlas, pero no podemos dejar de comentar sus intervenciones particulares en cuestiones como las relativas a los despidos colectivos, donde sólo en 2014 las sentencias de la sala de lo social emitieron sentencias que afectaron a más de 11.000 trabajadores. Así, destacaremos la STS de 17 de julio de 2014, que reforzó el control judicial del TS sobre los despidos colectivos en cuanto a la finalidad de las medidas de despido adoptadas y la proporcionalidad con el sacrificio exigido a los trabajadores. También la STS de 26 de diciembre de 2013, que se opone a la posibilidad de que la empresa pueda impugnar el acuerdo sobre el despido colectivo habido en periodo de consultas si nadie se ha opuesto al mismo. Por su parte, también destacaremos la STS de 19 de noviembre de 2014, que reforzó las garantías en la comunicación por parte de la empresa de su intención de proceder a los despidos, y la STS de 25 de junio de 2014, con su voto particular, en relación a los criterios de selección de los trabajadores afectados por la medida extintiva.

En materia de grupos de empresa, se posiciona en posturas finalistas y no formalistas respecto de la identificación de los sujetos responsables en la STS de 25 de septiembre de 2013, habiéndose revisado la doctrina tradicional sobre la cuestión en la STS de 27 de mayo de 2013. Igualmente, en materia de fraude en la contratación laboral, interviene directamente en la emisión de las STS de 16 y 19 de julio de 2010, y en la conocida STS de 19 de febrero de 2014, sobre la contratación de un tertuliano de radio, donde se plantea la legalización de determinados supuestos de fraude en la contratación por parte del legislador. En esta materia, deja traslucir su posición crítica contra los abusos en la contratación temporal, particularmente con el contrato para obra o servicio determinado, tan ventajoso para muchas empresas, y donde la infradotación de la Inspección de Trabajo impide poder

luchar de forma efectiva contra todas estas formas de fraude. Así pueden destacarse las STS de 17 de septiembre de 2014, sobre contratos de obra o servicio vinculados a una contrata, o, en el ámbito de las Administraciones Públicas, donde fue muy fructífera su labor juzgadora, la STS de 26 de marzo de 2014 sobre utilización de contratos administrativos en fraude laboral de ley en la contratación de profesores especialistas de la LOGSE.

En el ámbito del Derecho colectivo, habría que destacar, entre otras, la STS de 22 de diciembre de 2014, en relación a los problemas de los límites de ultraactividad de los convenios colectivos que impuso la reforma laboral. En definitiva, puede afirmarse que el paso de Manuel Ramón por el Tribunal Supremo ha permitido, como algunos de sus compañeros ha admitido públicamente, un replanteamiento en la forma de discutir y trabajar en las salas, pues Manuel Ramón, nunca daba por sentada la doctrina general o tradicional sobre ningún tema, siempre abierto a la reflexión crítica, al cuestionamiento de lo que, aparentemente, se encontraba consolidado e indiscutido. Esto, indudablemente, ha aportado al TS una frescura de la que, probablemente, carecía antes de su llegada.

Pero hay también un Manuel Ramón, menos conocido, igualmente apasionado por la Justicia. Es el Manuel Ramón que desaparecía de repente y volaba con su maleta a la llamada del Tribunal Permanente de los Pueblos (TPP). Este Tribunal fue creado en 1979 por el político italiano Lelio Basso que había colaborado activamente en la actividad de los Tribunales Russell sobre Vietnam (1966-1967) y sobre las dictaduras de América Latina (1974-1976). Al término de esa experiencia, Lelio Basso y algunos colaboradores pensaron dar continuidad a la tarea realizada por los Tribunales Russell, que habían ganado notoriedad mundial y un merecido respeto por parte de la opinión pública. Pensaba, no sin razón, Basso que siempre habría violaciones graves de derechos humanos en muchas partes del planeta donde el Derecho brilla por su ausencia y frente a cuya realidad los ciudadanos bienpensantes de los países desarrollados cerramos muchas veces los ojos. Se trataba, pues, de “dar visibilidad y calificar en términos de Derecho todas aquellas situaciones en las que la violación masiva de derechos fundamentales de la humanidad no encuentra reconocimiento ni respuestas institucionales, sea a nivel nacional o internacional”, como dicen los Estatutos del TPP, que efectivamente se creó, encomendándose su gestión a la Fundación Lelio Basso, una vez fallecido éste, con sede en Roma.

Naturalmente, el TPP carece de poder coactivo alguno: sus decisiones solamente tienen la fuerza moral y la influencia que puedan granjearse en la opinión pública y los gobiernos. Pero erraría quien pensara que, por esa simple razón, su actividad es inútil. Manuel Ramón estaba entusiasmado con su participación como miembro del jurado, donde tuvo la ocasión de resolver tres importantes asuntos de los que aprendió, y así nos lo hizo saber a sus discípulos más directos, que contra

todo pronóstico, este tipo de Tribunales para la Justicia Universal eran respetados por potentes empresas multinacionales presionadas por las consecuencias, seguramente, de una publicidad negativa. Al mismo tiempo, nos contaba cómo el proceso se sustentaba de una manera muy respetuosa con las garantías jurídicas de las partes, lo que aportaba gran seriedad y seguridad a sus sesiones. Finalmente, el veía el brillo de la Justicia en los rostros reconfortados de todos aquellos desheredados que acudían al TPP a ser oídos como víctimas de delitos de tráfico de personas, esclavitud laboral, violaciones sindicales o delitos medioambientales. Fue la primera vez que pudimos comprobar cómo Manuel Ramón aceptaba que algunas formas de *soft law* podrían tener algún futuro en la lucha contra las injusticias y las desigualdades.

9. EL INCANSABLE GESTOR ACADÉMICO

Manuel Ramón Alarcón era un universitario integro e integral. Cubrió todas las facetas y campos de actividad en las que un universitario puede construir su carrera profesional. Y brilló en todas, como investigador, como docente y como gestor. Su vuelta a Sevilla en 1994, le permitió acceder a la dirección del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Hispalense para hacerse cargo de nuevos discípulos cuyas tesis doctorales dirigió. De ahí surgieron sus primeros alumnos sevillanos: Macarena Hernández, Ramón López, Juan Manuel Moreno, María Sepúlveda, Antonio Lopes Batalha, Miguel Ángel Martínez-Gijón, Manuel García, Margarita Arenas y Juan Pedrosa. En 1998, accedió al decanato de la Facultad de Derecho, en el que agotó dos mandatos de cuatro años abordando profundas transformaciones de fondo y forma en la carrera de Derecho, y facilitando el difícil tránsito del extinto plan de estudios de 1965 (2003) al nunca bien definido Espacio Europeo de Educación Superior. Y es que, nada más llegar al Decanato de la Facultad, después de cuatro años de compleja remodelación y reestructuración del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del que fue Director, comenzó una frenética galopada de iniciativas que cambiaron de manera trascendental el rumbo de la vieja Facultad de Derecho, de la vieja Fábrica de Tabacos, anclada en viejos esquemas académicos, para transformarla profundamente en todos sus estamentos y colocarla, con el cambio de siglo, a la cabeza de la Universidad de Sevilla.

Apasionaba a Manuel Ramón la política, y la política universitaria, aún más. Nada más empezar su mandato como Decano, en febrero de 1998, hizo ingresar a la Facultad de Derecho en la Asociación de Facultades de Derecho de España, que presidió, llegando a celebrar una de sus reuniones anuales en los patios de los Departamentos de la antigua sede. Propuso al Gobierno de José María Aznar, desde este foro, la modificación del Real Decreto 1424/90, de 26 de octubre, de Directrices Propias de los Estudios de Derecho, añadiendo una Directriz Cuarta que permitiera que la ordenación de los ciclos se pudiera flexibilizar, poniendo así las bases

de lo que sería, diez años después, el nuevo sistema español de Grado y Master en los estudios universitarios. El conocimiento de la realidad universitaria europea fue una constante en Manuel Ramón, que siempre tenía un ojo puesto en lo que pasaba en Alemania, Francia o Gran Bretaña.

Su labor en la redacción del anteproyecto de ley de pasantía, le granjeó el respeto y la admiración tanto del Consejo General de la Abogacía de España como de las Facultades de Derecho de todo el país, pues consiguió en la reunión del Colegio de Abogados de Valencia, en marzo de 1999, la necesaria coordinación entre las universidades y los Colegios Profesionales para poner en marcha los Masteres de Abogacía que ahora permiten el acceso a la colegiación. En marzo de 2001, consiguió, después de tres arduos años de trabajo en la Comisión de Planes de Estudios de la Facultad, la aprobación de la nueva licenciatura de Derecho, que se implantaría en septiembre de 2003 y que superaba el vetusto plan de 1965 elaborado, paradójicamente de la historia, por aquellos jóvenes profesores *bolonios* que no podían imaginar entonces lo que iba a suponer en el futuro el Plan Bolonia.

Tras conseguir el ingreso en 2001 de la Facultad en la European Law Faculties Association, ELFA, de la que fue Vicepresidente, participó activamente en todos los foros nacionales de debate del proyecto de Ley Orgánica de Universidades, que ponía las bases para la implantación de la Declaración de Bolonia en el sistema universitario español, y que generó una fuerte oposición en la comunidad universitaria que se manifestó reiteradamente en contra. Pero su trabajo por la Universidad de Sevilla siguió plasmándose en la aprobación en 2002 del segundo ciclo de Criminología, y la aprobación del Plan de Estudios de la Diplomatura de Gestión y Administración Pública, imprescindible en la capital administrativa de Andalucía, que se implantaría en el curso 2005-2006. Su preocupación por la implantación del EEES le llevó, desde la vicepresidencia de la ELFA, a viajar permanentemente por toda Europa, lo que le permitía, damos fe de ello, su excepcional capacidad para delegar funciones. Era un hombre comprometido hasta la extenuación con su trabajo académico.

Tuvo Manuel Ramón un enorme debate interior acerca de los objetivos económico-políticos del Espacio Europeo de Educación Superior, debate que nos trasladó en discusiones sin fin en su despacho del Decanato acerca de las consecuencias de la implantación en España del Sistema Europeo de Transferencia de Créditos. Solo coincidíamos en un punto: el cambio hacia el Espacio Europeo no se podía hacer a “coste cero”, que fue justo lo que sucedió. De ahí el mediocre balance que exhibe la apresurada implantación de un sistema que nunca tuvo en cuenta las necesidades financieras de las universidades que debían ponerlo en marcha. Pero Manuel Ramón quiso llevar ese debate a la Facultad de Derecho, y por eso la propuso en 2003 para participar en el plan piloto de implantación de los Créditos Europeos, siendo junto con la Carlos III, la Pompeu Fabra y la Pablo de Olavide, las únicas Facultades de Derecho de España que aceptaron tan complicado reto.

Trajo al orden, en definitiva, a la Facultad de Derecho durante sus ocho años de mandato. Profesionalizó y dignificó la gestión académica con su ejemplar esfuerzo, que nos transmitió a todos los que le acompañamos en este periplo. Sus equipos de gobierno pueden dar fe de ello, Pepe Martín Ostos, Salvador Ramírez, Juanma Gómez Porrúa, Ignacio Lojendio, Miguel Ángel Adame, José Luis Rivero, Ana Carmona, Eulalia Petit, Rafael Zafra, Patro Rodríguez. Aprender de Manuel Ramón era algo consustancial a relacionarse con él. Leía y guardaba en sus carpetas azules y rojas hasta el último de los papeles que circulara por sus manos. No ha sido fácil desmontar y reorganizar su biblioteca personal. Cuántos proyectos se han quedado por el camino, pero cuánto nos ha enseñado y cómo ha crecido nuestra deuda con él.

Ese orden que trajo Manuel Ramón, empezó por las cosas pequeñas, dotar a la Facultad de Reglamento de funcionamiento y de sello propio –que hoy luce en su puerta– en abril de 1998, de una guía impresa para el estudiante, de una revista propia para la Facultad, *Crónica Jurídica Hispalense*, en julio de 2002, o del premio de tesis doctorales en Derecho, en julio de 2005. Creó un foro de conferencias con motivo del día de la constitución por donde pasaron insignes constitucionalistas y políticos. Nadie se negaba a venir a la Facultad de Sevilla, y hasta Eleuterio Sánchez, “El Lute”, habló de reinserción social en su Salón de Grados. Organizó el funcionamiento de la Junta de Facultad creando comisiones estables, aprobando el proyecto de presupuestos de la Facultad en su Junta, trayendo la participación democrática y la implicación personal de los miembros representantes de la Facultad en los asuntos que le concernían. Su preocupación por la transparencia y el funcionamiento democrático de los órganos conllevaba innumerables reuniones en comisión y una negociación permanente de todos los intereses en juego. Trajo la apertura democrática a la Facultad, la corresponsabilidad en la llevanza de los asuntos académicos. Su sensibilidad social le llevaba a solicitar a la Junta de Facultad en 1999 una declaración de apoyo al indulto a un alumno condenado a prisión por un delito de insumisión, cuando aún existía el servicio militar obligatorio; o a pedir a D. Juan Antonio Carrillo Salcedo, en marzo 2003, que elaborara un manifiesto en nombre de la Facultad contra la guerra de Irak, primera guerra que pudimos ver en directo por televisión, donde tuvimos la posibilidad de expresar nuestra convicción ciudadana acerca de lo que considerábamos una guerra preconcebida, inmoral, ilegal, ilegítima y torpe. La impronta moral y ética de Manuel Ramón era incontestable, y todos, desde los viejos maestros al último de los alumnos de nuevo ingreso, lo reconocían como la figura íntegra y respetable que era y representaba.

Luego, tuvo que adoptar decisiones críticas y de futuro para definir el modelo de Facultad de Derecho para el siglo XXI, que inauguró como Decano, y, por extensión, para toda la Universidad de Sevilla, de la que sería candidato a Rector en las únicas elecciones por sufragio universal que se han celebrado en la Hispalense

en su pentacentenaria historia. En la Fábrica de Tabacos, descubrimos la maleabilidad del espacio, pues durante años sentábamos a siete mil alumnos en tres mil quinientos asientos. Convivimos casi durante tres años, de 1999 a 2002, con techos que se desprendían y caían sobre las cabezas, y placas de piedra en los patios que hubo que sujetar con 15.000 tornillos y sus correspondientes taladros. Y no se suspendieron las clases ni un solo día. Las costuras del solemne edificio que proyectara Sebastián Van der Borcht a mediados del siglo XVIII, ya no daban más de sí. Manuel Ramón lo sabía, y la decisión tuvo que tomarse porque, simplemente, no había alternativa mejor. Aún así, creó allí la primera aula informática de la Facultad de Derecho, pero, seguro de la proyección que podríamos tener fuera de los vetustos muros de piedra de la Fábrica de Tabacos, implicó a todos los sectores en un traslado necesario que ha permitido, sin duda de género alguno, la eclosión de los estudios de Derecho en la Universidad de Sevilla. No hay en los treinta y cuatro mil metros cuadrados de la nueva Facultad, una triste placa que recuerde los esfuerzos del Decano que transformó para siempre los estudios de Derecho en Sevilla.

Su proyección dentro de la comunidad universitaria creció en estos años como Decano alimentada por la claridad de sus planteamientos en materia de política académica, lo que unido a su profundo conocimiento de la Universidad y sus reglas, y su carácter comunicativo, vehemente y sincero, impulsó a un nutrido grupo de profesores y personal de administración y servicios a animarlo a presentar su candidatura a las elecciones a Rector en 2004, una vez introducido en el Estatuto de la Universidad en 2003 el derecho al sufragio universal ponderado, en cuyo proceso normativo tuvo Manuel Ramón un papel definitivo. Que la Universidad de Sevilla se perdió a un gran Rector es algo en lo que estamos de acuerdo la mayoría de los que le conocimos. Pero nunca brilló en los ojos de Manuel Ramón el fulgor triste del rencor. Era tan apasionado de la vida universitaria, tan brillante en su argumentario, tan vehemente en la exposición de sus ideas, que siempre antepuso el respeto a la institución a ningún ajuste de cuentas, de los que tanto padeció a lo largo de su vida por ser tan radicalmente libre y honesto. También se perdió Andalucía a un gran Defensor del Pueblo, pues fue candidato a este puesto en 1995. Pero, a cambio, el mundo del Derecho, de la Abogacía, de la Universidad, de la Justicia, sus discípulos, su familia, sus amigos, pudimos disfrutar de su inteligencia, su generosidad y su bonhomía todo el tiempo que vino después.

10. EPÍLOGO Y DESPEDIDA

Manuel Ramón nos conducía por la vida como Jep Gambardella conducía a su acompañante en *La Gran Belleza*, la cautivadora película de Sorrentino, a través de los palacios más bellos de Roma, guiados por el amigo de las viejas princesas que guardaba en su maleta las llaves de todos aquellos palacios de belleza *stendhaliana*. Nos abrió a sus discípulos todas las puertas que le dio tiempo a abrirnos. Pero, sobre todo, nos abrió los ojos a la justicia social, al derecho, al poder transformador

de la política, a la integridad y la ética de los planteamientos jurídicos y económicos, a la necesidad de conseguir sociedades más justas y democráticas, a la intransigencia contra los abusos del poder, a la búsqueda de la verdad que subyace en cada proceso. Su personalidad, caleidoscópica, de permanente y serena indignación, siempre pronta para la acción, sigue siendo un ejemplo para los que, ya huérfanos, intentaremos hacer honor con nuestro esfuerzo y nuestro trabajo al maestro y amigo que nos dejó como se suelen ir los más grandes, discreta y prematuramente.

EL MAGISTRADO MANUEL RAMÓN ALARCÓN

FERNANDO SALINAS MOLINA
Magistrado del Tribunal Supremo
Sala de lo Social

ÍNDICE

- 1.- INTRODUCCIÓN
- 2.- RESOLUCIONES DESTACABLES DEL MAGISTRADO MANUEL RAMÓN QUE
REFLEJAN SU PENSAMIENTO
 - 2.1. TEMAS LABORALES
 - 2.2. TEMAS COLECTIVOS
 - 2.3. TEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL
 - 2.4. TEMAS PROCESALES

1. INTRODUCCIÓN

La aportación que el magistrado Manuel Ramón Alarcón Caracuel efectuó al Tribunal Supremo y, en especial, a su Sala de lo Social (desde el 12-02-2010 al 26-05-2015), en un momento de profundas reformas normativas que estaban poniendo en cuestión la esencia misma del Derecho Social en todas sus manifestaciones, ha sido de enorme trascendencia.

En el Tribunal defendió en todo momento en las deliberaciones, en sus ponencias y en sus votos particulares, con toda la riqueza y con la claridad y brillantez de sus argumentaciones y, además, con toda su energía, sus ideas para intentar evitar las injusticias por encima de los formalismos. Basta la lectura de cualquiera de resoluciones para comprender como pensaba nuestro querido compañero, que supo granjearse en tan poco tiempo todo nuestro cariño y amistad.

Desde el primer día en que accedió a la Carrera Judicial por el turno de juristas de prestigio destinado a la Sala IV del Tribunal Supremo asumió plenamente la vocación judicial con el deseo de impartir Justicia a través de la tutela judicial efectiva con la plena aplicación de los derechos y libertades constitucionales, en especial el de igualdad, tan maltratado en muchas relaciones sociales, teniendo además, como norte, los principios constitucionales como el de defender la existencia de *“un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad”* y asumiendo la obligación constitucional que corresponde a todos los poderes públicos, incluido el judicial, de *“promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”*.

En sus últimos días su tristeza era el pensar que podía tardar tiempo en volver a estar en la Sala con nosotros desempeñando su vocación tardía de Juez de la que plenamente disfrutaba y la que ejemplarmente ejercía.

Su legado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo no se pudo limitar al estudio de las sentencias o autos de las que ha sido ponente, tanto en la Sala Social como en las Salas Especiales del Tribunal Supremo (como en la del Art. 61 LOPJ o en las Salas Especiales de Conflictos de competencia ex art. 42 LOPJ), defendiendo en tal caso, la tesis que consideraba más justas en interpretación de la normativa constitucional y ordinaria vigentes. Su legado se trasluce también en los votos particulares que redactó o a los que compartiéndolos se adhirió; pero también en las minuciosas (se estudiaba con detalle todas las ponencias ajenas) y razonadas, incluso enérgicas, deliberaciones en las que intervenía, logrando, la mayoría de las ocasiones, la mejora de la ponencia final.

El poder discutir los temas jurídicos que se planteaban ante la Sala con un Maestro como Manuel Ramón nos ha hecho reflexionar sobre muchas cuestiones y perfeccionar nuestras decisiones; siendo insustituible el papel que ha desempeñado.

2. RESOLUCIONES DESTACABLES DEL MAGISTRADO MANUEL RAMÓN QUE REFLEJAN SU PENSAMIENTO

Intentaré destacar partiendo de sus ideas básicas como se han ido reflejando las mismas en las resoluciones que Manuel Ramón dictó como Ponente en temas laborales, colectivos, de seguridad social y procesales.

2.1. TEMAS LABORALES

Entre los primeros, los temas laborales, haré referencia a aquellas resoluciones que han sentado doctrina sobre:

a) La ampliación, incluso con anterioridad a la entrada en vigor de la LRJS y con fundamento en la LPRL, de la competencia del orden jurisdiccional social extendiéndola en materia de prevención de riesgos laborales a los trabajadores autónomos, en especial para reclamar por los daños sufridos con motivo del desarrollo de su actividad profesional contra quien o quienes –en atención a los deberes establecidos en la LPRL y otras normas concordantes- puedan resultar responsables, partiendo de que la materia de prevención de riesgos laborales forma parte del ordenamiento jurídico-laboral, lo que se refleja en un auto en que fue Ponente dictado por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo (art. 42 LOPJ) (ATS/SECC 28-septiembre-2011 -conflicto nº 37/2011), en el que se concluye que *«Dicha doctrina viene avalada además por el tenor del art. 3.1 de la propia LPRL que, al delimitar su ámbito de aplicación, lo hace de forma omnicomprendensiva, puesto que incluye no solamente a trabajadores sujetos de un contrato de trabajo regulado por el Estatuto de los Trabajadores sino también a los trabajadores –en sentido no técnico- que son sujetos de relaciones de carácter administrativo o estatutario; y, desde el punto de vista de la contraparte, no solamente a los empresarios o a las Administraciones Públicas receptoras del trabajo de los mencionados sujetos sino también a los fabricantes, importadores y suministradores de la maquinaria cuyos defectos han podido ser origen de los accidentes. Y, finalmente, considera incluidos dentro del ámbito de la ley “los derechos y obligaciones que puedan derivarse para los trabajadores autónomos”. Y entre esos derechos del trabajador autónomo –que es nuestro caso- es evidente que se encuentra el de reclamar por los daños sufridos con motivo del desarrollo de su actividad profesional contra quien o quienes –en atención a los deberes establecidos en la propia LPRL y otras normas concordantes- puedan resultar responsables».*

b) La problemática de las Administraciones públicas empleadoras y condiciones más beneficiosas, estableciéndose que si concurren los presupuestos para su adquisición son plenamente válidas pese a la naturaleza pública del empleador e incluso de contrariarse las restricciones genéricas. Esta doctrina jurisprudencial consistente en declarar que el hecho de tratarse de una Administración pública empleadora no exime del respeto a las reglas de adquisición de la condición más beneficiosa, pues con ello no se infringe ninguna norma sino que se respeta el ordenamiento jurídico laboral, se estableció de forma tajante en dos asuntos análogos muy debatidos que concluyeron en las SSTS/IV 25-junio-2014 (rcud 1885/2013, Pleno, ponente Alarcón, Voto particular López García de la Serrana, Gilolmo, Luelmo y Souto) y 25-junio-2014 (rcud 1994/2012, Pleno, ponente Alarcón, Voto particular López García de la Serrana, Gilolmo, Luelmo y Souto), rechazando la tesis opuesta reflejada en otras sentencias del propio Tribunal Supremo (entre otras, la STS/IV 16-febrero-2009 rcud 1472/2008) que habían exigido que cuando se tratara de una Administración pública era necesario que la condición más beneficiosa se hubiere establecido por el órgano de la citada Administración pública que tuviera competencia para ello. Se afirma en dichas sentencias de Pleno, para destacar la existencia de la exigible voluntad empresarial de otorgar un beneficio por encima de las exigencias legales o convencionales, que *«No se trata de ningún ejercicio clandestino ni de una práctica ilegal que nunca podría haber sido consentida ni tolerada; y, por tanto, aquí no hay afectación alguna al principio de legalidad; ni se trata tampoco de una tolerancia indebida por parte de algún órgano inferior –por ejemplo, la dirección del centro- del que se le pudiera hacer responsable: no consta sanción alguna a ningún miembro del equipo de dirección del centro, ni es creíble que los órganos administrativos de tutela del centro, y controladores de sus presupuestos, tardaran cinco años en enterarse del disfrute de esta condición más beneficiosa por parte de los trabajadores de esta Residencia de Pensionistas de una isla que destaca por su belleza pero no precisamente por su extensión y número de pobladores»*. Argumento este último grato al querido Ponente de las sentencias y utilizado para resaltar lo real de su argumentación.

c) La tesis básica sobre los rasgos definitorios del contrato de trabajo: la ajenidad y la dependencia, de la dependencia como un aspecto más de la ajenidad y las diversas manifestaciones de la ajenidad (ajenidad en el mercado, ajenidad en los medios de producción, dependencia o ajenidad respecto a la propia actividad profesional, ajenidad en los frutos-resultados del trabajo y en la utilidad patrimonial y ajenidad en los riesgos). La tesis que venía defendiendo doctrinalmente el Profesor Alarcón, en la que ponía el acento en la “*ajenidad*” en sus diversas manifestaciones como elemento definidor del contrato de trabajo, se reflejó, aplicando su construcción doctrinal a los supuestos concretos objeto de enjuiciamiento, en diversas sentencias de las que fue Ponente el Magistrado Alarcón; así:

1) En la STS/IV 6-octubre-2010 (rcud 2100/2009), en la que se declara la existencia de relación laboral en un supuesto relativo a los actores de doblaje *«que trabajan para empresas del sector, sin exclusividad, desarrollando su actividad profesional en los estudios de doblaje de dichas empresas y utilizando su infraestructura productiva (al menos en parte), sin horario fijo y cobrando sus servicios por unidad de obra mediante la emisión de facturas con su correspondiente IVA, estando dados de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) de la Seguridad Social»*.

2) Utilizó la tesis de la ajenidad para distinguir el contrato laboral y el administrativo de servicios, en las SSTs/IV 21-julio-2011 (rcud 2883/2010) y 22-diciembre-2011 (rcud 3796/2010), recaídas en supuestos análogos, en las que acude al Rey Midas para dar fuerza real a sus argumentos, razonando, en esencial y especialmente con relación al Real Decreto Legislativo 2/2000 que *«... esa exclusión constitutiva no se produce en el vacío, esto es, no es un cheque en blanco que se conceda a la Administración Pública para que —cual nuevo Rey Midas que convertía en oro todo lo que tocaba— pueda convertir en contrato administrativo cualquier contrato materialmente laboral por el solo hecho de calificarlo como tal»*.

3) Igualmente utilizó la tesis de la ajenidad para declarar la existencia de relación laboral en peritos tasadores de compañías aseguradoras en la STS/IV 17-mayo-2012 (rcud 871/2011), — en la que afirma seguir la doctrina de la STS/IV 10-julio-2010 (rcud 4121/1999) —, precisando incluso al analizar el requisito o presupuesto de contradicción de sentencias que *«En efecto, en ambos casos el perito tasador no utilizaba en su trabajo ningún medio de producción propio sino los de la empresa aseguradora (ajenidad en los medios de producción); en ningún caso era el taller de reparación o el propietario del vehículo accidentado el que contrataba los servicios del perito tasador, que ninguna relación jurídica establece con dichos clientes (ajenidad en el mercado), sino que era la empresa aseguradora la que reclamaba al perito que efectuara la tasación de los daños producidos en los vehículos de sus propios clientes, como una operación más cuya realización es indispensable en el marco de su actuación como tal compañía aseguradora, en cuya organización productiva se insertan los peritos tasadores (ajenidad en la organización de la actividad productiva o dependencia)»*.

4) Asimismo en la STS/IV 19-febrero-2014 (rcud 3205/2012, Pleno, voto particular de Desdentado y voto particular de López García de la Serrana y de Gilolmo), en la que se declara que existe relación laboral entre un periodista tertuliano de una cadena radiofónica para la que presta habitualmente sus servicios en régimen de ajenidad y dependencia pese a cobrar mediante facturas giradas a través de una sociedad mercantil; supuesto que fue muy debatido, en especial por la distinción con los denominados “*tertulianos*” o por la existencia

de una sociedad mercantil que facturaba los trabajos. Se argumenta, en lo esencial, que:

«En cuanto a la ajenidad, hay un encargo previo del trabajo y mediante el concurso del Sr. C. en ciertos programas la empresa adquiere el fruto del trabajo de aquél y lo comercializa en espacios radiofónicos ... En efecto, ahí se manifiesta la “ajenidad en los frutos” (es decir, en los resultados del trabajo), pero también la “ajenidad en el mercado”: el periodista no ofrece el producto de su trabajo directamente a los clientes (los oyentes de la radio: la famosa “audiencia”, que es el mercado por el que compiten los diversos medios) sino a la empresa radiofónica que es quien hace llegar ese producto a dicha audiencia, al mercado.

... Y por eso concurre también la dependencia, entendida como esa integración “en el ámbito de organización y dirección del empresario” (es decir, la ajenidad respecto a la organización de la propia prestación laboral), que es la fórmula que emplea el artículo 1 del ET, cristalización de una larga elaboración jurisprudencial en la que se concluyó que no se opone a que concorra esta nota de la dependencia la “autonomía profesional” imprescindible en determinadas actividades. Por eso acierta también la sentencia recurrida cuando afirma: “Por lo que se refiere a la dependencia, en este caso ciertamente es atenuada, pues aunque podrían darse directrices sobre la participación del periodista, la libertad profesional que ha reconocido la demandada al contertulio - limitándose a fijar el tema del debate - no tiene por qué ser incompatible con la relación laboral Pero en todo caso la demandada fija el tema a debatir y se lo comunica al demandante, y además éste debe participar en los días que se le señalen y en el horario de los programas en que interviene, circunstancias que denotan todas ellas la existencia del presupuesto de dependencia o integración en el ámbito de organización y dirección de la empresa.- En este aspecto no es excluyente el dato de que pueda existir alguna flexibilidad en cuanto a la concreción del día de intervención del periodista cuando éste solicita algún cambio. Y por lo que se refiere a la presencia física en la sede de la emisora, evidentemente no es necesaria para la realización del programa ni ello puede servir como elemento de definición de la relación, y además la conexión se realizaba con medios propios de la demandada ...”. Y añade, también muy acertadamente, la sentencia recurrida: “Como dato relevante en cuanto a la concurrencia del presupuesto legal de la dependencia o inserción en el ámbito empresarial se ha de resaltar asimismo, frente a la libertad de las partes propia del arrendamiento de servicios, la continuidad, regularidad y permanencia de la relación a lo largo de muchos años, sin que en ningún momento se haya acreditado ni que la demandada dejara de contar con la prestación del Sr. C., ni que éste rechazara por motivos personales su participación en ocasión alguna”.

Este dato es muy importante en un caso como el de autos porque subraya el carácter “profesional” de la actividad, excluyendo a aquellos “tertulianos no profesionales” que no solamente no tienen una relación laboral con la empresa sino que puede que ni siquiera la tengan de carácter civil. A partir de ahí, se trata de determinar si esa prestación profesional de servicios se hace en el marco de una relación laboral o de arrendamiento de servicios. Y es ahí donde juegan los criterios de ajenidad y dependencia que hemos ya analizado. Y también es importante el dato básico de que quien presta el servicio es personalmente el trabajador -el Sr. C. en este caso- y no la empresa a través de la cual cobra, como veremos a continuación. Si así fuera, dicha empresa habría de tener un contrato de trabajo con el señor C., lo que no es el caso.

... Por ello mismo, también acierta la sentencia recurrida al determinar que la peculiar forma de retribución empleada en el caso, en absoluto logra transformar lo que es una prestación personal de servicios en un inexistente contrato mercantil entre dos sociedades. Dice así la sentencia recurrida: “En cuanto a la retribución, el demandante percibía una cantidad fija y unitaria mensual por su participación en los programas ya indicados. La jurisprudencia no exige que la retribución sea fija y periódica, aunque ello refuerce la laboralidad de la relación, pero también se admite dentro del concepto de salario la retribución por resultado, o dentro del ámbito periodístico, por crónica realizada (sentencias del TS de 16-12-08 y 11-5-09). Por otra parte, tampoco se opone a la laboralidad de la relación el dato de que el Sr. C. perciba sus retribuciones por su trabajo a través de una sociedad de la que es administrador único, circunstancia que en este ámbito jurisdiccional no es decisiva en el supuesto ahora enjuiciado, pues no es dudoso que la prestación del servicio del demandante es personal, y cualquiera que haya sido la causa de la anomalía consistente en instrumentar la percepción salarial a través de una sociedad y las consecuencias que ello pudiera tener en otros órdenes, lo cierto es que las facturas a nombre de Producciones ... S.L. se refieren en realidad a retribuciones del trabajo personal del Sr. C., dato no controvertido en el proceso”.

En ese mismo sentido -irrelevancia de la fraudulenta interposición de una sociedad mercantil a los efectos de enervar el carácter laboral de la relación- se pronunció esta Sala en su Sentencia de 10/07/2000 (rcud 4121/1999). Y es que, con harta frecuencia, sucede lo que ya afirmamos en nuestra STS de 18/10/2006 (rcud 3939/2005): “Las altas en el Régimen Especial de Autónomos, el pago de licencia fiscal y la facturación con inclusión del IVA son sólo datos formales, que no se corresponden con la naturaleza del vínculo, ni definen su carácter; más bien forman parte del mecanismo que se ha puesto en marcha para tratar de descalificar la relación como laboral”. Lo mismo ocurre cuando a todo ello se añade o se sustituye por el citado mecanismo interpositorio.

... También acierta la sentencia recurrida cuando afirma que “la existencia o no de vacaciones anuales no es un dato decisivo”, puesto que “el no disfrute de vacaciones no determina necesariamente la exclusión de la relación laboral”. Y también, finalmente, cuando afirma que “la condición de consejero en varias sociedades o su participación en programas de otras emisoras son datos que no perturban la laboralidad de la relación con la demandada, no siendo la exclusividad un presupuesto del contrato de trabajo (sentencia del TS de 24/11/10 entre muchas)”».

5) La tesis de la “*ajenidad*” también la aplica el Magistrado Alarcón en su ponencia de la STS/IV 11-febrero-2015 (rcud 2353/2013), para declarar el carácter laboral y no de arrendamiento de servicios de quien prestaba servicios como psicólogo en el servicios de atención a las víctimas en las oficinas judiciales de una Comunidad Autónoma, razonando, en esencia, que *«la prestación de servicios ... se realizaba en un indiscutible marco de trabajo por cuenta ajena. Lo hace el Psicólogo empleando los medios materiales de la empleadora (ajenidad del trabajador respecto a los medios de producción o de prestación del servicio), bajo las directrices de la CAM y bajo la dependencia directa de los funcionarios de la Oficina Judicial de la CAM a la que pertenecen (ajenidad respecto a la organización del servicio o dependencia) y sin tener relación jurídica alguna con los destinatarios del servicio (ajenidad en el mercado que, en este caso, no es un mercado con ánimo de lucro económico de la entidad empleadora –puesto que los servicios eran gratuitos- sino un “mercado político”: los ciudadanos retribuirán con su voto a los responsables políticos de la CAM si el servicio es de su agrado y los penalizarán en caso contrario; pero a una cosa y a la otra son completamente ajenos los profesionales que prestan sus servicios y que, si trabajaran realmente por cuenta propia, lo que harían sería cobrar el servicio a sus clientes)»*.

d) Los requisitos de la compensación o absorción y la necesaria homogeneidad de las partidas salariales objeto de compensación o absorción. Otra de las preocupaciones del Magistrado Alarcón a su llegada al Tribunal Supremo era la doctrina que se había establecido por la Sala sobre la absorción y compensación y la flexibilización en la exigencia de homogeneidad de lo compensado o absorbido y sobre la posibilidad de excepcionar esa regla por acuerdo individual, como se había efectuado esto último en las SSTS/IV 29-septiembre-2008 (rcud 2255/2007), 27-noviembre-2013 (rcud 714/2013) y 4-diciembre-2013 (rcud 720/2013), cuya doctrina matiza y concreta en la STS/IV 26-noviembre-2014 (rcud 1982/2013), de la que fue Ponente, delimitando los conceptos de absorción y el de compensación, fijando la regla de homogeneidad y los límites de las posibles cláusulas convencionales sobre absorción y/o compensación.

e) El rechazo a la reiterada jurisprudencia que posibilitaba que formalmente a

través de los denominados trabajos temporales de colaboración social las Administraciones públicas contrataran trabajadores que realmente efectuaban servicios que correspondían a las actividades normales y permanentes de dichas Administraciones. El trascendente cambio doctrinal se produce en tres sentencias dictadas en Pleno de fecha 27-diciembre-2013 (rcud 217/2012, Ponente Alarcón; rcud 3214/2012 y rcud 2798/2012), en las que se concluye que «... *en el presente caso los servicios prestados corresponden a 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. Por ello, la contratación efectuada no tiene amparo en el art. 213.3 de la LGSS ni en el Real Decreto 1445/1982 y, en consecuencia, no juega la exclusión de laboralidad prevista en el art. 213.3 LGSS y, al no existir tampoco causa válida de temporalidad, la denuncia extintiva formulada por la empresa constituye un despido improcedente, tal como se ha declarado en el fallo de instancia que confirma la sentencia recurrida*».

f) La rotunda afirmación de que no hay mayor incumplimiento que poner fin a un contrato sin causa y sin indemnización alguna, con la derivada consecuencia que no es posible pactar en un contrato de alto directivo que, en caso de desistimiento por parte del empleador, el trabajador no tendrá derecho a indemnización alguna. La referida afirmación con la que el Ponente Alarcón finalizaba su ponencia refleja la contundencia de la tesis que prosperó en el debate en Pleno dando lugar a la STS/IV 22-abril-2014 (rcud 1197/2013, Pleno, voto particular Gilolmo, López García de la Serrana y Luelmo), en la que se concluye que «*Es claro que el perjuicio que sufre un trabajador –en este caso alto cargo- por la pérdida de su trabajo es una consecuencia necesaria del desistimiento (que, como decimos, es, en definitiva, una falta de cumplimiento total para el futuro, poniendo fin a un contrato antes de la llegada del término pactado) por parte del empleador, perjuicio que debería ser siempre indemnizado. El libre desistimiento sin causa y sin indemnización alguna no parece cohonestarse muy bien con ese otro principio general del derecho de los contratos que dice que “el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes” (art. 1256 C.c.), pues no hay mayor incumplimiento que poner fin a un contrato sin causa y sin indemnización alguna*».

2.2. Temas colectivos

En materia colectiva, destacaré sus sentencias relativas:

a) La ampliación del crédito horario de los delegados sindicales tomando como referencia el conjunto de trabajadores de la empresa y no el de cada centro de trabajo, cuando ha sido el ámbito de empresa el tomado en consideración para

la elección de los delegados sindicales. La referida doctrina que amplía la interpretación hasta entonces aplicable del art. 10.3 LOLS en relación con el art. 68 ET, otorgando mayor crédito horario a los delegados sindicales, con especial incidencia en las empresas con numerosos centros de trabajo de escasas dimensiones, se contiene en la STS/IV 18-julio-2014 (rco 91/2013, Pleno, voto particular Gilolmo y López García de la Serrana); en el resumen de la misma elaborado por el Ponente se sintetiza *«Delegados sindicales de sección sindical de empresa de ámbito estatal.- Derecho al crédito de horas para funciones de representación sindical otorgado por el art. 10.3 LOLS de acuerdo con la escala establecida en el art. 68 ET para los representantes unitarios, si bien referenciando su escala al conjunto de trabajadores de la empresa y no de cada centro de trabajo, dado que ese ha sido el ámbito tomado en consideración para la elección de los dos delegados sindicales.- Se rectifica doctrina contenida en la STS/IV 30-abril-2012 (rco 47/2011)»*.

b) La rigurosidad en la interpretación de la exigencia de negociación de buena fe en los despidos colectivos, con la derivada declaración de nulidad del despido en casos de incumplimiento. El Magistrado Alarcón en diversas ponencias defendidas ante el Pleno de la Sala IV en supuestos de despidos colectivos acreditó una loable rigurosidad en la interpretación de la exigencia de negociación de buena fe, con la derivada declaración de nulidad del despido en casos de incumplimiento. Así, entre otras, en la STS/IV 11-abril-2014 (rco 170/2013, Pleno, “Alcorimp, S.L.U.”) o en la STS/IV 21-mayo-2014 (rco 162/2013, Pleno, voto particular López García de la Serrana y Gilolmo, empresa “Agencia Valenciana de Movilidad”).

2.3. Temas de seguridad social

En temas de seguridad social, — aun sin poder abordar sus numerosas sentencias especialmente en materia de prestaciones por muerte y supervivencia, destacando la insuficiencia y las contradicciones normativas especialmente en la protección de las parejas de hecho —, se hace una especial referencia a la STS/IV 28-octubre-2014 (rcud 1600/2013) en la que se establece la compatibilidad de pensión de incapacidad permanente total con una pensión de jubilación parcial causada en virtud de un trabajo distinto al que dio origen a aquélla. Se razona, para llegar a la anterior conclusión, que:

«Se trata de una interpretación plenamente coherente con el encaje de la jubilación parcial y de la incapacidad permanente total en el conjunto de nuestro sistema de Seguridad Social, cuyas prestaciones tienen como función proporcionar al beneficiario una renta sustitutoria de las rentas profesionales que deja involuntariamente de percibir por el acaecimiento de tales contingencias. De ahí que la pensión de incapacidad permanente total sola-

mente otorgue el 55% de la base reguladora habida cuenta de que al sujeto le queda una capacidad de trabajo suficiente para poder percibir, en una actividad distinta, una renta profesional que, obviamente, es compatible con el percibo de la pensión de IPT derivada de la primera actividad. Y, por esa misma razón, si el trabajador decide jubilarse parcialmente de dicha segunda actividad es completamente lógico que –sin pérdida de su pensión de IPT– perciba la correspondiente pensión sustitutoria de la parte de renta profesional que deje de percibir por esa segunda actividad, en la que seguirá trabajando parcialmente con la correspondiente reducción salarial. Cuando deje de hacerlo, pasará a la jubilación total que sí es incompatible con la IPT. Cosa distinta es que no haya tal segunda actividad sino que el trabajador declarado en situación de incapacidad permanente total haya continuado trabajando en la misma actividad –“en virtud del mismo contrato”, precisa el art. 14 del RD 1131/2002– en cuyo caso el Reglamento citado sí declara expresamente incompatibles la pensión de IPT con la de jubilación parcial, quizás porque el legislador reglamentario ha entendido que, en tal caso, lo lógico será pasar directamente a la situación de jubilación completa, cuya pensión será superior a la pensión de IPT; en el caso muy extraño de que así no fuera, el sujeto podrá optar por seguir percibiendo exclusivamente la pensión de IPT.

Por otra parte, las cotizaciones que se computan para la jubilación (tanto a efectos de período de carencia como de cálculo de la cuantía) son cotizaciones que, con suma frecuencia, han dado lugar a otras prestaciones –de desempleo, de incapacidad temporal para el trabajo, etc.– a lo largo de la vida del beneficiario. De ahí que no es coherente con el funcionamiento general del sistema que se diga ... que las cotizaciones que se computaron para otorgar la IPT no pueden ser tenidas en cuenta para conceder una pensión de jubilación, tanto si ésta es completa como si es parcial».

2.4. Temas procesales

Finalmente, sobre cuestiones procesales, — aun haciendo ahora referencia a su decisiva aportación para la flexibilización del acceso a la casación unificadora, en especial a través de la invocación de sentencias del Tribunal Constitucional, recordando la STS/IV 4-noviembre-2014 (recurso 1236/2014) en la que se declara la nulidad del decreto de la Secretaria judicial disponiendo que, ante la licencia por enfermedad de la juez de instancia, se había de celebrar un nuevo juicio, procediendo a señalar día y hora para el mismo —, destaco:

- a) La inte, de la empresa en las mismas condiciones que los representantes de los trabajadores, afirmándose que el mismo forma parte del contenido del derecho de libertad sindical, por lo que si se impugna su vulneración es adecuada la mo-

alidad procesal de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas que, en el orden social, constituye el proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona (STS/IV 8-julio-2014 -rco 282/2013); o

c) Su última sentencia dictada como Ponente, sobre la flexibilización de la doctrina que exigía que sólo un error craso, evidente e injustificado pueda dar lugar a la declaración de error judicial. En efecto, en la STS/IV 27-marzo-2015 (error judicial nº 3/2014) se sigue evidenciando su ideal de Justicia rechazando interpretaciones restrictivas en perjuicio de quienes podían tener la razón en sus pretensiones. En ella se flexibiliza la doctrina que exigía que sólo un error craso, evidente e injustificado puede dar lugar a la declaración de error judicial, afirmandose, en el supuesto enjuiciado, que concurría una interpretación manifiestamente errónea de cláusula de póliza de seguro con desconocimiento total de los términos de la misma y existía error judicial al negarle la indemnización correspondiente a su situación de IPA derivada de accidente de trabajo, argumentando erróneamente que solo comprendía la póliza la cobertura de la incapacidad derivada de enfermedad profesional, cuando en otro apartado principal de la misma se pactó que cubriría todo tipo de accidentes *“que puedan sufrir las personas aseguradas, tanto durante el desempeño de sus funciones profesionales al servicio de la Entidad Mutualista como en su vida privada”*.

En definitiva, las tesis que el Profesor Manuel Ramón había venido defendiendo a lo largo de su brillante trayectoria académica han tenido reflejo puntual en su actuación como Magistrado del Tribunal Supremo, lo que evidencia la solidez de su pensamiento y su valentía en la reiterada defensa de sus ideales en todas sus actuaciones y en todo momento y lugar.

Una enorme pérdida y un gran dolor el que no pueda seguir con nosotros.

2. CUESTIONES DE CARÁCTER GENERAL

**DERECHO CONSTITUCIONAL DEL TRABAJO
AYER Y HOY
(DIÁLOGO CON MANUEL RAMÓN ALARCÓN)**

BARTOLOMÉ CLAVERO
*Catedrático de Historia del Derecho
Universidad de Sevilla*

ÍNDICE

1. CONSTITUCIÓN TEMPORALMENTE UNÁNIME
2. “UNA MIRADA GENERAL A LA HISTORIA”
3. LA LIBERTAD CONSTITUCIONAL DE LOS AMOS
4. EL CÉNIT CONSTITUCIONAL, ¿1931 o 1978?
5. PREGUNTAS SIN RESPUESTAS

1. CONSTITUCIÓN TEMPORALMENTE UNÁNIME

“Los primeros comentaristas de la nueva Carta Magna fueron unánimes en subrayar la importancia del reconocimiento constitucional de los derechos económicos y sociales (la mayor parte de los cuales son estrictamente jurídicos laborales) y en augurarles una verdadera penetración en nuestro orden de convivencia cívica. Casi trece años después de promulgada la Constitución Española aquellos juicios positivos y aquel pronóstico pueden considerarse confirmados y aun superados”, son palabras de Manuel Ramón Alarcón en la inauguración de unas jornadas sobre la primera década de jurisprudencia constitucional en materia de derecho del trabajo¹.

Son palabras entusiastas tanto con la Constitución como con la labor de interpretación del Tribunal Constitucional en sus primeros años. Su tono se justifica desde luego por lo que la una y la otra aportaron en el campo de la libertad sindical, los derechos laborales y otros derechos sociales. Pero hay un plus de exaltación que sólo puede explicarse por el contexto histórico. Para mi generación, que es la de Manuel Ramón, el valor de la Constitución y de la primera jurisprudencia constitucional se estimaba no sólo por sí, no solamente por sus propios méritos, sino también por su marcado contraste con la situación de la que procedíamos, la de una dictadura que había convertido las libertades, incluyendo en un primerísimo lugar las laborales y sindicales, en delitos penalmente tipificados y efectivamente perseguidos por la policía y la justicia. Bien sé cómo vivió Manuel Ramón el contraste, comprometiéndose desde sus años de estudiante universitario contra la dictadura, porque compartimos juventud².

Al cabo de un par de décadas largas, a las alturas de 2012, las perspectivas de Manuel Ramón respecto al panorama generado por la Constitución vienen a matizarse. Ante la evolución posterior menos favorable, cuando no frontalmente adversa, a sus planteamientos, deja de comparecer esa unanimidad doctrinal en la recepción inmediata de la Constitución. Muy al contrario. Refiriéndose a un marco más amplio de doctrina, ya no tan sólo a la específicamente iuslaboralista, hace ver que la Constitución advino en un ambiente ideológico enseguida enrarecido por poco propicio en lo que toca a los derechos sociales y al propio derecho del trabajo, dada ante todo la agresividad de un neoliberalismo fuertemente impulsado

¹ Manuel Ramón ALARCÓN, *Estado Social y Derecho del Trabajo*, p. 9, en M.R. Alarcón (ed.), *Constitución y Derecho del Trabajo, 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Madrid, Marcial Pons, 1992, pp. 9-29.

² Lo testimonia otro partícipe de aquella juventud sevillana, Rafael SENRA, *Manuel Ramón Alarcón. In Memoriam*, en *IUSLabor* (Universitat Pompeu Fabra, en línea), 2015, 2, segunda entrada (una pequeña matización: no fundamos la revista *Peñafort*, sino que nos la apropiamos aprovechando que, como falangista que había sido, ya estaba registrada en el Gobierno Civil).

por los gobiernos británico y estadounidense. Y era un ambiente que no dejó de tener reflejo en la doctrina española desde unos primeros momentos constitucionales. “Venimos asistiendo a un incesante cuestionamiento de sus principios constitutivos [del derecho del trabajo] y, en definitiva, de su propia existencia”, recrudescido últimamente mediante sucesivas reformas legislativas frente a las que los registros constitucionales no se hacen valer³. En lo que toca al menos al trabajo, la Constitución parece que se está desconfigurando.

Manuel Ramón abrigaba todavía esperanzas de que así no fuese; de que la Constitución genuina pudiera prevalecer. Como magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo desde 2010 estaba esforzándose y contribuyendo en una línea de compromiso sostenida de por vida⁴. En su reflexión de 2012, a la constatación de que la última reforma laboral de entidad, la de dicho mismo año, “alcanza tal nivel de intensidad que, en definitiva, consigue alterar principios básicos del modelo vigente llegando incluso en algunos aspectos, como se ha sostenido ya por numerosos autores, a la pura y simple inconstitucionalidad”, añadía enseguida que “habiéndose ya presentado el correspondiente recurso, el Tribunal Constitucional tiene la última palabra”. No se sabe si esto lo decía muy esperanzadamente dada la conformación de mayoría ahora muy conservadora de dicho tribunal. Y, en efecto, esta instancia jurisdiccional de control concentrado de ley y, al cabo, de jurisprudencia ha defraudado sin paliativos⁵.

“Como se ha sostenido ya por numerosos autores” no es una invocación en vano. Al menos la mejor doctrina, quiero decir la doctrina más constitucionalista, apunta sin duda en la dirección detectando con evidente preocupación cómo el derecho del trabajo se está convirtiendo en “un instrumento al servicio de la mejora de la salud de las empresas y de la eficiencia del propio sistema económico” y así en “mero apéndice” de la economía, reducido como queda a herramienta “al servicio de una concreta política económica”. Se está revirtiendo al derecho del trabajo “hacia la libertad de empresa y el favor de los empresarios, ignorando su función específica en el Estado social y democrático de Derecho” requerida por la Constitución. Frente a la reforma de 2012 y a su validación por el Tribunal Constitucional, el derecho del trabajo se propugna que debe volver a “enmarcarse en

³ M.R. ALARCÓN, *Las reformas laborales en tiempos de crisis. Una reflexión crítica*, p. 24, en María del Mar Mirón e Ignasi Beltrán de Heredia (eds.), *Últimas reformas en materia laboral, Seguridad Social y en el proceso laboral*, Barcelona, Huygens Editorial, 2013, pp. 17-41.

⁴ Miguel RODRÍGUEZ-PINERO Sr., Fernando SALINAS, Jesús CRUZ, Julia LÓPEZ, José Manuel GÓMEZ MUÑOZ y Rafael SÁNCHEZ BARRIGA, intervenciones en el *Acto de Homenaje al Profesor Manuel Ramón Alarcón Caracul*, Rectorado de la Universidad de Sevilla, 18-IX-2015, videoteca en línea (tv.us.es).

⁵ M.R. ALARCÓN, *Las reformas laborales en tiempos de crisis*, p.40; Sentencia de Tribunal Constitucional 8/2015, de 22 de enero, con un incisivo voto disidente suscrito por tres magistrados. Manuel Ramón Alarcón falleció el 26 de mayo.

las coordenadas de nuestra democracia constitucional y de los derechos y valores sociales que encarna”⁶. En ese empeño estaba Manuel Ramón. El mayor escollo que se interpone lo representa ahora una jurisprudencia constitucional subversiva de los valores de la Constitución.

Ante reformas de rango tan sólo de ley, mediante incluso decretos-leyes hurtados al debate parlamentario, que pueden desvirtuar abiertamente los derechos constitucionales en materia laboral, cabe por supuesto sopesar las debilidades de la Constitución respecto al grado de protección de los derechos sociales en general y del derecho del trabajo en particular por cuanto que no habilita, al efecto de la defensa de los primeros, garantías como la de reserva de ley orgánica o la de disponibilidad de recurso de amparo judicial o constitucional⁷. Manuel Ramón seguía, sin embargo, otra vía en su reflexión de 2012. Lo que pragmáticamente le interesaba no era cuestionar la Constitución, sino reforzar su imagen y, de este modo, su virtualidad mediante el contraste con la historia del derecho del trabajo elevándose más allá de los tiempos de una dictadura bajo la que “no sólo no había reconocimiento de los derechos colectivos de los trabajadores sino que la asociación sindical, la huelga, etc. pasaron a residenciarse de nuevo en el Código Penal”. De nuevo, como en el siglo XIX⁸.

2. “UNA MIRADA GENERAL A LA HISTORIA”

El contraste histórico, siempre para valorizar la Constitución actual, lo extendía Manuel Ramón en efecto hasta el siglo XIX y, con ello, a la entera historia constitucional. Conoce el percal desde su tesis doctoral, pues versó sobre historia del derecho, la historia del derecho de asociación obrera⁹. Bajo la dictadura, le atraía

⁶ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Sr., Fernando VALDÉS y M^a Emilia CASAS, *Una Revista Nueva*, pp. 2 y (referencia a STC 8/2015) 4, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 1, 2015, pp. 1-4; anteriormente, los mismos tres, *La huida del derecho del trabajo hacia el “emprendimiento”, las reformas de la Reforma Laboral de 2012 y otras reformas: la L 11/2013 y el RDL 11/2013*, en *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2013, 10, pp. 1-29; y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Sr., *Tres décadas de relaciones laborales en España. Editoriales y estudios*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2015, pp. 459-489 (“La claves de la reforma laboral 2012”).

⁷ Sebastián MARTÍN, *La gran regresión: repaso de una legislatura reaccionaria*, pp. 20-22 (“Hacia un trabajo sin derechos”), en Gonzalo Boye, Isabel Elbal, Rafael Escudero y S. Martín (eds.), *Contrapoder. ¡Desmontando el régimen!*, Barcelona, Roca Editorial, 2015, pp. 9-25; Patricia GARCÍA MAJADO, *Del uso al abuso: el decreto-ley en materia social en la X Legislatura*, Universidad de Oviedo, trabajo de máster en línea, 2015.

⁸ M.R. ALARCÓN, *Las reformas laborales en tiempos de crisis*, p. 23.

⁹ M.R. ALARCÓN, *El derecho de asociación obrera en España, 1839-1900*, Madrid, Revista de Trabajo, 1975; Antonio MARTÍN, *Derecho de asociación sindical en el origen del Derecho del Trabajo*, conferencia en el *Homenaje al Prof. Manuel Ramón Alarcón*, Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, 18-IX-2015.

mucho menos el estudio del ordenamiento vigente. Se hizo entonces con una perspectiva histórica que ya no perdió, aplicándola con posterioridad, al hilo del desarrollo de las previsiones constitucionales, al propio derecho positivo¹⁰. En la reflexión de 2012, la historia constitucional del derecho del trabajo en general por Europa y en particular por España la expone de forma sumamente sintética como un desarrollo en tres etapas de progresión creciente confluyendo en la Constitución actual y el estrambote de una cuarta adversa para la misma. Vamos a repasar esta secuencia, “una mirada general a la historia” como le llama, a fin de plantear un diálogo con el legado de Manuel Ramón¹¹.

La primera etapa la identifica mediante la cita de algún discurso de signo liberal en las Cortes Constituyentes fallidas de 1855, el cual impugnaba toda intervención del Estado en el mundo del trabajo para que éste pudiera ser objeto de contrato entre partes privadas en condiciones de libertad. De ese modo la ejemplifica con expresiones de mediados de siglo pero retrotrayendo sus orígenes a 1812, a la Constitución de Cádiz. Aquí arrancaríamos “el liberalismo político y el individualismo jurídico” que reduciría el trabajo a mercancía inerte frente al dominio social de la propiedad. El principio de la autonomía de la voluntad de la codificación civil imperaría sobre el mundo del trabajo con dicha implicación. “El viejo arrendamiento de servicios”, esto sería por entonces el contrato de trabajo, estaría presidido por tal principio de autonomía o libertad supuestamente igual para propietarios y para trabajadores. La codificación penal pondría la puntilla tipificando como delitos las medidas colectivas de defensa del trabajo, como el sindicalismo en general y la huelga en particular.

La segunda etapa la sitúa Manuel Ramón a caballo entre las últimas décadas del siglo XIX y las primeras del XX, hasta mediados del mismo. “Pude definirse, en primer lugar, como la de la consolidación de los sindicatos de clase” frente al viento de la codificación civil y a la marea de la codificación penal; en segundo lugar, “por el nacimiento y desarrollo del Derecho del Trabajo” y esto “bajo el empuje de

¹⁰ M.R. ALARCÓN, *Veinte años de ordenamiento laboral y de la Seguridad Social conforme a la Constitución*, en AA.VV., *20 años de ordenamiento Constitucional. Homenaje a Estanislao de Aranzadi*, Elcano, Aranzadi, 1999, pp.19-74; *Cuatro lustros de Derecho del Trabajo en España: entre la consagración del Estado social y las crisis económicas*, en el mismo y M^a M. Mirón (eds.), *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar (aspectos laborales, fiscales, penales y procesales)*, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 9-34; *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social entre la promulgación de la Constitución y su XXV aniversario*, en *Crónica Jurídica Hispalense*, 1, 2003, pp. 335-383.

¹¹ Para cuanto sigue, M.R. ALARCÓN, *Las reformas laborales en tiempos de crisis*, pp. 17-25 (“Una mirada general a la historia”).

ese movimiento obrero” sindical. Los gobiernos pasan de “la pura represión de la clase obrera” a “programa(s) de ciertas mejoras de las condiciones de vida y trabajo de las amplias clases populares” con el objetivo “de provocar la integración de los trabajadores en un sistema que, hasta ese momento, consideraban un enemigo a destruir”.

Bien por mal, mal por bien, así comenzaría a desarrollarse un derecho del trabajo durante aquella segunda etapa. El trabajo va emergiendo en el ordenamiento a nivel todavía infraconstitucional, bien que en esta misma segunda fase ya también se produciría, en algunas latitudes, su constitucionalización, reconociéndose a este máximo nivel del ordenamiento derechos individuales y colectivos laborales. Entre esas latitudes se encuentra España gracias a la Constitución de 1931, la Constitución de la Segunda República, que fue seguida por “nuestra primera Ley de Contrato de Trabajo, consagrando la emancipación del Derecho del Trabajo de los postulados liberales del Derecho Civil”. La falsa autonomía de la voluntad de la codificación quedaría atrás.

La tercera la hace correr Manuel Ramón desde finales de la Segunda Guerra Mundial con la tendencia a la generalización de esa constitucionalización del derecho del trabajo como elemento fundamental, junto a toda una batería de derechos sociales y económicos, en la creación del “modelo político denominado Estado del Bienestar”. Este modelo constitucional se implantó por Europa con excepciones como la España de la dictadura franquista. “Cuando al fin salimos de ese túnel y nuestra Constitución de 1978 nos puso en sintonía con el modelo predominante en Europa, estábamos ya a las puertas” de la cuarta etapa, la adversa.

“Esta cuarta etapa se caracteriza, en efecto, por una extraordinaria ofensiva del pensamiento liberal” de mercado, el que conocemos como “neoliberalismo”. Para Manuel Ramón es “paleoliberalismo” por conectar con aquellos orígenes decimonónicos que también tiene por liberales. Es una corriente que, “desde la década de los ochenta”, viene “impugnando, cada vez con más violencia, dicho modelo”, el de constitucionalización de los derechos sociales, económicos y laborales. Ahí está el ejemplo paradigmático de la reforma española de 2012 reválida por el Tribunal Constitucional. “En los últimos treinta y dos años hemos asistido –estamos asistiendo– en toda Europa, y específicamente en España, a un continuo ataque contra los fundamentos mismos de nuestra disciplina”, la del derecho del trabajo. Aquella unanimidad de entusiasmo ante la Constitución de 1978 se ha disipado.

En esta secuencia de etapas estamos, a mi entender, ante una historia teleológica trazando una parábola entre los dos cabos de unos liberalismos adversos al derecho del trabajo a fin de entronizar en el cénit de su recorrido la constitucionalización máxima que se sitúa para España en 1978 con la Constitución actual. En

lo que interesa más estrictamente a la historia, hay un par de extremos sobre los que le propondría un diálogo a Manuel Ramón. El primero es el del liberalismo histórico; el segundo, el del cénit constitucional.

3. LA LIBERTAD CONSTITUCIONAL DE LOS AMOS

Comencemos por la Constitución de Cádiz, la cual dio carta de naturaleza al “estado de sirviente doméstico”, esto es, ni más ni menos, al derecho preconstitucional del trabajo en sus términos de configuración del poder patronal como poder doméstico, el poder de una patria potestad no sometida a ordenamiento y excluyente del acceso a la justicia en materias laborales como en el resto de las tenidas entonces por domésticas. El “estado” del trabajador por cuenta ajena se asimilaba al de la mujer o al del hijo no emancipado, incluso mayor de edad, como sometidos todos ellos a un mismo régimen patriarcal. Ni unos ni otros, ni el trabajador ni la mujer ni el hijo, tenían acceso a la justicia frente a la autoridad del padre de familia, el padre no de la suya propia del trabajador ni él mismo de serlo, sino el patrón así dotado de potestad sobre el trabajo. Se le hacía jurídicamente padre del trabajador y no digamos ya de la trabajadora¹².

Ninguna Constitución española del siglo XIX canceló dicho derecho preconstitucional o estableció los presupuestos para que el mismo se sustituyera por el juego del trabajo como género de contratación en el mercado. No quiere esto decir que la condición “doméstica” del trabajador por cuenta ajena fuera la regla efectiva a lo largo del siglo, sino que dicho régimen se cierne sobre el trabajo durante este tiempo con el efecto más tangible de dificultar, cuando no impedir, su acceso a la justicia. Para la que había entonces, tampoco es que fuera a amparar derechos del trabajo¹³.

A las postrimerías del siglo, el código civil testimonia todavía secuelas nada vanas. El trabajo ya aparece, no como estado, sino como contrato, como contrato de arrendamiento de servicios ciertamente, pero con una regla procesal muy peculiar respecto al caso ya restringido del “servicio” doméstico. Hay acceso del trabajador a la justicia, mas poniéndosele al servicio de la propiedad: el juez ha de dar crédito a la palabra del “amo” frente a la del “criado” respecto al tanto y al de-

¹² B. CLAVERO, *Antropología del sujeto de derecho en Cádiz, con particular atención al trabajo y al género*, en Eva Garrido (ed.), *Constitución española y relaciones laborales ante el actual escenario social y económico*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2013, pp. 17-45 (desarrollado en *Quaderni Fiorentini*, 42, 2013, pp. 201-279).

¹³ Marta LORENTE, Fernando MARTÍNEZ y Julia SOLLA, *Historia legal de la justicia en España, 1810-1978*, Madrid, Iustel, 2010.

vengo del salario¹⁴. En general, “se observará acerca de los amos y sirvientes lo que determinen las leyes y reglamentos especiales”. Tal sigue siendo el lenguaje¹⁵. El mismo término de “servicios” para el objeto del arrendamiento podía seguir contaminado de servidumbre. El “contrato” de trabajo no se negociaba ni ponía por escrito. En este contexto, la persecución penal de la sindicación y la huelga no defendía la libertad de mercado, sino el poder patronal directamente. El asociacionismo obrero nació luchando contra la domesticación más que contra la mercantilización. El liberalismo económico que pretendía someter a mercado incluso la contratación del trabajo era compatible con su régimen de fondo doméstico. Constitución liberal no significaba Constitución antidoméstica¹⁶, quiero decir Constitución contraria al poder del padre de familia respecto a género, filiación y trabajo¹⁷.

Si recordamos la resistencia en tiempo constitucional de la consideración del trabajo como servidumbre, hemos de registrar igualmente la persistencia de la esclavitud, de esta forma más radical de sometimiento del trabajador reduciéndolo a objeto de propiedad. La Constitución de 1812 no sólo no procede a su abolición, sino que además, de forma paladinamente racista, restringe el acceso a la ciudadanía “a los españoles que por cualquiera línea son habidos y reputados por originarios del África” que ya no fueran esclavos. De forma menos expresiva, por vía de silencio, no es otra la posición del resto de las Constituciones españolas durante el siglo XIX. Garantizaban una propiedad que podía ser esclavista. Cuando se

¹⁴ B. CLAVERO, *Derecho liberal y laboral entre código y cultura*, en *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2001, 1, pp. 273-204 (destinado a “*Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert*”). *Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*, Colonia, Böhlau, 2003, pp. 83-103). La mejor referencia comparativa sigue ofreciéndola Robert J. STEINFELD, *The Invention of Free Labor: The Employment Relation in English and American Law and Culture, 1350-1870*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1991.

¹⁵ Recientemente, un intento fallido de suprimirlo se reducía a proponer la sustitución de “amo” y “sirviente” o “criado” por “arrendatario” y “arrendador” manteniéndose el articulado, no registrándose el sentido originario de unos términos ni haciéndose en consecuencia remisión al derecho del trabajo en bloque (Proposición de Ley de Reforma del Código Civil en materia de arrendamientos de servicios del Grupo Parlamentario Popular en el Senado debatido en el pleno de 20 de mayo de 2009, Diario de Sesiones, IX Legislatura, n.º 40, con debate curioso por los equívocos).

¹⁶ Para el momento más acogedor del liberalismo de propiedad y mercado, Antón COSTAS, *El apogeo del liberalismo en La Gloriosa. La reforma económica en el Sexenio liberal, 1868-1874*, Madrid, Siglo XXI, 1988. Confróntese Carmen SERVÁN, *Laboratorio constitucional en España. El individuo y el ordenamiento, 1868-1873*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005; Jesús VALLEJO, *Paradojas del sujeto*, en Carlos Garriga (ed.), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, México DF, Instituto Mora, 2010, pp. 173-199.

¹⁷ La composición está articulada desde los clásicos del liberalismo: reléase con esa perspectiva a John LOCKE, *Two Treatises of Government*, ed. Peter Laslett, Londres, Cambridge University Press, 1994, con el *fatherly power* fundamentando en el primer tratado el despliegue de poderes políticos del segundo.

plantea la abolición por ley, se toma en consideración la compensación para la parte esclavista mediante trabajo clientelar del emancipado y no la indemnización a este segundo por la primera en razón de la esclavización sufrida. El derecho constitucional era el de propiedad por encima del de libertad y esto pesaba netamente en todo cuando interesaba al trabajo¹⁸.

Y no se piense que, por encontrarse fundamentalmente en las colonias, se puede ignorar la esclavitud en una historia española del derecho del trabajo, aparte de que tampoco por supuesto pueda hacerse en general¹⁹. De un lado, en España, había territorios coloniales que, aunque estuviesen excluidos de representación parlamentaria y así en parte del espacio constitucional, se encontraban integrados en el mismo ordenamiento jurídico español²⁰. De otro, no ha de excluirse del todo que, dada la posibilidad normativa, hubiera esclavos durante el siglo XIX en la España europea²¹. Por lo demás, cuando desaparecen los rastros de la esclavitud en el ordenamiento español por la separación de Cuba, Puerto Rico y Filipinas, quedan colonias donde puede mantenerse un régimen abiertamente servil, ya no estrictamente esclavista, del trabajo²².

Obsérvese el escenario. ¿No afrontaba el derecho del trabajo una imposibilidad prácticamente absoluta de serlo en rigor, esto es, de ser un ordenamiento que entrañe derechos subjetivos del trabajador en su condición de tal, sean individuales o colectivos? Entonces, el problema principal no lo planteaba el liberalismo. Es lo que resulta si no tomamos la ideología política por ordenamiento jurídico y si, ahora, no proyectamos en la historia el efectivo peligro que supone para el derecho del trabajo el fundamentalismo de mercado, esto que preocupaba profundamente a Manuel Ramón.

¹⁸ B. CLAVERO, *¿Se debe a derechos humanos la abolición de la esclavitud?*, en *Quaderni Fiorentini*, 44, 2015, pp. 1075-1109.

¹⁹ Domenico LOSURDO, *Contrahistoria del liberalismo*, trad. Marcia Gasca, Barcelona, El Viejo Topo, 2005, caps. 2 (*Liberalismo y esclavitud racial*), 3 (*Los esclavos blancos entre metrópolis y colonias*) y los consecutivos para la entrada sin solución sustancial de continuidad en tiempos constitucionales.

²⁰ J. SOLLA, *Ultramar excepcional. La construcción de un espacio jurídico para España y sus colonias, 1837-1898*, en "Rechtsgeschichte – Legal History", 23, 2015, pp. 222-238.

²¹ Por ejemplo, en las minas de la Sierra Norte de la provincia de Sevilla: Antonio VILLALBA, *Cazalla de la Sierra: Historia y tradición. Artículos, 1991-2013*, Barcelona, Autor, 2014, pp. 107-112 ("Esclavos cubanos en la Fábrica de El Pedroso").

²² B. CLAVERO, *Sombra de Constitución: derecho del trabajo en Guinea, 1843-1869*, en M^a E. Casas, Federico Durán y J. Cruz (eds.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Madrid, La Ley, 2006, pp. 161-186 (desarrollado para todo lo ancho del largo siglo XIX en *Quaderni Fiorentini*, 35, 2006, pp. 429-556).

4. EL CÉNIT CONSTITUCIONAL, ¿1931 O 1978?

¿En cuál etapa de las trazadas por Manuel Ramón, segunda o tercera, se ubica la Constitución española de 1931? Él la incluye, relacionándola particularmente con la Constitución de Weimar, la Constitución alemana de 1919, en la segunda²³, pero, por el modo como caracteriza esta fase, podría refundírsele con la tercera o, al menos, por lo que nos importa, consignarse a ésta aquella Constitución española²⁴. La separación la marca la drástica interrupción del fascismo de escala europea que en España se alarga con la dictadura franquista. Son también unas fases, la segunda y la tercera, para las que habría convenido, siempre por lo que interesa al derecho del trabajo, alguna referencia a otros escenarios²⁵. Para dichas etapas, para ambas, Weimar tiene en efecto una importancia de alcance al menos continental europeo²⁶, pero la historia constitucional no se encierra ni agota en Europa.

Es con anterioridad que el derecho del trabajo irrumpe constitucionalmente y lo hace en las Américas con una Constitución tenida muy presente por España en el momento constituyente de 1931. Es el caso de la Constitución de Querétaro, la de los Estados Unidos Mexicanos que data de 1917, uno de cuyos títulos, “Del Trabajo y de la Previsión Social”, consistente en un largo artículo, el 123, de una treintena de apartados, alguno a su vez desglosado, contiene todo un compendio de derecho laboral y sindical, de derecho del trabajo tanto individual como colectivo²⁷. Tal es la entidad de su contenido que en México puede hablarse con pleno fundamento de “derecho constitucional del trabajo”²⁸. Esto se unía a un registro de derechos sociales en sede de “garantías individuales”, o derechos en principio sólo tales, pero alcanzando al reconocimiento de las propiedades colectivas de comu-

²³ M.R. ALARCÓN, *Las reformas laborales en tiempos de crisis*, p. 21, para la referencia a Weimar.

²⁴ La importancia de Weimar para la tercera etapa no deja de observarla el mismo M.R. ALARCÓN, *Las reformas laborales en tiempos de crisis*, p. 22.

²⁵ Sobre elementos característicos de la segunda y tercera etapas que aparecen ya desde la primera, desde las I y la II repúblicas francesas, 1793 y 1848, S. MARTÍN, *Derechos sociales y procesos constituyentes (1931, 1978, ¿2016?)*, p. 50, en *Gaceta Sindical. Reflexión y debate*, nueva etapa, 23, 2014, pp. 37-69.

²⁶ Gianni Arrigo y Gaetano Vardaro (eds.), *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania nazista*, Roma, Lavoro, 1982, con recopilación de doctrina weimariana; Michael STOLLEIS, *History of Social Law in Germany*, trad. Thomas Dunlop, Berlín, Springer, 2014 (ampliación hasta la crisis actual de Lutz Leisering, ed., *German Social Policy*, vol. 2, *Origins of German Welfare State: Social Policy in Germany to 1945*, Berlín, Springer, 2013), cap. 5: “The Weimar Republic”.

²⁷ E.V. NIEMEYER Jr., *Revolution at Querétaro: The Mexican Constitutional Convention of 1916-1917*, Austin, University of Texas Press, 1974, cap. 4: “The Evolution of a Labor Program”; anexo C: “Article 123 Compared with Draft Proposal” (hay traducción, México DF, Cámara de Diputados, 1993).

²⁸ Por ejemplo, Roberto CHARIS, *Reflexiones jurídicas laborales*, México DF, Porrúa, 2000, pp. 54-57 (“El Derecho constitucional del trabajo”); *El derecho constitucional del trabajo en México*, en *V Congreso de la Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 2007, actas en línea (aijdtssgc.org/category/congresos-iberoamericanos). Este derecho mexicano

nidades indígenas, en cuyo contexto se podían potenciar los mismos derechos laborales y sindicales²⁹. En las garantías individuales no sólo se registraban derechos individuales. No había precedente de toda esta iniciativa constituyente mexicana. Para la España de 1931, el modelo de Weimar en alemán palidecía ante el procedente de Querétaro en castellano y, además, bastante más desarrollado en lo que atañe al derecho del trabajo³⁰.

La Constitución de Weimar comienza declarando que “el Imperio (*Reich*) alemán es una República”. La española de 1931 lo hace de forma más comprometida: “España es una República de trabajadores de toda clase”. El arranque marca una diferencia, si no de espíritu, de grado en el compromiso. El valor del trabajo cobra una entidad de principio primordial. Como bien se ha observado, dicha definición de la República encerraba un sentido “de afirmación y de reconocimiento de un sector de la población tradicionalmente relegado”, de donde cabe entender que “sus consecuencias normativas se identificasen con el propósito de ‘reparación’ inherente a toda Constitución”. Se anunciaba así la rectificación reparadora de los efectos sociales y económicos de la constitucionalización anterior de la propiedad contra el trabajo. Se miraba de ese modo “al reconocimiento de los derechos que permiten al trabajador gozar de un estatuto ciudadano pleno, rescatándolo de su tradicional sumisión a los poderes privados sin base democrática”³¹. El derecho constitucional del trabajo, que ya podía decirse para España, comenzaba por ser un derecho de los derechos políticos y ciudadanos de los trabajadores. Si no se atiende a un pasado aún, por entonces, presente, no se comprende a cabalidad lo pronunciado del giro.

Y la Constitución de 1931 hace honor. Ahí está, entre otros mandatos no menos comprometidos, su artículo 46: “El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes. La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará los casos de seguro de enfermedad, accidentes, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la pro-

constitucional del trabajo ha sido objeto de reiteradas reformas constitucionales inicialmente favorables al trabajador, pero sufriendo en estos tiempos, como el conjunto de la Constitución, el embate neoliberal.

²⁹ Para el momento presente, tras que la embestida del neoliberalismo también ha afectado severamente al derecho constitucional de la propiedad indígena, B. CLAVERO, *Constitucionalización mexicana de los derechos humanos, inclusive los derechos de los pueblos indígenas*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 97, 2013, pp. 181-199.

³⁰ De Weimar se contaba en todo caso con traducción bien a mano: Nicolás Pérez Serrano y Carlos González Posada (eds.), *Constituciones de Europa y América*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1927, vol. I, pp. 23-75.

³¹ S. MARTÍN, *Derechos sociales y procesos constituyentes*, pp. 50 y 53, con la debida ilustración de respaldo.

tección a la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el extranjero; las instituciones de cooperación, la relación económicojurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores”. Previamente se ha reconocido la libertad sindical. Los derechos asimismo se extienden a campesinos y pescadores. He ahí en sustancia el derecho constitucional del trabajo de la República³². Se trata de derechos constitucionales con alguna desigualdad de rango pues, salvo la libertad sindical, no podían ser objeto de recurso de amparo ante los Tribunales de Urgencia o el Tribunal de Garantías Constitucionales. Mas la identidad del Estado como República de trabajadores habría de pujar a su favor en el campo tanto legislativo como judicial³³.

Hay una Constitución especialmente influida por la española de 1931 y no lo es, aun con elementos de similitud, la compatriota de 1978. Se trata de la Constitución italiana que, en 1948, arranca precisamente de esta guisa: “Italia es una República democrática fundada en el trabajo”, *fondata sul lavoro*. Y guarda también consecuencia³⁴. O la guardaba antes de la ofensiva del fundamentalismo de mercado de escala europea³⁵. Hay, o hubo, una comunidad de espíritu entre una Constitución y otra, la española y la italiana republicanas. Existe un hilo de continuidad sustancial entre ellas. Manuel Ramón, sin embargo, sitúa a la española en la segunda etapa y a la italiana, como posterior a la Segunda Guerra Mundial, en la tercera³⁶.

³² F. VALDÉS, *El derecho del trabajo en la Segunda República*, en Julio Aróstegui (ed.), *La República de los trabajadores. La Segunda República y el mundo del trabajo*, Madrid, Fundación Largo Caballero, 2006, pp. 176-2007 (antes en *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2006, 1, pp. 291-321); Joaquín PÉREZ REY, *La senda roja: Notas sobre emancipación y derecho del trabajo, en especial la II República española*, en Antonio Baylos (ed.), *Modelos de derecho del trabajo y cultura de los juristas*, Albacete, Bomarzo, 2014, pp. 147-176. De J. ARÓSTEGUI, *Largo Caballero. El tesón y la quimera*, Barcelona, Debate, 2013, cap. 6: “La ‘obra de un socialista’. El reformismo desde el poder, 1931-1933”.

³³ El amparo sólo podía interponerse en defensa de “garantías individuales” (arts. constitucionales 105 y 121.b), categoría tomada de la Constitución de México, la cual tampoco abarcaba al derecho constitucional del trabajo. En España, la Ley de los Tribunales de Urgencia prevista por la Constitución, ley que quedó inédita, podría haber hecho extensivo el amparo al citado art. 46, el del derecho del trabajo, ante la evidencia de que la justicia ordinaria no sintonizaba con el derecho constitucional y su desarrollo legislativo. El texto mexicano también se tenía por entonces a mano en la colección de N. Pérez Serrano y Carlos González Posada (eds.), *Constituciones de Europa y América*, vol. II, pp. 147-231.

³⁴ M^a Dolores SANTOS y Antonio LOFFREDO, “*La vita del Paese deve avere il volto del lavoro*”, en Lorenzo Gaeta (ed.), *Prima di tutto il lavoro. La costruzione di un diritto all'Assemblea Costituente*, Roma, Ediesse, 2014, pp. 55-74, y todo el resto del volumen para la consecuencia.

³⁵ Stefano FASSINA, *Il lavoro prima di tutto. L'economia, la sinistra, i diritti*, Roma, Donzelli, 2012.

³⁶ M.R. ALARCÓN, *Las reformas laborales en tiempos de crisis*, p. 23, para la consideración ya referida de la tercera etapa cual modelo propio de la “Europa occidental” de posguerra con excepciones como la notoria de la España franquista.

¿Por qué España-1931 e Italia-1948 quedan catalogadas en distintas etapas de tal forma que la primera viene a aparecer como atrasada respecto no sólo a la segunda, sino también a todas las que se incluyen en la tercera etapa, inclusive España-1978? Sinceramente no creo, conociéndole, que para Manuel Ramón esa fuera una operación deliberada, pero tal es el resultado. Él no era de quienes devalúan 1931 para ensalzar 1978 en general o en el campo laboral³⁷. La narrativa así sesgada se basta para generarla la especialidad. Es, más extensamente, cultura producida por la propia Constitución actual con todo lo que se entiende de necesidad de vigorizarla. Pues el caso es que, necesitarlo, lo necesita, dado el lastre³⁸. Se rehúye la confrontación con la Constitución de 1931 pese a la misma semejanza de muchos de sus elementos, bien que bajo la diferencia entre república y monarquía ya de por sí sustancial habida cuenta de cómo la segunda se configura en 1978³⁹. Una actualidad desfigura un pasado y estorba así su conocimiento. La abundancia de investigación sobre la República ha venido usualmente acompañada de la incapacidad de convertirla en objeto de análisis por sí misma⁴⁰.

La confrontación entre 1931 y 1978 se ha efectuado. En materia de derechos sociales en el sentido más amplio que incluye los laborales y sindicales la comparación no es halagüeña para la Constitución actual⁴¹. Lo que salta a la vista entonces es lo ya referido de la posición en la que sitúa a tales derechos. Se les dice derechos, pero no lo son o, al menos, no lo resultan al mismo nivel de los que se dicen “derechos fundamentales” y “libertades públicas”. Según proclama el capítulo que les dedica la Constitución, el tercero del título primero, son sólo “principios rectores

³⁷ Para testimonio por escrito, por la referencia al derecho internacional del trabajo que fue acogido por la Constitución de 1931, aunque esto no lo indique, y por la compañía, M.R. ALARCÓN, *La jornada de trabajo en la ley y la negociación colectiva españolas*, en Antonio Miguel Bernal y otros, *La jornada de seis horas. Movimiento obrero y reducción de la jornada de trabajo en el ramo de la construcción de Sevilla*, Sevilla, Centro Andaluz del Libro, 2001.

³⁸ AA. VV., *CT o la Cultura de la Transición. Crítica a 35 años de cultura española*, Barcelona, DeBolsillo, 2012, aunque sin entrar en la cultura jurídica.

³⁹ La Constitución de 1978 llega a revalidar actos jurídicos de la República, como sea el caso de los referendums de iniciativa de autonomía regional habidos entonces, pero, dictadura y monarquía mediante, de ningún modo se plantea traer causa de la Constitución de 1931 o, mejor, compartirla aunque sólo fuera a efectos de acrecentar legitimidad democrática con la coincidencia de opciones constituyentes.. En dicho momento de conexión con la República (disposición transitoria segunda), ni siquiera se le menciona, ni a ella ni a su Constitución: “Los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente...”.

⁴⁰ Con apartado sobre la Constitución, S. MARTÍN, *De la condena retrospectiva al análisis contextualizado: cuarenta años de historiografía sobre el Estado republicano (1975-2015)*, a publicarse en Eduardo González Calleja (ed.), *Tiempo para la reflexión: la historiografía sobre la Segunda República española en paz, guerra y exilio*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2016.

⁴¹ R. ESCUDERO, *Modelos de democracia en España, 1931 – 1978*, Madrid, Atalaya, 2013, pp 281-288 (“Una república de trabajadores”); B. CLAVERO, *Desapego de república y cortocircuito de derechos*, en *Quaderni Fiorentini*, 43, 2014, pp. 1037-1076.

de la política social y económica”, lo cual, como está dicho, les priva de garantías claves en el campo legislativo y en el jurisdiccional⁴². Hay que hacer la salvedad de la libertad de sindicación y de los derechos al trabajo, a la negociación colectiva y a la huelga, que se registran como fundamentales⁴³, pero ello se hace en paridad con derechos correlativos de la patronal, cuyo poder en el mercado del trabajo así se potencia. Y a nuestras alturas se está comprobando que la degradación de los derechos sociales puede contagiar a los derechos laborales y sindicales en vez de producirse el efecto inverso. Todo esto contrasta con el valor de base que le confería al trabajo la Constitución de la República.

5. PREGUNTAS SIN RESPUESTAS

A la doctrina laboralista en particular y a la doctrina jurídica en general de signo una y otra comprometidamente constitucionalista no les gusta incidir en los flancos débiles de la Constitución. Es un reflejo comprensible. El derecho constitucional, inclusive el del trabajo, hay que fortalecerlo, no enervarlo. La doctrina conservadora sabe aprovecharse de esos flancos sin andar reconociéndolo; la más constitucionalista, quiero decir la más comprometida con los derechos, tiende a no resaltarlos y, por ende, a eludirlos. La historia constitucional en general y la del trabajo en particular no conviene que partan de una posición ni de la otra, pues ambas la privan de su función esencial, la de ubicar, contextualizar, circunstanciar y relativizar a fin de comprender y analizar⁴⁴. De atenerse a estos cometidos, la historia se extraña de la cultura jurídica imperante con independencia de su signo. El caso es, en definitiva, que la historia, quiero decir la exposición a la investigación histórica, no le sienta bien al ordenamiento constitucional. ¿Consecuencia? La historia de una Constitución vigente en cuanto que dispositivo de derecho es algo poco menos que infactible⁴⁵.

⁴² En una sesión de seminario del Parlamento Vasco sobre fueros políticos cuya mesa compartimos junto a otros especialistas (26-I-2016), Miguel Herrero de Miñón, padre constituyente, ante la pregunta de si dichos fueros pudieran servir para un blindaje frente a las políticas de desmantelamiento del Estado social, manifestó su orgullo por haber sido el proponente de la fórmula constitucional de registro de derechos sociales, reafirmandose en la denegación de justiciabilidad por entender que su naturaleza les reduce a prestaciones dependientes de disponibilidades presupuestarias. En esta línea de pensamiento y política, la reforma del artículo 135 de la Constitución en 2011 sólo ha sido una vuelta más de la tuerca.

⁴³ Jesús R. MERCADER y Magdalena NOGUEIRA, *El recurso de amparo: un enfoque laboral*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005.

⁴⁴ Ejemplo respecto a España-1978 en relación al pulso constituyente entre propiedad y trabajo, derecho privado y derecho social, S. MARTÍN, *Derechos sociales y procesos constituyentes*, pp. 57-67.

⁴⁵ B. CLAVERO, *Why American Constitutional History is not Written*, en *Quaderni Fiorentini*, 36, 2007, pp. 1445-1547; *España 1978. La amnesia constituyente*, Madrid, Marcial Pons, 2014, amnesia

Ya se sabe: historia hecha por juristas, historia teleológica, mientras que historia hecha por profesionales de la investigación histórica, historia intransitiva, historia que mal vale para el presente del derecho en vigor. La historiografía española del derecho del trabajo realmente existente ilustra sobre todo lo primero por estar primordialmente en manos de iuslaboralistas⁴⁶. En principio, por conocimiento de causa, éstos, los profesionales del derecho, están en mejores condiciones para hacer la historia del tiempo actual; en el caso, la del derecho constitucional del trabajo vigente⁴⁷. Tienen sin embargo más difícil la toma de las distancias oportunas para el escrutinio y el análisis. El profesional de la historiografía no es ajeno a la llamada y el compromiso del presente, pero está habituado al distanciamiento y conoce métodos para conseguirlo. Para hacer historia, el profesional del derecho debe doblarse en *jurista persa*, esto es, extrañarse de su propio presente para operar de partida como ignorante sin dejar de ser nunca especialista. Así ha de depurar su propio conocimiento⁴⁸. El profesional de la historia también debe desdoblarse en alienígena de cara al presente si quiere entrar en el estudio de este tiempo, el propio⁴⁹.

Digo todo esto porque estoy seguro de que, si Manuel Ramón pudiera leer estas páginas de homenaje, se interesaría más en la historia que parte de la Constitución que en aquella que conduce a ella. El siglo XIX y buena parte del XX no le motivarían igual que los tiempos cercanos, los tiempos del derecho constitucional del trabajo. Le importaría la historia de éste. Al fin y al cabo, era jurista, no historiador, y iuslaboralista, no iusconstitucionalista. De preguntarnos entre nosotros quién podría encontrarse en mejores condiciones para emprender la historia del derecho constitucional del trabajo en España, creo que ambos dudaríamos. Por las dificultades dichas y las añadidas de los respectivos compromisos profesionales, ni siquiera contemplaríamos la posibilidad de formar tándem al propósito. Las especialidades además separan y no debieran. En tiempos de estudiantes teníamos más comunicación intelectual que en los de profesores. En suma, a efectos prácticos, no creo que

que, como justamente insiste R. ESCUDERO, *Modelos de democracia en España*, cabe aplicar al cortocircuito de las relaciones de la Constitución de 1978 con la de 1931.

⁴⁶ Para ejemplo de la obra histórica del iuslaboralista más frecuentado por la historiografía general, Luís Enrique DE LA VILLA, *La formación histórica del derecho español del trabajo*, Granada, Comares, 2003, ocupándose del derecho del trabajo de la Segunda República, pero no del que se origina en 1978. Confróntese el tratamiento desde la historia del derecho en Italia: Giovanni CAZZETTA, *Estado, juristas y trabajo. Itinerarios del derecho del trabajo en el siglo XX*, trad. Clara Álvarez, Madrid, Marcial Pons, 2010.

⁴⁷ Compárese con una especialidad matriz: Ángel M. LÓPEZ, *Derecho Civil Constitucional*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2015.

⁴⁸ Pedro CRUZ, *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 381-394.

⁴⁹ Quien más defiende hoy y al día la historia del presente está demasiado comprometido con el suyo, con el que vive, conoce y padece, como para impartir la lección del extrañamiento: Timothy GARTON ASH, *El expediente. Una historia personal*, Barcelona, Tusquets, 1999.

nos sintiésemos capacitados por separado para superar en el capítulo laboral las dificultades de hacer la historia de la Constitución actual de un modo que interesara al derecho vigente ni que estuviéramos en todo caso disponibles para afrontar el reto al alimón. Para hacerlo con visos de éxito, dada la envergadura de la crisis no sólo económica, sino también y antes constitucional, necesitaríamos una nueva cultura, no la cultura de una generación ya amortizada como la nuestra⁵⁰.

¿Qué preguntas nos haríamos? Entre la historia y el derecho, habríamos de comenzar por supuesto con la Constitución y sus orígenes en lo que hoy pueden todavía pesar. ¿Hasta qué punto su contenido normativo en materia laboral, sindical y de derechos sociales se encuentra tocado por las circunstancias históricas del proceso constituyente? ¿De qué modo quedaron encubiertos por la aparente y problemática confluencia doctrinal, pues no ya unanimidad, de unos primeros momentos los gérmenes de la desconstitucionalización presente del derecho del trabajo? ¿Qué papel han jugado para lo uno y para lo otro el Tribunal Constitucional y la justicia ordinaria a lo largo de todas estas última décadas? ¿De qué modo podría blindarse el derecho constitucional del trabajo de cara tanto a la jurisprudencia como a la legislación, sujetándolas? Sin tal constitucionalización blindada, ¿puede haber realmente, en rigor, derecho del trabajo sin más? ¿Y hay a cualquier efecto Constitución que merezca el nombre sin el blindaje? ¿Comparamos experiencias en las que operen, de una forma o de otra, garantías para los derechos sociales? ¿Funcionan a la hora de la verdad del asalto neoliberal? ¿Analizamos cómo encajarían en el sistema constitucional español actual o qué reformas más o menos de fondo se necesitarían para que lo hicieran? Y así en adelante, tantas y tantas preguntas sin respuestas. Ya sería algo que nos las formulásemos aunque no supiéramos cómo arrancar con el lastre de nuestro bagaje.

Estoy hablando de hacer preguntas en comandita con Manuel Ramón a fin de entablar un diálogo entre nosotros. Resultarían por supuesto interrogantes retóricos. Ninguno tuvo la iniciativa cuando aún podíamos recuperar la comunicación de otros tiempos⁵¹. Estas páginas sobre la visión de la historia de Manuel Ramón Alarcón ya no tienen interlocutor. Llamar diálogo a un monólogo constituye desde luego un pobre consuelo frente a la irremediable pérdida de la muerte.

⁵⁰ S. FASSINA, *Il lavoro prima di tutto*, p. 3: “Oggi, l’ostacolo principale che blocca l’uscita del tunnel è di ordine culturale. Senza rimuovere l’ostacolo, non si va avanti. Le soluzioni politiche ed economiche ‘giuste’ non possono arrivare quando l’analisi è inadeguata”.

⁵¹ Hubo siempre concordia aunque en ocasiones disintimos incluso con dureza. Recuerdo el caso que nos hizo discutir más apasionadamente de estudiantes con la razón, sea dicho, de su parte. Fue la invasión soviética de Checoslovaquia en el verano de 1968, la noche del 20 al 21 de agosto, un año aquel de eclosión previa, en primavera, de una nueva cultura o, mejor, moral, no sólo además, ni mucho menos, política; moral nueva para entonces, también entre nosotros en Sevilla como entre otros y otras, tantos y tantas, también en Praga. Todavía hoy me espanta que aquella invasión no me produjera el rechazo que a Manuel Ramón, sin vacilación, le causó.

L'INEXISTENCE, EN DROIT FRANÇAIS DU TRAVAIL, D'UN PRINCIPE *PRO OPERARIO*

ANTOINE JEAMMAUD

*Professeur émérite à l'Université Lumière Lyon 2
Centre de recherches critiques sur le droit
Universités de Saint-Etienne et Lyon 2 / CNRS*

INDEX

1. LE CONCEPT DE PRINCIPE, ESPÈCE DE NORME JURIDIQUE
2. UN “PRINCIPE DE FAVEUR”?

Il y a plus d'un quart de siècle, Manuel Ramón Alarcón Caracuel avait donné au recueil d'études offertes à Manuel Alonso Olea un texte consacré à la permanence du «principe *pro operario*»¹. Étude en forme de plaidoyer, vigoureux et audacieux, ce qui ne pouvait surprendre de la part de notre regretté collègue et ami! Rappelons son argumentation:

1) malgré les doutes et critiques de certains auteurs, le principe *pro operario* conserve toute sa valeur et son autorité en droit du travail espagnol, dont il est un "principe constitutif" ("*principio constitutivo*");

2) il s'agit d'un "macroprincipe" recouvrant, à la fois, quelques "principes d'application" des autres normes de cette branche – principes "*de norma mínima*", d'indisponibilité des droits du travailleur, "*de norma más favorable*" et "*de condición más beneficiosa*" - mais aussi cette norme d'interprétation qu'est "le principe *in dubio pro operario*" auquel on le réduit souvent alors qu'il n'est qu'une de ses manifestations;

3) ce principe *pro operario*, commandant que l'on retienne en tout cas la solution la plus favorable au travailleur salarié, remplit les quatre "fonctions" volontiers reconnues aux "principes généraux du droit" qu'évoque l'article 1^{er} introduit en 1973 dans le titre préliminaire du Code civil : une "fonction directive", ou "informatrice" (*informadora*), ou encore "constitutive" (adjectif préféré par l'auteur), en ce sens que ce principe domine le processus de création du droit, donc la détermination de la teneur de la *lex ferenda*; une "fonction interprétative", en ce qu'il sert à préciser la signification des dispositions légales, leur sens et leur finalité (terrain d'intervention de *in dubio pro operario*); une "fonction intégrative" (*integradora*), puisqu'il permet de combler les lacunes de la législation; une "fonction constructive" à l'égard du travail doctrinal, par sa vocation à structurer la "systématisation de la matière juridique", c'est-à-dire le travail de la dogmatique juridique (ou le travail dogmatico-doctrinal) d'exposé systématique et rationalisé du droit en vigueur;

4) ce principe tient sa "positivation" dans l'ordre juridique du Royaume d'Espagne de l'énoncé inaugural de la Constitution de 1978 : "L'Espagne constitue un État social et démocratique de droit", couramment dénommée "clause d'État social".

¹ « La vigencia del principio "pro operario" », *Cuestiones actuales de derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Seguridad social, Madrid, 1990, p. 858 et suiv..

Le lecteur français de ces pages de Manuel Ramón Alarcón serait bien en peine de se prononcer sur leur pertinence, leur influence, leur aptitude à rendre compte, aujourd'hui encore, de l'état du droit espagnol. Mais il ne peut manquer de se demander si semblable investigation portant sur le droit de son pays aboutirait à des conclusions analogues². Car si, depuis quelques années, les juristes du travail évoquent ou invoquent facilement "le principe de faveur" dans leurs argumentations ou lorsqu'il est question des principes du droit du travail, il importe de s'entendre sur ce qu'est un principe juridique (1), afin d'enquêter utilement sur la positivité, en droit français, d'un "principe *pro operario*" (2).

1. LE CONCEPT DE PRINCIPE, ESPÈCE DE NORME JURIDIQUE

1.1. Le terme "principe" et le syntagme "principe général du droit", dénommant respectivement une espèce et une sous-espèce de normes juridiques, ne sont pas dotés d'une signification claire dans le *langage du droit* de la République française. Non qu'ils soient absents des codes et lois ou de la Constitution, mais leur usage perd en signification ce qu'il gagne en fréquence. Ces termes manquent ainsi du minimum de rigueur que l'on attend de dispositions du discours législatif. Surtout, si le Conseil d'État, juridiction administrative suprême, a construit la catégorie des "principes généraux du droit" s'imposant au pouvoir réglementaire et à l'autorité administrative même s'ils ne sont consacrés par aucune disposition constitutionnelle ou législative, et si le Conseil constitutionnel a dégagé, à partir de la Constitution de 1958, de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et du préambule de la Constitution de 1946, un certain nombre de "principes de valeur constitutionnelle", le discours législatif de droit français ne compte pas de dispositions comparables aux paragraphes 1 et 4 de l'article 1^{er} du Code civil espagnol introduisant les "principes généraux du droit" parmi les sources de l'ordre juridique national. Dans le *langage des juristes*, l'emploi des termes et expressions "principe", "principe général", "principe fondamental", etc., est également en expansion et tout aussi incontrôlé. "Principe" souffre à ces deux niveaux de langage – donc dans le langage de la branche "droit du travail" du système juridique français, comme dans celui de la discipline homonyme - d'une polysémie mal maîtrisée³.

² L'article 1^{er} de la Constitution française du 5 octobre 1958 s'ouvre également par une disposition institutive : « La France est une *République* indivisible, laïque, démocratique et *sociale* ».

³ A. Jeammaud, « De la polysémie du terme 'principe' dans les langages du droit et des juristes », in *Les principes en droit*, S. Caudal (dir.), Paris, Economica, 2008, p. 49; « Des principes du droit du travail ? », *Semaine sociale Lamy*, n° 1703, 21 décembre 2015, p. 8. La distinction du *langage du droit*, celui dans lequel sont formés les « actes de législation » (lois constitutionnelles, ordinaires et organiques, ordonnances, décrets, etc.) et le « discours législatif » (ensemble des dispositions de la Constitution, des codes, lois et autres textes, en vigueur à un instant donné) composé et continuellement modifié par des

Ce désordre terminologique n'est pas sans rapport avec le flou qui entoure le concept de principe juridique dans le bagage théorique des juristes français, y compris des juristes universitaires, même lorsqu'ils excellent dans la pratique dogmatique et doctrinale. Cela vaut notamment pour nombre de spécialistes du régime et des problèmes juridiques des relations du travail. On trouve rarement, dans les manuels relevant du droit du travail-discipline, ce minimum de considérations substantielles sur "les principes (ou principes généraux) du droit du travail" qu'offrent certains ouvrages espagnols. D'ailleurs, la question des principes "en" ou "du" droit du travail a peu retenu l'attention en France, alors que cette "princiologie" est cultivée sous d'autres cieux, en Espagne et en Amérique Latine⁴ en particulier. Une identification des "principes généraux" de la branche avait été proposée par Gérard Lyon-Caen⁵. Mais de façon peu convaincante à mon sens, faute de concept assez précis de l'espèce de normes en question, et notamment de distinction des "principes" qui sont des *normes du droit positif* et des *propositions descriptives* des inspirations ou orientations majeures de ce droit que l'on appelle facilement "principes"⁶. Ces propositions descriptives, formulées en langage des juristes par les dogmaticiens – ou par "la doctrine", dans une terminologie plus traditionnelle – restent extérieures au système qu'est le droit de l'État, même si elles peuvent influencer son évolution, soit en inspirant des changements normatifs, soit en orientant l'interprétation des dispositions du discours législatif. Ce que les auteurs espagnols dénomment volontiers "*principios informadores*", ou certains principes dans leur "fonction informative" (ou "directive", ou "constructive"), n'appartiennent donc pas à un système de droit positif.

actes de législation, et du *langage des juristes*, dans lequel on parle du droit (que la discipline pratiquée soit la dogmatique juridique ou l'activité dogmatico-doctrinale, la théorie ou la philosophie du droit, etc.), mais aussi dans lequel sont rédigées ou prononcées les décisions de justice (y compris celles de juridictions suprêmes qui vont « faire jurisprudence ») est à peu près ignorée des juristes français. Elle me paraît essentielle pourtant, et doit être mise en relation avec celle des *branches du droit* (d'un système juridique historique) et des *disciplines juridiques*, c'est-à-dire des activités de production et diffusion de connaissances relatives au droit comme phénomène social normatif ou aux différentes branches que peut comporter un système juridique historique. Ainsi convient-il de distinguer *droit du travail-branche* et *droit du travail-discipline* (J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 24^e ed., 2008, n° 6). La distinction des langages du droit et des juristes a été soutenue par Juan Ramón Capella (*El derecho como lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1968). Elle est pratiquée par Manuel Atienza et Juan Ruiz Manero dans la présentation de leur ouvrage *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* (Barcelona, Ariel, 2a ed., 2004, p. 19 suiv.), même s'ils n'usent pas de cette terminologie.

⁴ On pense évidemment aux écrits des regrettés Américo Plá Rodríguez (*Los principios del derecho del trabajo*, Buenos Aires, Depalma, 2a ed., 1978) et Luis de Pinho Pedreira da Silva (*Principiologia do Direito do Trabalho*, São Paulo, LTr, 2a ed., 1999).

⁵ « Les principes généraux du droit du travail », *Études offertes à G.-H. Camerlynck*, Paris, Dalloz, 1978, p. 35.

⁶ A. Jeammaud, « Les principes dans le droit français du travail », *Dr. soc.* 1982. 618; « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* 1999. 116.

1.2. Mes recherches dans le champ de la théorie du droit m'ont convaincu de retenir une perception de la normativité juridique qui fait place à une distinction des *principes* et *règles*, conçus comme deux espèces du genre d'outils mentaux que sont les *normes juridiques*. Distinction sans originalité certes, et largement admise aujourd'hui, en particulier dans la version développée par Ronald Dworkin, tandis que des théoriciens espagnols en proposent une autre vision⁷. Mais je l'inscris dans une théorie de la *normativité* qui s'oppose à la conception très majoritaire.

Dans la représentation hégémonique parmi les juristes ou théoriciens du droit, et au-delà de ce cercle, toute règle de droit (ou "norme juridique") s'entend d'une prescription, prohibition ou permission de conduite (ou d'action). Une autre conception me paraît rendre compte de façon plus réaliste de l'expérience juridique dans nos sociétés : *une norme est un contenu de pensée voué et apte*, quels que soient la forme de l'énoncé qui le signifie (même s'il a l'apparence d'une description) et son objet, *à servir de référence pour juger des "choses" - de types les plus divers : des conduites, des opérations, des situations, des relations, des organisations, des objets matériels, etc. - passées, présentes ou futures, afin de déterminer ce qu'elles valent ou comment elles doivent être*. Bref, une norme est foncièrement un instrument de jugement au sens logique et, le cas échéant, institutionnel (jugement pratiqué par un juge)⁸. Les normes du droit de l'État constituent des références obligatoires et exclusives - sauf délégation de leur part - pour les organes de cette entité, et d'abord pour ses tribunaux. Par ailleurs, si, dans un ordre juridique légicentré comme le droit français (ou le droit espagnol), d'abord porté par un discours législatif, la plupart des normes *sont des significations, explicites ou implicites, de dispositions de ce discours*, d'autres ne sont manifestement pas des interprétations de telles dispositions - l'interprétation est d'abord l'opération réalisant le passage d'un texte à la norme qu'il signifie - mais sont *en fait* l'œuvre de décisions de juridictions suprêmes (la jurisprudence)⁹.

Dans ce genre des normes juridiques, il me semble que les principes se distinguent par :

⁷ M. Atienza y M. Ruiz Manero, *op. cit.*

⁸ Conception développée dans divers écrits, notamment : « La règle de droit comme modèle », *Recueil Dalloz* 1990, Chronique p. 199. Je préfère désormais parler de « référence » plutôt que de « modèle ».

⁹ A la différence du la loi espagnole, avec l'article 1.6 du Code civil, le discours législatif qui est la base du droit français n'ouvre à aucune contribution « officielle » de la doctrine des juridictions suprêmes, notamment de la Cour de cassation, à la production des normes composant ce système juridique.

1) un *haut degré de généralité* donnant à la norme vocation à s'appliquer à un grand nombre de types de rapports juridiques, ce caractère étant naturellement plus marqué pour les principes transversaux que pour ceux propres à une branche du système;

2) une *grande proximité des valeurs réputées dominer le système juridique* auquel ils appartiennent (liberté, égalité, dignité de la personne, justice, dans le cas du droit français... et de bien d'autres) ou telle de ses *branches* (le droit du travail, par exemple) à laquelle il est propre, *ou une relation fonctionnelle avec les objectifs que ce système est censé atteindre* (sécurité des personnes et des relations juridiques, loyauté et sécurité des échanges, comme pour "La bonne foi se présume", le principe que l'on désigne au moyen de l'adage *Fraus omnia corrumpit*, ou les principes assurant la coordination des autres normes ou la résolution des conflits entre elles, comme *Lex posterior derogat priori* ou *Specialia generalibus derogant*)¹⁰.

En revanche, on ne peut soutenir qu'un principe est une norme extratextuelle, tout au plus extraite par induction amplifiante d'un corps de normes légiférées. Des normes constitutionnelles dont la qualité de "principes" du droit français est aussi indiscutée que les principes d'égalité, de liberté individuelle, liberté d'expression, liberté syndicale, etc., sont portées par des dispositions d'un segment du discours législatif. Et il serait paradoxal de ne pas reconnaître d'authentiques principes dans la norme de non-rétroactivité de la loi signifiée par l'article 2 du Code civil ou celle de liberté contractuelle implicitement signifiée par l'article 6 du même code.

Il faut ajouter, qu'en droit français comme en droit espagnol, *les principes peuvent se situer à des niveaux différents dans la hiérarchie des normes étatiques*. Certains ont rang constitutionnel, d'autres n'ont pas d'autorité supralégislative, quand ils n'ont pas une vocation subsidiaire (comme cela résulte de l'article 1.4 du Code civil espagnol). De fait, le droit de la République française compte quelques *principes de valeur constitutionnelle* - à commencer par ceux découlant des alinéas 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 du préambule de la Constitution de 1946, ou ceux méritant la qualification de "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" au sens de l'alinéa 1^{er} de ce préambule (principe de la liberté du travail) - exerçant une influence particulière sur sa branche "droit du travail" ou dans les relations du

¹⁰ Le principe revêt ainsi une dimension idéologique, « emblématique » du système de droit ou de la branche auquel ou à laquelle il appartient, et contribue fortement à « l'identification de sa physionomie axiologique » (R. Guastini, « Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique », in *Les principes en droit*, précité, p. 113 suiv.).

travail auxquels ils peuvent être directement applicables¹¹. D'autres véritables principes participent au gouvernement de ces relations et au règlement des disputes dont elles sont le cadre, qu'il s'agisse de *principes généraux du droit* (celui que désigne l'adage *Fraus omnia corrumpit*, ou celui qui prive d'effet ou érige en faute l'exercice abusif d'un droit, etc.), ou de quelques *principes propres au droit du travail*, les uns et les autres de valeur infraconstitutionnelle.

2. UN "PRINCIPE DE FAVEUR" ?

2.1. Compte tenu de la compréhension du concept qui vient d'être proposée, la liste de ces principes – infraconstitutionnels – propres au droit français du travail est assez courte¹².

Elle aurait pu, ces temps-ci, s'allonger spectaculairement. En effet, en novembre 2015 le Gouvernement a chargé Robert Badinter, ancien professeur de droit et avocat, ancien président du Conseil constitutionnel, mais surtout emblématique ministre de la Justice à l'époque de Mitterrand¹³, de définir, avec le concours de quelques personnalités particulièrement qualifiées¹⁴, les "principes" destinés à diriger la prochaine "réécriture" du code du travail (pour en faire "un code du travail du XXI^{ème} siècle"...). Dès janvier 2016, le "comité Badinter" a remis au Premier ministre son rapport identifiant des "principes essentiels du droit du travail"¹⁵, énoncés en 61 articles et présentés comme extraits du droit en vigueur, c'est-à-dire formulés "à droit constant" et non en vue d'un dépassement progressiste de ce droit¹⁶. L'avant-projet de "loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et pour les actifs" rendu public quelques semaines

¹¹ A. Jeammaud y A. Lyon-Caen, « Una experiencia singular de constitucionalización del régimen de las relaciones de trabajo », *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, Valladolid, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo, 2014, p. 43.

¹² A. Jeammaud, « Des principes du droit du travail ? », *Semaine sociale Lamy*, n° 1703, 21 décembre 2015, p. 8 suiv..

¹³ Avocat pénaliste, adversaire résolu de la peine de mort, c'est lui qui avait été chargé, en 1982, de défendre le projet de loi abolissant cette forme de barbarie d'État.

¹⁴ Dont notre collègue Antoine Lyon-Caen, l'ancien et l'actuel présidents de la Chambre sociale de la Cour de cassation, un ancien conseiller d'Etat et ancien directeur des relations de travail au Ministère du Travail, etc.. Un petit livre publié quelques mois plus tôt, cosigné par R. Badinter et A. Lyon-Caen, intitulé *Le travail et la loi* (Paris, Fayard, 2015), dégageait du droit du travail en vigueur une cinquantaine de principes.

¹⁵ Principes dits « essentiels », sans doute pour signifier qu'il s'agissait bien d'authentiques principes et que cette dignité leur était reconnue en parfaite connaissance de la banalisation de l'usage du terme.

¹⁶ G. Dumortier et L. Pécaut-Rivolier, « Naissance des principes essentiels du droit du travail », *Revue de droit du travail* 2016, p. 79 suiv..

plus tard¹⁷, comportait un article 1^{er} introduisant dans le code du travail un “préambule” intitulé “principes essentiels...” et reprenant sans modification la proposition du comité.

Adopté tel quel dans une loi, cet article 1^{er} aurait-il fait de chacune des normes signifiées par ces nouveaux articles, logés dans un préambule du code, un véritable principe du droit du travail au seul motif que telle aurait été “la volonté du législateur” ? Chacune d’elles aurait-elle eu cette portée – c’est-à-dire vocation à orienter et encadrer l’interprétation des autres dispositions législatives ou à combler leurs lacunes - indépendamment de son rapport au concept théorique de cette espèce de norme juridique qu’est un principe ? La perspective des problèmes et controverses risquant de naître à cet égard a, semble-t-il nourri l’hostilité du Conseil d’Etat, saisi pour avis avant la présentation du projet de loi, à ce point de l’avant-projet. Et cette réserve a convaincu le Gouvernement de faire disparaître cet article 1^{er} du projet de loi finalement arrêté en Conseil des ministres le 24 mars pour être soumis au Parlement lors de sa session de printemps 2016¹⁸.

En fin de compte, ces “principes essentiels” devraient seulement guider la réécriture du code que le même projet de loi prévoit de confier à “une commission d’experts et de praticiens des relations sociales”. Ils se trouveraient donc réduits au statut de “principes informateurs”. Mais il est probable que certains d’entre eux, et le prestige qu’ils auront tiré de leur distinction, seront invoqués dans des argumentations devant les tribunaux. Il n’est donc pas exclu que tel d’entre eux oit un jour transformé en principe-norme de droit positif, par un arrêt de la Cour de cassation ou du Conseil d’Etat à destinée jurisprudentielle.

2.2. D’où l’intérêt d’observer que deux énoncés des “principes essentiels” proposés par le comité Badinter incarnent très directement *l’idée de préférence pour la règle ou la condition la plus favorable au salarié*. Il s’agit de deux normes déjà positives, même si seule la première, qui est une norme jurisprudentielle, a

¹⁷ Avant-projet promptement baptisé « projet El Khomri », du nom de la ministre du Travail appelée à le soutenir devant les parlementaires, même s’il ne fait aucun doute que ce texte a d’abord été voulu par le Premier ministre, M. Valls, et le ministre de l’Economie, E. Macron, attachés ou convertis au « social-libéralisme » ! Avant-projet vivement critiqué, dans cette version initiale, par toutes les organisations syndicales représentatives de travailleurs salariés (CGT, CFTD, FO, etc.) et les organisations d’étudiants et de lycéens à tendance de gauche.

¹⁸ Dans cette nouvelle version, l’article 1^{er} du institue une « commission d’experts et de praticiens des relations sociales » chargée de proposer au Gouvernement une « refondation (*sic*) de la partie législative du code du travail » pour attribuer « une place centrale à la négociation collective ». Mais il précise que les travaux de cette commission « s’appuient sur les principes essentiels du droit du travail » dont la liste reprend celle qu’il avait été envisagé d’insérer dans le code.

statut de principe du droit du travail, tandis que l'autre appartient à la cohorte des règles paraissant fonder sa consécration prétorienne et fait de la sorte figure d'application du principe.

Ce dernier est la norme selon laquelle *“en cas de conflit de normes (...) la plus favorable aux salariés (...) doit recevoir application”*¹⁹. Elle a été consacrée et qualifiée de “principe fondamental en droit du travail” par des arrêts rendus depuis 1996 par la Chambre sociale de la Cour de cassation, qui se réfèrent seulement à elle et la décrivent sans faire mention d'aucune disposition du code du travail²⁰. Cette consécration paraît conclure un raisonnement inductif et généralisateur à partir de règles particulières, bien que les motifs des arrêts en question, courts et elliptiques conformément à la “culture” de la Cour, n'en disent rien ! On identifie aisément les règles qui inspirent et fondent objectivement la consécration de cette norme d'un plus haut niveau de généralité : celle de l'article du code aux termes duquel “lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord collectif de travail, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables” (article L. 2254-1)²¹; celle que sous-entend l'article énonçant que “la convention et l'accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur” (article L. 2251-1)²²; celles de diverses dispositions faisant prévaloir la règle d'usage ou la stipulations du contrat de travail plus généreuse pour le salarié sur des règles légales (en matière de délai de préavis ou d'indemnité de licenciement, par exemple); celles régissant les rapports entre clauses de conventions ou accords collectifs à champs territoriaux ou professionnels d'application différents mais également applicables à un rapport de travail²³. Ce principe manifeste sa portée “intégrative” en fondant, en l'absence même de toute

¹⁹ Le comité Badinter a proposé un article 56 des « Principes essentiels » ainsi rédigé : « En cas de conflit de normes la plus favorable s'applique aux salariés si la loi n'en dispose pas autrement ».

²⁰ J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2008, n° 180; J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, préc., n° 82.

²¹ Le langage du droit français dénomme « convention collective de travail » l'instrument négocié traitant d'un ensemble de matières pour toutes les catégories professionnelles intéressées et « accord collectif » celui qui traite seulement un ou plusieurs sujets déterminés (les salaires, le temps de travail, etc.).

²² Théorie des *speech acts* et analyse du discours enseignent qu'un énoncé peut avoir, outre sa signification explicite, des significations implicites, présupposées ou sous-entendues. En permettant que les dispositions d'un accord collectif dérogent à ses propres dispositions dans un sens favorable aux salariés, la loi admet (« ordonne ») nécessairement que celles-là s'appliquent de préférence à celles-ci.

²³ Même si, depuis la réforme du régime de la négociation collective par la loi du 4 mai 2004, une convention ou un accord peut, dans certaines conditions, comporter des « stipulations moins favorables aux salariés » que celles d'une convention ou d'un accord de niveau plus élevé, la règle générale demeure qu'entre dispositions de deux ou plusieurs instruments valablement conclus, s'applique la plus favorable aux salariés.

disposition légale en ce sens, le règlement selon le critère de faveur du conflit entre une convention collective et un engagement unilatéral de l'employeur, entre les dispositions du statut des salariés d'une entreprise publique relatives aux sanctions disciplinaires et celles du code du travail, entre une règle légale et la norme privée non conventionnelle plus favorable imputable à un usage ou à un engagement unilatéral de l'employeur, entre la clause d'un contrat de travail et un usage local²⁴.

En le qualifiant de "fondamental", la Cour de cassation souligne qu'il s'agit d'un principe au sens le plus spécifique de ce terme, revêtu de l'importance systémique et du poids dans le raisonnement inhérents à l'appartenance à cette catégorie de normes juridiques. La positivité d'un tel principe impose en particulier l'interprétation stricte des dispositions qui lui font exception et exclut qu'elles supportent un raisonnement par analogie²⁵.

Cette norme, toutefois, *n'a pas valeur constitutionnelle*. Si le Conseil constitutionnel n'a pas eu l'occasion de le préciser, il a eu celle d'affirmer le rang infraconstitutionnel d'un autre principe, voisin du précédent au point d'être souvent confondu avec lui. Cet autre principe n'est pas relatif aux conflits entre normes *a priori* applicables à un même rapport juridique et à une même question, mais à la création de règles. Il a été mis en évidence par le Conseil d'État, qui, recourant à une catégorie "découverte" et développée par lui à partir de 1945, l'a qualifié de "principe général du droit du travail"²⁶. La Haute juridiction administrative ne l'a jamais décrit entièrement, mais il pourrait être formulé comme suit : "*Un acte juridique ou une norme professionnelle dérogeant à la loi est valide et applicable, dès lors que cette dérogation est favorable aux salariés*". Parce que cette norme, ayant statut de principe général du droit, s'impose au Gouvernement et à l'Administration, serait illégal l'arrêté ministériel décidant l'extension à l'ensemble des entreprises de leur champ d'application géographique et professionnel de dispositions d'une convention ou d'un accord collectif moins favorables aux salariés que celles de la loi. Sa conséquence, la plus inaperçue et remarquable à la fois, est la validité de la norme (interindividuelle) signifiée par une clause de contrat

²⁴ La plupart de ces solutions sont attestées par des arrêts de la juridiction judiciaire suprême.

²⁵ Le comité Badinter a proposé de retenir l'autre « principe essentiel » suivant : « Les clauses d'une convention ou d'un accord collectif de travail s'appliquent aux contrats de travail. Les stipulations plus favorables du contrat de travail prévalent si la loi n'en dispose pas autrement ». Cette double solution reprendrait, en effet, une solution constante : celle de l'article L. 2254-1, que complète et conforte une ferme doctrine de la Cour de cassation excluant qu'un accord collectif modifie le contrat individuel si le salarié n'y consent pas. Mais sa promotion au rang de principe imposerait plus évidemment l'interprétation stricte des quelques dispositions légales introduites ces dernières années qui font céder le contrat devant l'accord collectif.

²⁶ Dans un avis émis en 1973 par l'Assemblée de ses sections, puis dans un arrêt rendu en 1994 par sa Section du contentieux. V. : J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, préc., n° 83.

de travail plus favorable au salarié que le code du travail, malgré le silence de ce dernier et la compétence générale de l'article 6 du Code civil selon lequel "on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs".

Le Conseil constitutionnel a été plusieurs fois sollicité, par des parlementaires de l'opposition de gauche à une majorité et un Gouvernement de droite, d'affirmer qu'il y avait là un "principe fondamental reconnu par les lois de la République" au sens du préambule de la Constitution de 1946, donc une norme située au plus haut niveau dans la hiérarchie du droit étatique. Il a jugé, en 2003 puis en 2004, qu'il n'avait pas cette qualité, dès lors qu'il ne résultait d'aucune loi d'un régime républicain antérieur à 1946²⁷. Ainsi une loi peut-elle habiliter une convention ou un accord collectif, un autre acte normateur privé – y compris un contrat interindividuel – ou un acte administratif réglementaire, à adopter des règles moins favorables aux salariés que les dispositions légales. Mais, ayant position de règles d'exception face à un principe, ces normes seraient évidemment d'interprétation stricte.

2.3. Ces deux principes de droit positif, cela a été signalé, sont souvent confondus sous le nom de "principe de faveur", une expression jadis absente du langage des juristes français et très prisée depuis le début des années 2000²⁸. Confusion regrettable, mais plus encore terminologie discutable. Car un principe méritant véritablement ce nom aurait une teneur normative plus ample que l'addition des deux principes qui viennent d'être décrits et emporterait bien d'autres conséquences. En clair, imposant sur toute question la solution la plus favorable au salarié – ou aux salariés – il commanderait d'interpréter toujours dans un sens favorable à ces derniers dispositions et normes légales ou conventionnelles, clauses contractuelles, mais aussi faits litigieux, de sorte que si un doute subsistait il devrait profiter au salarié. Bref, *in dubio pro operario*! Or, tel n'est pas l'état du droit français.

Selon quelques dispositions du code du travail, le doute subsistant à l'issue d'un débat judiciaire profite au salarié. Par exemple, en cas de contestation en justice de la régularité de la procédure d'un licenciement ou du caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, il appartient au juge (au conseil de prud'hommes ou à la cour d'appel en cas de recours) de former sa conviction au vu des éléments fournis par les parties et après avoir ordonné, si besoin est, des mesures

²⁷ J. Pélessier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, préc., n° 181.

²⁸ A. Jeammaud, « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Droit social* 1999, p. 115 suiv..

d'instruction, mais "si un doute subsiste, il profite au salarié" (article L. 1235-1). Il en va de même en cas de contestation en justice de la régularité de la procédure suivie par un employeur pour prononcer une sanction disciplinaire moins grave qu'un licenciement ou de la justification de cette sanction (article L. 1233-1). La charge de la preuve qui incombe, selon les principes directeurs du procès civil, au demandeur en justice contre son employeur est également allégée au bénéfice du salarié qui se plaint d'une mesure ou d'une attitude discriminatoire (articles L. 1132-3-3, L. 1134-1) ou de faits de harcèlement moral ou sexuel (article L. 1154-1). Mais les règles signifiées par ces dispositions restent des règles spéciales et d'exception. Quant à l'interprétation, si la Cour de cassation a extrait de maintes dispositions du code du travail ou de leur combinaison des règles franchement favorables au salarié et consacré d'importantes normes prétoriennes de même signe, au point d'être régulièrement accusée de "réécrire la loi", elle n'a jamais promu de directive générale d'interprétation *pro operario*!

La conclusion s'impose : le droit français du travail compte, parmi ses normes, deux authentiques principes inspirés de l'idée de faveur pour le salarié, mais ne connaît pas de principe de faveur²⁹, c'est-à-dire l'équivalent de ce "principe *pro operario*" que Manuel Ramón Alarcón Caracuel tenait pour norme du droit du travail de son pays!⁵

²⁹ J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, préc., n° 83. Ces analyses ont été intégralement maintenues par les auteurs des éditions plus récentes de cet ouvrage (v. : G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 29^e éd., 2015, n° 69-71.

LA VIGENCIA HOY DEL PRINCIPIO PRO OPERARIO. ACTUALIDAD DE LAS IDEAS DE MANUEL RAMÓN ALARCÓN

JOAQUÍN APARICIO TOVAR

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

ÍNDICE

1. LA REIVINDICACIÓN DEL PRINCIPIO PRO OPERARIO
2. LA POLÍTICA DE EMPLEO FLEXIBILIZADORA Y EL DERECHO DE LA EMERGENCIA
CONTRA EL PRINCIPIO PRO OPERARIO
3. CONCLUSIÓN: LA RENOVADA VIGENCIA DE ESTE PRINCIPIO

1. LA REIVINDICACIÓN DEL PRINCIPIO PRO OPERARIO

En 1990 Manuel Ramón Alarcón reivindicó el fundamental papel que tiene el principio *pro operario* para la configuración del Derecho del Trabajo¹ en un momento en que este principio parecía olvidado o considerado como una antigualla. En ese trabajo Manuel Ramón Alarcón empezaba preguntándose si este principio estaba en crisis, para responder que, aunque estaba en “horas bajas”, no estaba en crisis, sino que simplemente atravesaba una situación de crisis que podía ser superada. Avisaba que atravesar no es lo mismo que estar y denunciaba los giros jurisprudenciales que se alimentan de productos elaborados en determinados “laboratorios doctrinales”².

Puso de manifiesto que los intentos de oscurecimiento del principio *pro operario* se han llevado a acabo por dos vías, por una parte presentándolo como una reliquia del pasado que tenía su sentido cuando los trabajadores estaban en una situación de extrema explotación y el Derecho del Trabajo como tal no podía decirse que existiese, sino que había una serie de leyes de contenido social que trataban de proteger algunos aspectos de la prestación de trabajo (protección de la salud) o a grupos especialmente débiles como las mujeres o los niños. Normas que tenían un carácter tuitivo y pietista sin que estuviesen reconocidos de manera plena los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Una vez que puede decirse que se está en presencia de un Derecho del Trabajo auténtico en el que está plenamente reconocida la autonomía colectiva, el principio *pro operario* no tendría sentido pues son los propios trabajadores los que se dotan instrumentos para la defensa de sus intereses que les llevan a colocarse frente a los empresarios en una situación de reciprocidad. Es decir, para esos laboratorios doctrinales, la autotutela colectiva habría desplazado al principio *pro operario*, que ya habría perdido su razón de ser.

Un segundo modo de oscurecer este principio tienen lugar cuando se le aplica una operación reduccionista que lo confina exclusivamente al principio “*in dubio pro operario*”. Esta última operación también merece la crítica de Alarcón pues entiende que es solo una, y no la más importante, de las manifestaciones del *pro operario*. Unos años después encontramos un claro ejemplo de esta operación reduccionista en un trabajo de Aurelio Desdentado que lleva por título “El principio

¹ M.R. Alarcón, “La vigencia del principio “pro operario”, Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, pp. 834-874.

² “La vigencia...”cit., p. 840.

pro operario”³ en el que el autor empieza mostrando su escepticismo y reconociendo que puede tratarse de un rancio ejercicio de arqueología jurídica⁴. Para la reducción al *in dubio pro operario*, Desdentado, al igual que Alarcón, entiende que el *pro operario* en sentido amplio, como dice, viene a ser lo mismo que el principio de favor, pero, y aquí está la gran divergencia entre los dos autores, “en realidad, más que un principio, [...] es una generalización descriptiva del sentido de las instituciones laborales; descripción que, desde luego, no cubre todo el contenido de las normas de trabajo que en algunos casos pueden tutelar la posición del empresario, el interés de la empresa o las exigencias de productividad”⁵, para acabar entendiendo que la función de protección le corresponde al legislador, que es quien valora los intereses en juego de empresario y trabajador sin que tenga que existir un principio orientador en pro del trabajador. Al final, afirma, el principio *pro operario* queda en “prácticamente nada”⁶. El legislador será el que decida en cada momento, según su criterio político, la protección que merece la persona que trabaja para otro. Una posición que, como veremos, ha sido fuente de inspiración de las leyes laborales más recientes y en señeras decisiones del Tribunal Constitucional, pero que pasa por alto, como, señaló Alarcón, los aspectos constitucionales implícitos.

La reivindicación de Alarcón del principio *pro operario*, o lo que es lo mismo de *favor laboratoris*, parte de su consideración de principio constitutivo del Derecho del Trabajo cuya finalidad no es tutelar los intereses del empresario, sino proteger a la persona que trabaja⁷. El sentido del Derecho del Trabajo es tratar de recomponer la real y social posición de desequilibrio entre el trabajador y el empresario, pues como es de sobra sabido, la relación de trabajo es una entre uno que tiene poder (el empresario) y otro que no lo tiene (el trabajador). Esa es su razón de ser que le lleva a cumplir una función de “institucionalización o juridificación de las contradicciones entre trabajo asalariado y la titularidad de la organización productiva de la empresa capitalista”⁸. Esa función puede realizarse en cada momento de forma diferente en atención a las circunstancias históricas concretas, pero no se puede “desmantelar el “núcleo esencial” del acuerdo social sobreentendido (pacto constitucional) so pena de privar al cuerpo jurídico-laboral de su función legitimadora primaria”⁹. Por eso el reconocimiento de la autotutela colectiva es

³ A. Desdentado, “El principio pro operario”, en vol. De la Villa y López Cumbre (Dir.) Los Principios del Derecho del Trabajo, CEF, Madrid, 2003, pp. 73-105.

⁴ A. Desdentado, “El principio...” cit., p. 74.

⁵ A. Desdentado, “El principio...” cit., p. 80.

⁶ A. Desdentado, “El principio...” cit. p. 105.

⁷ M.R. Alarcón, “La vigencia...”, cit., p. 848.

⁸ C. Palomeque, “El principio de favor en el Derecho del Trabajo”, en de la Villa y López Cumbre, Los principios...cit., p. 20

⁹ C. Palomeque, “El principio...” cit., p. 26.

complemento esencial del carácter tutelar del ordenamiento laboral e imprescindible para la realización efectiva del *pro operario*.

Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo de norma mínima e indisponibilidad de los derechos del trabajador, de norma más favorable y de condición más beneficiosa, son manifestación del principio que aquí se comenta porque lo que en último término buscan es “la solución más conveniente para el trabajador”¹⁰, pero sin agotar el contenido del principio. El *in dubio pro operario* no sería más que una regla de interpretación, que se aplicaría tanto a las cuestiones de hecho como a las de derecho. Es más, considera Alarcón que debería jugar su más importante papel en las dudas sobre las cuestiones de hecho. Las tres dimensiones que habitualmente se tratan del principio *pro operario*, esto es, la constitutiva del Derecho del Trabajo, aquella relativa a regla de aplicación y la otra que lo mira como regla de interpretación, pueden integrarse en un solo principio general del Derecho del Trabajo que tenga una función directiva del proceso de creación del Derecho, una función interpretativa, una función integradora de las lagunas que pudieran darse y una función constructiva limitada al ámbito doctrinal¹¹.

Aunque de modo expreso no está reconocido en el texto constitucional, el principio *pro operario* está contenido en la cláusula de Estado social, como desde muy pronto se reconoció por el Tribunal Constitucional (STC 114/ 1983, de 6 de diciembre, entre otras, en la que reconoció que “la desigualdad real se compensa tutivamente por el Derecho laboral estableciendo diversos principios que tienden a conseguir la igualdad favoreciendo a la parte más débil de la relación”). La inserción del principio *pro operario* en la cláusula de Estado social significa “liberar al citado principio de su halo “miserabilista” y decimonónico y hasta atrabiliario, confiriéndole, por el contrario un sentido completamente ofensivo, de futuro y perfectamente anclado en la ciencia jurídica”¹².

2. LA POLÍTICA DE EMPLEO FLEXIBILIZADORA Y EL DERECHO DE LA EMERGENCIA CONTRA EL PRINCIPIO PRO OPERARIO

El desempleo, con altibajos, puede decirse que es crónico en España, pero se ha agudizado de modo dramático con la gran crisis de 2008. El Derecho del Trabajo desde los años 80 del pasado siglo ha sufrido continuas reformas con la justificación de conseguir mejorar los niveles de empleo hasta el punto que se corre el

¹⁰ M.R. Alarcón, “La vigencia...cit., p. 860.

¹¹ M.R. Alarcón, “La vigencia...cit., p. 863.

¹² M.R. Alarcón, “La vigencia...cit., p. 873-874.

riesgo que esta rama del ordenamiento acabe siendo una mera prolongación de una política de empleo sesgada a favor del empresario y, por ello, en sentido opuesto a las exigencias del principio “*pro operario*”, rectamente entendido como lo ha hecho Alarcón. En los últimos treinta años, de modo paulatino pero constante, se ha actuado sobre materias centrales de la relación laboral como la causalidad en la contratación, la ordenación del tiempo de trabajo, la estructura y los mecanismos de fijación de salarios, la polivalencia funcional, la movilidad geográfica, las garantías frente al despido o la eficacia de los convenios colectivos, entre otras. Todos esos elementos son componentes esenciales del Derecho del Trabajo tal y como ha venido conformándose desde los años treinta del pasado siglo. Lo que parece reposar tras esas intervenciones de la política de empleo es una culpabilización del Derecho del Trabajo inspirado en el *favor laboratoris* por la situación de desempleo, de lo que es un buen ejemplo el Libro Verde de la Comisión europea sobre la modernización del Derecho del Trabajo¹³ porque achaca esta rama del ordenamiento las “evoluciones negativas del empleo”. Esas intervenciones han sido de una intensidad extraordinaria con las reformas laborales de 2010 y, en especial, de 2012 que han aprovechado la crisis de 2008 para proceder a un desmantelamiento de elementos esenciales del Derecho del Trabajo.

Con la distancia que da el paso del tiempo (las reformas flexibilizadoras más explícitas comenzaron en 1984) podemos intentar de modo muy resumido un balance de sus resultados eligiendo solo algunas materias afectadas por las reformas al objeto de ver si han conseguido el ansiado objetivo de acabar con el desempleo crónico de nuestro sistema productivo teniendo en cuenta que la permanente justificación de toda reforma ha sido conseguir una adaptación a los “requerimientos” del mercado de trabajo para favorecer el empleo. Para ello se ha procedido de forma progresiva, pero clara, (especialmente con la reforma de 1994 y de 2012) a una retirada de los derechos garantizados por la ley en favor de los trabajadores para abrir espacios a la negociación colectiva y, de ese modo, evitar “rigideces”, lo que en la práctica significa que los umbrales desde los que los sindicatos deben partir en la negociación son más bajos, con la consecuencia de que ese espacio “libre” dejado por la ley será más difícil de ocupar por el convenio colectivo al operar en un contexto de altas tasas de desempleo. Mucho más cuando la reforma de 2012 ha impuesto la preferencia por el convenio de empresa. El peligro de una individualización de las condiciones de trabajo (es decir, la imposición unilateral por el empresario de dichas condiciones) está servido, pues ya se sabe que el convenio colectivo no tiene garantizada ni su existencia ni sus contenidos ya que depende de la correlación de fuerzas de cada momento. Es un instrumento azaroso al que, además, se le ha erosionado su característica esencial, cual es su inderoga-

¹³ Libro verde: Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI, Com (2006) 708.

bilidad mediante los espacios abiertos a los “acuerdos de empresa” y las cláusulas de descuelgue, por citar algunos ejemplos.

La ley misma no ha sido neutra pues ha introducido (una re-regulación) regulaciones materiales que han caminado en la dirección flexibilizadora en asuntos tan importantes como los contratos temporales, la modificación de condiciones de trabajo (movilidad funcional y geográfica), tiempo de trabajo, salarios y, también en materia de despido. Todo ello ha producido un aumento del que ya tenía más poder en la relación de trabajo, el empresario, en una evidente dirección contraria al sentido del principio *pro operario*

Todas estas reformas de los últimos casi treinta años se han venido produciendo al mismo tiempo que la figura del empresario se ha transformado profundamente en lo que se llama “el empresario complejo” cuyas formas jurídicas son de lo mas diversas (grupos de empresas, empresas en red, franquicias, externalizaciones a través de figuras como contratas y subcontratas, relaciones triangulares de trabajo mediante el uso de empresas de contratación temporal, por poner algunos ejemplos) con el denominador común de que en todas se da una separación entre quien organiza directamente el trabajo y quien condiciona esa organización y al tiempo obtiene la *utilitas* del uso de la fuerza de trabajo, de tal manera que se hace más difícil la exigencia de responsabilidades empresariales.

Las consecuencias de esas reformas han sido enormes y múltiples, entre las que se pueden enumerar la pérdida del poder adquisitivo de los trabajadores producido por la devaluación salarial, la precarización que ha traído la degradación de la exigencia de causalidad en la contratación y el debilitamiento y disminución de las garantías contra el despido, el aumento del poder de dirección del empresario en las modificaciones de las condiciones de trabajo, la preferencia impuesta en la ley por el convenio de empresa o la erosión de la eficacia del convenio colectivo.

Una extraordinaria flexibilidad en el uso de la fuerza de trabajo ha tenido como consecuencia el alargamiento de la jornada real trabajada y la obsolescencia de la regulación de las horas extraordinarias¹⁴, con un empeoramiento de las condiciones de los trabajadores temporales, en especial los que tienen contratos de duración inferior al año. La falta de control del tiempo trabajado y, por tanto, el alargamiento de la jornada que se ha producido, camina en dirección contraria a los intereses de los trabajadores y el mejoramiento del empleo en tiempos de crisis¹⁵. Por otro lado

¹⁴ F. Trillo, Régimen jurídico de las horas extraordinarias, Bomarzo, 2008, p. 83.

¹⁵ F. Trillo, La construcción social y normativa de tiempo de trabajo: identidades laborales y trayectorias laborales, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 234.

se ha cumplido la máxima de “a jornada más larga menor salario/hora”. La negociación colectiva ha tenido pocas oportunidades de controlar esta situación. Se ha producido en últimos años una progresiva flexibilización con la consecuencia de funcionalizar los derechos de los trabajadores a las necesidades de adaptación de las empresas sometidas, o así se dice, a las exigencias de los competitivos mercados globales. Que los trabajadores temporales están en peor situación que los con contrato indefinido no cabe la menor duda, aunque ya la calificación como indefinido del contrato no significa salir de la precariedad. De este recorrido se puede sacar una conclusión ya bien conocida que enlaza con lo que se ha dicho antes, esto es, que la progresiva transferencia de mas poder a los empresarios en la relación laboral no se ha traducido en más empleo. El desempleo, su aumento o disminución, tiene poco que ver con las reglas protectoras del trabajo. La norma laboral “no es causa, sino efecto” del mercado de trabajo capitalista¹⁶.

La profunda reforma de nuestro ordenamiento jurídico-laboral operada por las leyes de 2010, pero sobretodo por la de 2012, tiene como justificación principal, al igual que casi todas las anteriores, reducir la alta tasa de desempleo existente en España y acabar con las diferencias entre los *insiders* y los *outsiders* (por utilizar el barbarismo puesto de moda por los rampantes operadores jurídico-económicos). En las exposiciones de motivos de ambas normas, sin que se expliquen las causas profundas de la crisis global del 2008, se mantiene sin más argumentación que la regulación laboral española vigente hasta ese momento era la causa del alto nivel de desempleo, pasando por alto, por ejemplo, que con las mismas normas el desempleo es mucho más alto en unas Comunidades Autónomas que en otras, luego no parece que la regulación en si sea la causa del desempleo. También se pasa de afirmaciones como “la existencia de “particularidades estructurales de nuestro mercado laboral” sin decir cuales son, a dar un salto lógico al afirmar que hay debilidades en nuestro sistema jurídico que causan el significativo y alto número de contratos temporales, la facilidad para destruir puestos de trabajo o la persistencia de grupos problemáticos de cara al empleo, sin reparar que todo eso no es debido a la legislación laboral, sino que se explica de modo más plausible por el régimen social de empleo español, entendido como “el conjunto de principios , normas, procedimientos –formales e informales- y prácticas que, referidos a la asimétrica relación salarial, tiende a establecer las pautas que regulan las condiciones de trabajo, de empleo y de vida de los trabajadores así como la movilización económica de la población y su distribución sociodemográfica”¹⁷.

¹⁶ L.E. De la Villa, “¿Entra dentro del Derecho del Trabajo la tarea de resolver situaciones de crisis extremas?” Iustel, RDTSS 20, 2009, p.4.

¹⁷ El caso español es un “fenómeno de articulación social de gran coherencia interna”, con gran vulnerabilidad de todos los trabajadores, también los que tienen contratos indefinidos, con salarios medios

Por otra parte se hacen afirmaciones falsas como la existencia en nuestro ordenamiento de escaso desarrollo de la flexibilidad interna. En la línea con lo que puede leerse en la Comunicación de la Comisión Europea *Europa 2020. Una estrategia para una crecimiento inteligente, sostenible e integrador*¹⁸ se afirma que la crisis ha puesto de manifiesto la insostenibilidad de “este modelo”, cuando mas bien la crisis se ha producido, entre otras cosas, por el aumento de las desigualdades y la proliferación de los empleos precarios. La reducción del desempleo vendrá, pide el legislador un acto de fe aunque la experiencia muestra lo contrario, por las modificaciones concretas que se llevan a cabo que, de modo resumido, puede decirse dan aún más poderes al empresario para disponer del uso de la fuerza de trabajo. Reduce las posibilidades de acción de los sindicatos en la toma de decisiones, entre otras, sobre materias importantes como el tiempo de trabajo, eliminan la intervención de la autoridad laboral en los despidos colectivos, da mayor amplitud a las causas en este tipo de despidos, reduce, en fin, las indemnizaciones por ruptura del contrato al tiempo que tratan de limitar el control de los despidos por los jueces. La supuesta racionalidad económica interpretada por el empresario se erige como criterio último para despedir en la nueva regulación del despido objetivo. A ello hay que añadir la grave erosión de la eficacia normativa de los convenios colectivos y las insuficientes garantías para atajar el fraude en la contratación laboral. La política de empleo portadora de la flexiseguridad tal y como la interpreta la Comisión Europea y el Consejo (mucha flexibilidad y poca seguridad) ha entrado a saco en el núcleo del Derecho del Trabajo atacando su finalidad que no es otra, hay que insistir, que la búsqueda de un cierto equilibrio entre la posición desigual de las partes en el contrato de trabajo para que se pueda hablar de un contrato justo, con el agravante de que cuatro años después de la última gran reforma el desempleo sigue desbocado en España, aunque si hubiese aumentado el empleo degradando como se ha hecho el valor del trabajo, tampoco habría justificación.

La flexiseguridad es un oxímoro que oculta que las garantías ofrecidas por el Derecho del Trabajo en la relación de trabajo son las que han hecho posible que el trabajador se convierta en ciudadano, y si el coste de la protección del trabajo hace imposible el cumplimiento de las promesas constitucionales, entonces hay que plantearse si se está cumpliendo la condición legitimante del sistema capitalista, cual es “que su funcionamiento sea capaz de ofrecer a los comunes mortales la oportunidad de un trabajo decente”¹⁹. Todo esto no quiere decir que el Derecho

bajos. Vid. C. Prieto, “Crisis, reforma laboral, modelo productivo y régimen de empleo. El caso español”, Anuario Fundación 1º de Mayo, 2010, p. 126 y 131.

¹⁸ COM (2010) 2020. Los objetivos propuestos por la Comisión fueron aprobados por el Consejo Europeo de 25 y 26 de marzo de 2010.

¹⁹ U. Romagnoli, “La libertad según la Carta de Niza y en el Derecho del Trabajo”, RDS, n° 45, 2009, p. 19.

del Trabajo deba permanecer insensible a los cambios sociales. Si las maneras de trabajar cambian, es razonable que cambie su regulación, precisamente para no hacer desaparecer la función de búsqueda de equilibrio entre desiguales que es la razón de ser de esta rama del ordenamiento, pero si el modo de producción hace imposible el pleno empleo de calidad, entonces lo que hay que reformar ese modo. La situación de crisis ha sido aprovechada para crear una especie de estado de excepción económica que justifica la degradación de los derechos de los trabajadores en detrimento de la recepción constitucional del principio *pro operario* con un correlativo aumento de los poderes empresariales. El voto mayoritario de los magistrados del Tribunal Constitucional, en sus SSTC 119/2014, de 16 de julio y 8/2015, de 22 de enero ha legitimado este estado de cosas. En la STC 8/2015 se dice que “la Constitución de 1978 no diseña un modelo cerrado de relaciones laborales, ni más concretamente, de negociación colectiva, correspondiéndole al legislador estatal, en el ejercicio de las funciones que la propia Constitución le confiere, configurar el que considere más idóneo en cada momento (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7), eligiendo entre las distintas alternativas posibles la que estime más adecuada, no solo para alcanzar los objetivos que aquella le impone, sino también para adoptar las medidas precisas que garanticen su realización. De todo ello se deduce la habilitación al legislador estatal para realizar su concepción jurídica en cada momento, entre diferentes alternativas, en atención a las circunstancias económicas subyacentes y a las necesidades sociales a las que se pretenda dar cobertura. El constituyente no quiso definir el modelo de relaciones laborales aplicable, ni tampoco restringir la acción del legislador más allá de los límites explícitos que le ha impuesto, dejándole un importante ámbito de posibilidades para configurar el citado modelo y para articular cada institución que lo integre, no sólo como un instrumento de su desarrollo, sino también como un vehículo a través del cual alcanzar los fines que la Constitución le impone [en el mismo sentido, aunque con relación a la definición del modelo de sistema tributario aplicable, STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 3 c)].” Hasta ahora algunos de los “límites explícitos” que pesaban sobre el legislador tenían sólido fundamento en el respeto al contenido esencial, que ahora parece se hace evanescente. Esta doctrina, acompañada por la de justificar el sacrificio de derechos de los trabajadores por la excepcional situación de crisis, acogida con acrítica complacencia por alguna doctrina²⁰, olvida de la función equilibradora que tiene el Derecho del Trabajo desde el momento en que el principio *pro operario* fue constitucionalizado en la cláusula de Estado social. El Tribunal Constitucional está procediendo a una mercantilización del trabajo rompiendo su valor constitucional, olvida las sentencias antes citadas sobre la ne-

²⁰ A. Montoya Melgar, “La reforma laboral ante el Tribunal Constitucional”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, n° 180, 2015, pp. 15-23.

cesaria corrección de la desigualdad de las partes en la relación de trabajo. Si casi todo queda en manos del legislador ordinario está llevado a cabo una deconstitucionalización “en cuanto privación de los atributos constitucionales que corresponden al trabajo como categoría política reconocida como tal en la norma fundamental [...] en las democracias occidentales que derrotaron a los fascismos, en cuya estela se incluye la Constitución de 1978, el trabajo representa un valor político fundamental en términos de inclusión en el orden económico de libre empresa, como garantía de la cohesión social y como forma de evitar la recusación política y global del sistema económico capitalista”²¹.

Puede decirse que desde 2010 el Tribunal Constitucional ha entrado en una nueva etapa revocando garantías de los derechos fundamentales laborales que habían sido establecidos en la anterior jurisprudencia constitucional. “La “elasticidad” del contenido esencial de los derechos laborales se entronca, además, con la tutela de la libre empresa y el compromiso de los poderes públicos en proteger su ejercicio y garantizar la productividad, cuya defensa es equivalente a la creación de empleo para lo cual deben ceder las garantías legales y colectivos del derecho del trabajo [...] el desmoronamiento de la noción del contenido esencial de los derechos es posiblemente el elemento más llamativo de esta nueva línea doctrinal”²².

3. CONCLUSIÓN: LA RENOVADA VIGENCIA DE ESTE PRINCIPIO

Podría pensarse, tras lo expuesto, que la travesía del principio *pro operario* por la crisis detectada allá por 1990 por Manuel Ramón Alarcón ha acabado en su consunción, pero tal conclusión sería producto del error de confundir lo contingente con lo necesario. Tenemos que aceptar que la historia no es un camino de progreso continuo, sino que hay avances y retrocesos en el goce de los derechos como resultado de las correlaciones de fuerza entre clases y grupos sociales y, también, no queda más que admitir como evidente que el mundo presente es en extremo injusto. No ha desaparecido el trabajo forzoso en gran parte del planeta, el trabajo infantil es una plaga que aprovecha la movilidad del capital y la deslocalización productiva, el hambre y la carestía de alimentos se entiende por todos los continentes, la pobreza no queda circunscrita a los países “en vías de desarrollo”, sino que también está presente en los países centrales. Esto son consecuencias de la degradación del valor del trabajo y el desconocimiento del principio *pro operario*. Este es el mundo que “ha creado el capitalismo realmente existente, una vez que

²¹ A. Baylos, “La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral de 2012”, *Revista de Derecho Social*, n° 61, 2013, p. 30.

²² A. Baylos, “La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional español: Auge y declive de la función de tutela”, *Revista de Derecho Social*, n° 69, 2015, p. 29.

ha conseguido liberarse de la amenaza del socialismo realmente existente”²³, pero es un mundo en el que las tensiones crecen y nuevas formas de expresión del disenso emergen pidiendo, una vez más, reconocer la dignidad del trabajo. En ese proceso la cultura de los juristas juega un papel importante y, en concreto, la vigencia del principio pro operario, tal y como lo concebía Manuel Ramón Alarcón despliega su eficacia para reconocer a la persona que trabaja un “status de la ciudadanía, protegido por una democracia constitucional”²⁴ por la que ya estamos viendo clama una gran parte de la población.

²³ J. Fontana, *Por el bien del imperio. Una historia del mundo desde 1945, Pasado y Presente*, Barcelona, 2011, p. 974.

²⁴ U. Romagnoli, “Derecho laboral y marco económico: Nexos de origen y perfiles evolutivos”, *Revista de Derecho Social*, n° 64, 2013, p. 24.

UNA REFLEXIÓN SOBRE LAS ÚLTIMAS DELIBERACIONES JUDICIALES CON MANUEL RAMÓN ALARCÓN

ROSA MARÍA VIROLÉS PIÑOL
Magistrada de la Sala IV del Tribunal Supremo

Es para mí un honor poder participar en esta obra homenaje al compañero y amigo Manuel Ramón, fallecido el 26 de mayo de 2015. En estas pocas páginas voy a recordar las últimas deliberaciones en el Tribunal Supremo en asuntos en los que Manuel Ramón fue ponente, coincidiendo en temas de gran sensibilidad.

Sus tres últimas sentencias como ponente fueron las que a continuación relaciono y que seguidamente paso a comentar:

1.- STS/IV de 27-marzo-2015 (Error judicial núm. 3/2014). 2.- STS/IV de 27-marzo-2015 (Rcud. 1821/2014). 3.- STS/IV de 6-abril-2015 (Rco. 3/2014). 4.- Próxima a las anteriores, me referiré especialmente a la STS/IV de 20-enero-2015 (Rcud. 2415/2013).

1.- STS/IV de 27-marzo-2015 (Error judicial núm. 3/2014). Error Judicial que se declara existente. Interpretación manifiestamente errónea de cláusula de póliza de seguro con desconocimiento total de los términos de la misma.

Son escasos los pronunciamientos estimatorios de la demanda de error judicial. Las circunstancias han hecho que en los dos últimos pronunciamientos de error judicial estimatorios haya sido ponente Manuel Ramón Alarcón.

En el caso, se señalaban como datos relevantes los siguientes:

Que la empresa para la que prestaba servicios el actor suscribió una póliza de seguro de acuerdo con lo establecido en Laudo de Obligado Cumplimiento de Agosto de 1978, que fijaba como cuantía indemnizatoria para los casos de invalidez de casados un capital equivalente a 135 Bases Reguladoras. Que en dicha póliza, suscrita por la empresa con la Compañía MUSINI el 27/7/1979, se hace constar literalmente lo siguiente: “*I. OBJETO Y ALCANCE DEL SEGURO. El presente seguro, en base a lo estipulado en las Condiciones Generales, tiene por objeto la cobertura de los accidentes que puedan sufrir las personas aseguradas, tanto durante el desempeño de sus funciones profesionales al servicio de la Entidad Mutualista como en su vida privada*”. Y, a continuación, se añade: “*Asimismo quedan incluidos en las garantías del seguro los riesgos derivados de: A)..., B)..., C)..., D) La Incapacidad Absoluta derivada de las Enfermedades Profesionales silicosis y/o siderosis*”. Que mediante Resolución de la Dirección Provincial de Valencia del INSS de 17/9/2009 se reconoció al demandante pensión de Incapacidad Permanente Absoluta para todo trabajo derivada de accidente de trabajo. Solicitada por el actor la indemnización derivada de la póliza de seguro repetidamente citada y parcialmente reproducida, le fue denegada.

La sentencia recuerda la doctrina de esta Sala en relación con el error judicial: La STS/IV de 4/6/2003 (Rec. Error Judicial 3/2002) declara en su FD Tercero: “*Para la determinación de esos supuestos, esta Sala IV ha establecido — sentencias de 7-4-95 (rec. 1849/1993), 16-5-97 (rec. 1047/1995), 14-5-98 rec. 1349/ 1997), 20-5-98 (rec. 1186/1997), 9-12-98 (rec. 3383/1997), 21-12-98 (rec. 5162/1997), 13-7-99 (rec. 2276/1997), 20-12-99 (rec. 5071/1998), 8-3-00 (rec. 3204/1998) y 7-4-00 (rec. 3914/98), entre otras — que “el concepto de error judicial contemplado en el art. 121 de la Constitución y desarrollado en los arts. 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha de dimanar de una resolución judicial firme, injusta o equivocada, viciada de un error patente, indubitado e incontestable, o que incluso, haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas e irracionales”; y que “de este modo sólo un error craso, evidente e injustificado puede dar lugar a la declaración de error judicial, no siendo este proceso especial una nueva instancia en la que el recurrente insista en su criterio y petición que ya le fueron rechazados judicialmente con anterioridad, pues esta figura no se establece como un claudicante recurso de casación en el que vuelvan a cuestionarse la valoración de la prueba y la interpretación realizada por el juzgador de una norma jurídica, siempre que ésta, acertada o equivocada, obedezca a un proceso lógico” (SSTS/Civil de 4-2-88, 16-6-89, 5-12-89 y SSTS/Social de 16-11-90, 15-2-93 y 14-10-94, entre otras). Criterio*

restrictivo expresivo de que el error judicial sólo se configura en el supuesto de que “se advierte una desatención del Juzgador a datos de carácter indiscutible por contradecir lo evidente o por incurrir en una aplicación del Derecho fundada en normas inexistentes o entendidas, de modo palmario, fuera de su sentido o alcance” (SSTS/Civil de 4-2-88 y 16-6-88)“.

Pues bien, como señala la sentencia, “sin necesidad de compleja interpretación jurídica”, conforme al punto I (objeto y alcance) de la póliza de seguro y con carácter general se estipula que dicho seguro *“tiene por objeto la cobertura de los accidentes que puedan sufrir las personas aseguradas, tanto en el desempeño de sus funciones profesionales al servicio de la Entidad Mutualista como en su vida privada”* y con tal amplitud no cabe duda jurídica que el supuesto del demandante de error judicial, declarado incapaz permanente absoluto como consecuencia de accidente de trabajo, estaba incluido plenamente en la póliza, la que incluso le habría cubierto tratándose de un accidente no laboral.

No obstante,-advierte la sentencia-, la Sala sentenciadora no había examinado ni valorado, con claro error, el referido punto I de la póliza de seguro, e interpretó que lo único que se cubría en tal seguro era lo que realmente constituía una mera adición a la cláusula general totalmente ignorada, consistente en que también quedaban incluidas en las garantías del seguro los riesgos derivados de *“D) La incapacidad Absoluta derivada de las Enfermedades Profesionales silicosis y/o siderosis”*, y teniendo en cuenta exclusivamente dicho apartado de la póliza concluye, erróneamente, que como la situación de incapacidad absoluta del demandante no derivaba de enfermedad profesional “silicosis y/o siderosis” no tenía derecho a lo solicitado.

Pues bien, sin parpadear, y en aplicación de esta doctrina, estimó el ponente y así se decidió, que era claro que la demanda de error judicial debe ser estimada, porque *“ la respuesta judicial –ignorando de manera paladina la expresa inclusión en la póliza de seguro de un supuesto como el de autos (...) y denegando la indemnización solicitada sobre la base de que no concurre la enfermedad profesional de silicosis o siderosis, tema que no tiene absolutamente nada que ver con la pretensión ejercitada- es manifiestamente errónea y como tal debe ser declarada”*.

2.- STS/IV de 27-marzo-2015 (Rcud. 1821/2014). Prestación a favor de familiares: Denegada a la actora, hija soltera sin hijos que convive con sus padres a su cargo prestándoles atención personal, tras el fallecimiento del padre porque la madre comienza a cobrar pensión de viudedad y tiene obligación de alimentos. La actora solicita de nuevo la prestación tras el fallecimiento de la madre y se le vuelve a denegar en base al art. 22.1.1) e) de la OM de 22/2/1967, pese a ser una prestación imprescriptible. Se concede la prestación sobre la base de una limitación del alcance de dicho precepto reglamentario.

Se señalan como hechos relevantes del caso los siguientes: “La actora, soltera y sin hijos, convive con sus padres y a su cargo, siendo el padre pensionista de jubilación, sin que se acredite ningún otro ingreso en la familia. Cuando falleció su padre, el 12/4/1998, la actora, que contaba entonces 59 años de edad, solicita la prestación a favor de familiares prevista en el art. 176.2 de la LGSS, que le es denegada por el INSS, mediante Resolución de 6/7/1998, por el único motivo de “existir familiares con obligación y posibilidad de prestarle alimentos, a saber su madre, Doña Concepción (...), beneficiaria de pensión de viudedad”, admitiendo implícitamente el requisito de atender la actora al cuidado de sus padres. Años después, el 29/4/2011 fallece la madre y la actora, que contaba ya 70 años de edad, solicita de nuevo la misma prestación que le es denegada de nuevo por el INSS, mediante Resolución de 14/7/2011, “al considerar que la petición ya fue resuelta en su momento y no se desvirtuaba la misma por el cambio de circunstancias familiares actuales”. Contra esta denegación presenta demanda que es desestimada por el Juzgado de instancia mediante sentencia que, recurrida en suplicación, es revocada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha en su sentencia de 15/4/2014, que otorga la prestación solicitada”.

Dicha sentencia es recurrida por el INSS y la TGSS en casación unificadora.

Los preceptos a considerar eran dos: el art. 176.2 de la LGSS y el art. 22 de la OM de 13/2/1967 de desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia. Tras la reproducción de los mismos, señala la STS/IV que:

“La mera lectura de este segundo precepto (art. 22 OM 13/2/1967) demuestra que el mismo no se refiere en absoluto al tipo de familiar contemplado en el caso de autos y que, por ende, resulta palmaria su inaplicación al supuesto de hecho. En cambio, sí es aplicable el art. 176.2 de la LGSS, específicamente referido a hijos o hermanos (una hija en el caso) de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación e invalidez en que concurran ciertas circunstancias: se dan todas ellas, incluida la de “carecer de medios propios de vida”, sin que para nada sea exigible el requisito de que “no queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil” que el art. 22 de la OM de 13/2/1967 exige para otros supuestos completamente diferentes.

Así pues, dado que en la fecha del hecho causante -fallecimiento del padre -la actora reunía todos los requisitos exigidos legalmente para causar derecho a la pensión solicitada y que la misma tiene carácter imprescriptible, pues así lo establece el art. 178 de la LGSS, la misma debió ser otorgada por el INSS, cuyo recurso contra la sentencia del TSJ que reconoció ese derecho debe ser desestimado y confirmada íntegramente dicha sentencia”.

3.- STS/IV de 6-abril-2015 (Rco. 3/2014).- Se trata de un proceso de Tutela de Derechos Fundamentales, y se resuelve que no hay vulneración del derecho de Li-

bertad Sindical por parte del Sindicato recurrente en el reparto de liberados en el sector de la Enseñanza concertada de Andalucía.

El *petitum* de la demanda se contrae a que el Tribunal <<declare antisindical el proceder de los demandados al incluir en el ámbito de la Mesa de la Concertada, a empresas que no están sostenidas total o parcialmente con fondos públicos y/o no se dedican a la enseñanza, a los efectos del Acuerdo “Acuerdo entre la Consejería de Educación y las centrales sindicales con mayor representatividad en la enseñanza privada concertada sobre liberados sindicales” suscrito en fecha 27 de julio de 2012, ordene el cese de la misma y la distribución de los liberados desagregando de la representación a considerar la relativa a los centros no educativos o no concertados y las condene al pago conjunto y solidario a esta parte de la indemnización que deberá cuantificarse en fase de ejecución de sentencia, conforme se desglosa en el Fundamento Jurídico VI de la presente demanda hasta que proceda a la restitución plena de los derechos fundamentales vulnerados y expresamente a las demandadas a las costas causadas”>>.

El Acuerdo de 2012 a que se refería la demanda vino precedido –en 14/12/2001 y en 26/9/2006– de Acuerdos similares con los que nunca estuvo conforme la parte actora que interpuso demanda de tutela de derechos fundamentales que dio lugar a la sentencia del TSJ de Andalucía (Málaga) de 15/3/2007, desestimatoria de la demanda y que fue confirmada por nuestra STS de 27/1/2009 (Rec. 72/2007).

La cuestión esencial que se plantea en la demanda actual era en relación con el reparto de liberados, como consecuencia de incluir en el Acuerdo para el reparto de liberados a empresas que no eran de enseñanza o no tenían ningún nivel concertado. El recurrente basaba el perjuicio en la minoración de cuatro liberados, alegando infracción del derecho de libertad sindical consagrado en los artículos 7 y 28.1 de la Constitución.

El recurrente pretendía basarse en su recurso en sentencia del TSJ de Andalucía (Granada) que fue parcialmente estimatoria de su demanda pero que, en todo caso, fue casada y anulada por nuestra STS de 23/4/2012 (RCUD 110/2010). Y, al amparo del art. 207.e) de la LRJS, el recurso de casación articula un único motivo –por infracción de los artículos 7 y 28.1 –derecho de libertad sindical- y 14 –derecho de igualdad- de la CE.

Señala la sentencia que a la argumentación del sindicato recurrente para fundamentar dichas infracciones ya ha respondido con acierto la sentencia recurrida: En primer lugar, aceptando por el TSJ que concurren indicios de vulneración del derecho de libertad sindical, consistentes en que los liberados asignados al Sindicato demandante han pasado a ser menos; y que en consecuencia, corresponde a los

demandados aportar una justificación objetiva y razonable de ese reparto, que afirma la sentencia recurrida que sí se ha dado esa justificación.

Con rectitud en la aplicación del derecho, señala la STS que “el computar esos centros objeto de debate es una cuestión de legalidad ordinaria que solamente podría dar lugar a una vulneración de la libertad sindical si se demostrara –lo que no ha sido el caso- que la elección de esa alternativa se ha hecho para perjudicar a un sindicato concreto”; con lo cual se desestima la pretensión.

4.- STS/IV de 20-enero-2015 (Rcud. 2415/2013). Se trata del despido de una trabajadora con reducción de jornada por guarda de menor. La sentencia interpreta el alcance del art. 55.5.b) ET, y concluye calificando el despido como nulo al margen de que exista o no discriminación salvo que fuera declarado procedente, conforme a la doctrina contenida en la STS/IV de 11-octubre-2012 (Rcud. 247/2011). La composición de la Sala fue la siguiente: D. Fernando Salinas Molina. D. Jordi Agustí Juliá. D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga. D^a. Rosa María Virolés Piñol. y D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel. Cito la composición para una aproximación al marco o paisaje de deliberación en una materia tan sensible.

Las circunstancias fácticas de interés consisten en que “la actora es una trabajadora de la Consejería de Agricultura, Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Energía de la Junta de Extremadura con contrato laboral para obra o servicio determinado cuyo objeto era realizar tareas “de apoyo administrativo en documentos y en la incorporación de nuevas tecnologías en el boletín fitosanitario”, contrato que tenía prevista su finalización el 31/12/2008 pero que fue objeto de dos prórrogas sucesivas hasta que el día 13/12/2011 de comunicó a la trabajadora su extinción “por finalización del mismo” con efecto del 31/12/2011. Se da la circunstancia de que, desde el día 26/9/2011, la trabajadora disfrutaba de una reducción de jornada del 50% por guarda de un menor, con reducción proporcional del salario, que ella había solicitado al amparo del art. 37.5 del ET. Por esa razón, al ser objeto de despido lo impugnó solicitando su nulidad –y solo subsidiariamente su improcedencia al amparo del art. 55.5.b) del ET. El Juzgado de lo Social desestimó la pretensión principal pero estimó la subsidiaria, declarando el despido improcedente por entender que el art. 55 solo regula la forma y efectos del despido disciplinario y que la actora no había sido objeto de tal despido sino simplemente de una extinción por finalización del contrato temporal para obra o servicio determinado, sentencia que es confirmada en suplicación por la sentencia de 13/6/2013 del TSJ de Extremadura, con el siguiente fundamento: “ *la empresa, según consta en el informe emitido por el responsable del servicio de sanidad vegetal (folios 93) a los efectos de resolver la reclamación previa, ha justificado la no prórroga del contrato en tres razones: que, en la actualidad, el boletín fitosanitario ya está disponible en Internet, que se había pasado de 10.000 suscripciones a 2000, y al hecho de que se estuviera implementando un sistema de suscripción electrónica del citado boletín*

a través de e-mail, por lo que se consideraba que la obra o servicio para la que fue contratada había terminado, al ser la misma la realización de tareas de apoyo administrativo en documentos y en la incorporación de nuevas tecnologías en la información del Boletín Fitosanitario (folio 93)”.

Contra dicha sentencia se presentó por la trabajadora recurso de casación unificadora, en el que se denuncia la infracción, por interpretación errónea, del art. 55.5,b) del ET, en relación con el art. 37.5 del mismo texto legal (introducido por la Ley 39/1999, de 5/11, de conciliación de la vida familiar y laboral, y modificado por Ley Orgánica 3/2007, de 22/3, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres) y también del art. 14 CE. Y denuncia igualmente quebrantamiento de la jurisprudencia unificadora, concretamente de la STS de 25/1/2013 (RCUD 1144/2012), que era la que se aporta como contradictoria.

Sin duda alguna propone el ponente que el recurso debía ser estimado, como lo fue, pues la doctrina correcta era la de la sentencia aportada de contraste, que no hace sino reiterar la ya formulada en otras sentencias anteriores dictadas por esta Sala (SS de 17/10/2008, R. 1957/2007; 16/1/2009, R. 1758/2008; 17/3/2009, R. 2251/2008, y varias más), a raíz de la doctrina establecida por la STC 92/2008, de 21/7, en un caso de despido de trabajadora embarazada, con argumentos que, *mutatis mutandis*, son perfectamente aplicables al caso de la trabajadora que viene disfrutando de reducción de jornada por guarda legal de un menor en el momento de ser despedida. Y, en efecto, así se ha hecho ya en varias sentencias de esta Sala, como en la de 16/10/2012 (R. 247/2011) y en la de 25/2/2013 (R. 1144/2012). Señala que, esa extrapolación de la doctrina constitucional sobre el despido de la mujer embarazada al supuesto del caso de autos se explicita en las recién citadas sentencias en los siguientes términos: “ «a).- *La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas [léase guarda legal de menor] constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo [art. 14 CE] ... b).- Para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia [añádase cuidado de hijos menores], hasta el punto de que –de hecho– el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante –junto a la desigualdad retributiva– con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales... d).- La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada [guarda legal, en el caso ahora tratado] una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental ...» (STS 06/05/09 –rcud 2063/08–)... e).- Todo ello lleva a entender que el precepto es «configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que*

actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación». Conclusión frente a la que no cabe oponer el apartamiento –en este punto de protección objetiva– de la Directiva 92/85/CEE [19/Octubre/92] de la que la Ley 39/1999 era transposición, habida cuenta de que en la Exposición de Motivos de la citada Ley se advertía expresamente que tal transposición se efectuaba «superando los niveles mínimos de protección» previstos en la Directiva; ni tampoco es argumentable que la misma EM haga referencia al «despido motivado» por el embarazo, porque aún siendo claro que la finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios [por razón de embarazo], esa «finalidad última no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio, como en el presente caso ocurre»“.

Señala con rotundidad la sentencia que: “La conclusión es clara: una trabajadora que se encuentre en alguna de las circunstancias contempladas en el art. 55.5,b) del ET, que son objeto de especial protección por muchas razones (entre ellas, la conciliación de la vida familiar y laboral) podrá ver extinguido su contrato de trabajo por justa causa debidamente acreditada y comunicada: por ejemplo, por finalización del contrato temporal, o por haber cometido una infracción grave y culpable, lo que dará lugar a un despido procedente. Pero si tal causa no existe o no se acredita –lo que, jurídicamente, es lo mismo– el despido no puede ser declarado, obviamente, procedente; pero tampoco puede ser declarado improcedente sino que, necesariamente, debe ser declarado nulo, lo que, como es sabido, tiene un efecto tutelar superior al del despido improcedente. De ahí el error de la sentencia recurrida. Si el Tribunal a quo consideró que no se trataba de un despido sino de una correcta finalización de un contrato temporal debería haber declarado procedente dicha extinción contractual. Si, por el contrario, la declaró improcedente es porque consideró que no había quedado acreditada tal causa de extinción, pese a que nada de ello se argumenta en la sentencia recurrida, aunque sí en la de instancia, lo cual es ciertamente extraño. Pero, sea como sea, la declaración de improcedencia excluye la de procedencia y, por ende, en aplicación del art. 55.5,b) del ET –con la interpretación constitucional y jurisprudencial que hemos expuesto– no hay más solución correcta que declarar el despido nulo”.

Con esta cita de las últimas sentencias de las que fue ponente Manuel Ramón Alarcón Caracuel, he querido recordar el día a día de las deliberaciones en la Sala IV del Tribunal Supremo, rotundas en sus convicciones y sensibilidades que de forma decisiva y tajante reflejaba en su redactado sin rodeos superfluos en el ejercicio de la Jurisdicción y en su constante lucha por la Justicia Social. ¡Te recordaremos siempre Manuel Ramón!

LAS CRISIS ECONÓMICAS CÍCLICAS Y LA REFORMA LABORAL SEMPITERNA

ANDRÉS BEJARANO HERNÁNDEZ

*Profesor Titular emérito de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social
Universidad Pompeu Fabra*

ÍNDICE

1. LAS CRISIS ECONÓMICAS DE CARÁCTER CÍCLICO Y LA IMPUGNACIÓN PERMANENTE DEL DERECHO DEL TRABAJO
2. LAS SUCESIVAS REFORMAS LABORALES DE LOS ÚLTIMOS TREINTA Y CINCO AÑOS: LA REFORMA LABORAL SEMPITERNA
 - 2.1. LA REFORMA LABORAL DE 1984 Y EL DISCURSO DEL “DERECHO DEL TRABAJO DE LA EMERGENCIA”
 - 2.2. LA REFORMA LABORAL DE 1994 Y EL DISCURSO DE LA FLEXIBILIDAD, INTERNA Y DE ENTRADA
 - 2.3. LAS REFORMAS LABORALES DE 1997 Y 2001 Y EL INICIO DEL DISCURSO DE LA FLEXIBILIDAD DE SALIDA
3. LAS REFORMAS EN LA CRISIS ACTUAL: REFORMAS DEL PSOE (2010) Y DEL PP (2012)

1. LAS CRISIS ECONÓMICAS DE CARÁCTER CÍCLICO Y LA IMPUGNACIÓN PERMANENTE DEL DERECHO DEL TRABAJO

Como es sabido, las crisis económicas son cíclicas, siendo sus causas muy diversas aunque en todo caso tienen que ver con el proceso productivo, lo que comporta, entre otras cosas, que en épocas de estancamiento de la actividad económica existan más personas desempleadas, ya por la falta de creación de puestos de trabajo y por la destrucción de los existentes.

Para paliar o remontar la situación de crisis económica, y con ello preservar el Estado del Bienestar del que se dotan las democracias occidentales avanzadas, las recetas de políticas anticíclicas que propone la ciencia económica son variadas.

Así, para el liberalismo económico clásico, actualmente presentado con la etiqueta de “neoliberalismo”, que tiene lugar a partir de los 80 del siglo pasado, se hace imprescindible una sustancial reforma del sistema de relaciones laborales, siendo sus recetas más conocidas aquellas que propugnan que “hace falta más mercado y menos Estado”, ya que “el Estado del Bienestar está en crisis porque es fiscalmente insostenible”, tesis éstas que han merecido una rotunda crítica por parte de Manuel Ramón Alarcón, pues la suma de esas dos proposiciones nos revela una característica muy acusada de ese pensamiento neoliberal donde se mezclan continuamente propuestas ideológicas con diagnósticos presuntamente técnicos, convirtiéndose en una fábrica incesante de “profecías autocumplidas”; así, primero se lanza la propuesta -que, cuando se puede, se lleva a la práctica- de debilitar al Estado y, a continuación, se diagnostica que éste no puede financiar los servicios públicos característicos del Estado de Bienestar¹.

Es decir, para el pensamiento neoliberal -y en concreto para Friedrich Hayek, líder de la llamada Escuela de Chicago- la culpa del paro la tienen los sindicatos los que, al poner freno al libre desarrollo de un mercado en el que el empresario y los trabajadores contratan el precio de la fuerza de trabajo libremente, crean ineficiencias y problemas y, al final, todo esto se traduce en crisis de las empresas, en trabajadores despedidos y en el aumento del desempleo². Afirmación ésta que es asimismo contrarrestada por Manuel Ramón Alarcón, cuando señala atinadamente que la historia ha demostrado hasta la saciedad que el paro es una característica congénita del sistema capitalista y que, cuando alcanza dimensiones extremas, es

¹ ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, “Las reformas laborales en tiempos de crisis: una reflexión crítica”, en *Últimas reformas en materia laboral, Seguridad Social y en el proceso laboral*, Ed. Huygens, 2013, pág. 24.

² HAYEK, Friedrich, *Sindicatos, ¿para qué?*, Unión Editorial, Madrid, 2009.

como consecuencia ineluctable de las crisis cíclicas de dicho sistema, y la forma idónea de paliar los efectos de esas crisis, y por ende del paro, no pasa por la persistencia de esa doctrina liberal antisocial, que por otra parte no es la única línea de pensamiento de los defensores del sistema capitalista ni -lo que es más importante- la que ha prevalecido en los ordenamientos jurídicos de los países occidentales, pues el desarrollo de las economías capitalistas es perfectamente compatible con el progresivo avance de los derechos sociales de los trabajadores, y este avance no sólo es compatible con el desarrollo del sistema sino uno de los motores del mismo, impulsando una continua innovación tecnológica para recuperar, vía aumento de la productividad, la subida de los costos laborales; y que, además, el bienestar de la clase trabajadora es un factor determinante de la estabilidad económica y de la paz social que, a su vez, es indispensable para el progreso³.

Ello no obstante, y como observa Manuel Ramón Alarcón, la extraordinaria ofensiva del pensamiento neoliberal, ha contribuido a reforzar las posiciones políticas y el argumentario ideológico de quienes jamás fueron entusiastas del Estado del Bienestar, impugnando cada vez con mayor virulencia dicho modelo; impugnación que se traduce, por lo que al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social se refiere, en un incesante cuestionamiento de sus principios constitutivos y, en definitiva, de su propia existencia⁴.

En efecto, es opinión generalizada en el pensamiento económico neoliberal la de culpabilizar al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de las crisis cíclicas del sistema productivo de economía libre de mercado, utilizándolo como una especie de chivo expiatorio de todas las rigideces del sistema, propugnando su paulatina desregulación. Sin embargo, y como bien apunta Manuel Ramón Alarcón, una buena política anticíclica debería pasar por dedicar nuestro mayor esfuerzo a la producción de bienes y servicios con un alto valor añadido, pues esa es la única forma de aumentar la competitividad de nuestro país en el marco de una economía mundial definitivamente globalizada, sin perjuicio de que, en determinados momentos, sea necesario incluir un diagnóstico concreto acerca de la situación en que se encuentran las relaciones entre el capital y el trabajo (en definitiva, entre empresarios y trabajadores) y si es preciso o no introducir determinadas reformas en su regulación⁵, pero sin que una eventual modificación de dicha regulación, con la consiguiente flexibilización del mercado de trabajo, tenga que conllevar una precarización del trabajo asalariado otorgando unos poderes exorbitantes al empresario.

³ ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, “El Derecho del Trabajo ante la crisis económica y el nuevo modelo productivo”, en *Relaciones laborales y nuevo modelo productivo*, Monografías de Temas Laborales, Ed. CARL, 2011, págs. 23 y 25.

⁴ ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, ob. cit. (2013), pág. 25.

⁵ ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, ob. cit. (2011), pág. 19.

En otras palabras, la flexibilización del mercado de trabajo no debe suponer en ningún modo un simple retroceso de los sistemas de relaciones laborales basados en el autoritarismo, la arbitrariedad y la precariedad, como sería el prototipo de flexibilización salvaje, ni tampoco, y aun preservando las garantías legales, debe ser de carácter unilateral e impositiva, en la que se tratara exclusivamente de devolver a los empresarios amplios márgenes de decisión en todo lo referente a las condiciones de contratación del trabajo, liberándoles de muchas de las garantías y tutelas del trabajador establecidas por la legislación laboral, pues esta forma de flexibilización, unilateral e impuesta, conlleva elevados costes sociales, conduciendo con ello a la introducción de nuevas formas de rigidez en el mercado de trabajo, como son la precarización de los empleos y la segmentación del mercado⁶.

2. LAS SUCESIVAS REFORMAS LABORALES DE LOS ÚLTIMOS TREINTA Y CINCO AÑOS: LA REFORMA LABORAL SEMPITERNA

Como señalaba Manuel Ramón Alarcón, el Estatuto de los Trabajadores (ET) de 1980 vino a representar un punto de equilibrio entre el constitucionalismo democrático y social dominante en Europa desde la posguerra y la impugnación de menor o mayor intensidad de dicho modelo desde las filas neoliberales; desde entonces las sucesivas y numerosas reformas del ET no han hecho sino desplazar ese punto de equilibrio hacia la derecha, es decir hacia un reforzamiento del poder del empresario y una debilitación de los derechos de los trabajadores, y aparte de ese aspecto cualitativo, que es el más importante, no está de más observar que la suma de esas reformas -más de medio centenar, aunque las importantes son media docena- han dado como resultado que son una minoría los artículos del ET que conservan su redacción original de 1980⁷.

En efecto, las modificaciones de la legislación laboral, partiendo como base desde la promulgación del ET, han sido constantes durante los últimos treinta y cinco años, aunque las de mayor calado son las que vienen siendo denominadas como reformas laborales y se corresponden con las efectuadas en los años 1984, 1994, 1997, 2001, 2010 y 2012.

Todas estas reformas de la legislación laboral fueron objeto de valoración crítica por parte de Manuel Ramón Alarcón, cuyas reflexiones sintetizamos seguidamente siguiendo el orden cronológico de las mismas.

⁶ MALO DE MOLINA, José Luis, "Mercado de trabajo: Empleo y salarios. Distorsiones y ajustes", en *España, economía*, Ed. Espasa Calpe, 1989, pág. 948.

⁷ ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, ob. cit. (2013), pág. 25.

2.1. La reforma laboral de 1984 y el discurso del “Derecho del Trabajo de la emergencia”

En el año 1984, con un número de parados superior a 2.700.000, lo que correspondía al 21,08% de la población activa, se produjo la primera reforma laboral, que fue pactada por el gobierno del PSOE con la CEOE, CEPYME y la UGT, y se recogió en la Ley 32/1984, de 2 de agosto.

La reforma laboral de 1984 se inscribe en lo que Manuel Ramón Alarcón denominaba el discurso de la emergencia, gestado originariamente en Italia en el año 1979⁸, que fue una obra de referencia y cuya idea básica era que el Derecho del Trabajo debía adaptarse a una situación de emergencia, como era la que se padecía a causa de la crisis económica, cediendo los trabajadores algunos de los derechos conquistados desde 1945 pero con la idea de volver a la situación anterior cuando la crisis hubiera pasado⁹.

La plasmación legal en nuestro país del discurso de la emergencia fue la reforma de 1984, pequeña pero trascendente, pues se introdujo el contrato temporal para el fomento del empleo, descausalizado, y aunque se afirmaba por sus impulsores que su vigencia sería la justa y necesaria hasta que llegaran mejores tiempos, lo cierto es que no se eliminó hasta diez años después, y mientras tanto, como irónicamente comentaba Manuel Ramón Alarcón, había dado tiempo a salir de la crisis y caer en ella de nuevo, pero para entonces, como certeramente apuntaba Manuel Ramón, nuestro empresariado había sido inoculado con un virus que ha demostrado ser inmune a todo tipo de antibióticos legales: su decidida preferencia por el contrato temporal, sin importar si para conseguirlo hay que recurrir masivamente al fraude¹⁰.

En efecto, el número de contratos temporales realizados entre 1985 y 1993 aumentaron en casi dos millones en términos absolutos pasando de 2.547.611 en 1985 a 4.432.547 en 1993, lo que supuso un aumento del 73%, siendo pilar básico en el que se apoyó el aumento de la contratación temporal el contrato temporal de fomento al empleo, pero también se incrementaron los contratos por obra y servicio, el contrato eventual y los contratos temporales a tiempo parcial; y aunque se consiguió elevar considerablemente la contratación temporal no consiguió reducir la elevada tasa de paro¹¹.

⁸ *Il diritto del lavoro nell'emergenza*, AA.VV., coordinado por DE LUCA TAMAJO, R., Ed. Jovene, 1979.

⁹ ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, ob. cit., (2013), pág. 28.

¹⁰ Ibidem, pág. 29.

¹¹ Vid. GÓMEZ, S., CONTRERAS, I. y GRACIA, M.D., *Las reformas laborales en España y su impacto real en el mercado de trabajo en el período 1985-2008*, IESE, Reformas laborales, págs. 13 a 17.

2.2. La reforma laboral de 1994 y el discurso de la flexibilidad, interna y de entrada

La reforma laboral de 1994 -que fue aprobada en las Cortes sin el consenso previo con los agentes sociales, siendo contestada por los sindicatos que convocaron una huelga general- fue la de mayor significación, afectando a numerosos artículos del ET.

Los aspectos principales de dicha reforma pueden resumirse en los siguientes puntos: 1) la legalización de las empresas de trabajo temporal con la consiguiente supresión del monopolio público de colocación; 2) la facilitación de la movilidad interna de los trabajadores en la empresa; 3) la deslegalización de gran parte de las condiciones de trabajo, traspasándose las competencias de su regulación desde la ley a la autonomía colectiva; 4) la descentralización de la negociación colectiva, reordenando sus atribuciones y primando a las unidades de negociación de ámbito inferior; y 5) una moderada flexibilidad de salida, liberalizando el régimen de los despidos por causas económicas, y reduciendo los costes empresariales en los despidos individuales¹².

Otro de los objetivos de la reforma de 1994 fue el de tratar de disminuir la contratación temporal, a cuyo fin se suprimió el contrato temporal de fomento de empleo con carácter general, que había sido instaurado en 1984, aunque se mantuvo su vigencia para la contratación de trabajadores con discapacidad.

La reforma laboral de 1994 fue la gran reforma que respondió a lo que se ha denominado el discurso de la flexibilidad, que, como señala Manuel Ramón Alarcón, a diferencia de la anterior, no se presenta como una solución de emergencia, y por ende transitoria, sino como una exigencia permanente, de carácter estructural, ante la nueva realidad social que se describe simplifícadamente diciéndose que el viejo Derecho del Trabajo ya no sirve y debe sustituirse por uno mucho más flexible, refractario por naturaleza a reglas generales -como, por naturaleza, son siempre las normas legales- que deben ser sustituidas por las de la contratación colectiva (primera versión, que entronca con el discurso del garantismo colectivo que debe primar sobre el garantismo legal) o, mejor aún, por el contrato de trabajo puro y duro (segunda formulación, ya más agresiva, conocida como “individualización de las relaciones laborales”)¹³.

¹² MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 23ª edición, 2014, Ed. Tecnos, pág. 81.

¹³ ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, ob. cit. (2011), págs. 28 y 29.

En efecto, además de la flexibilidad interna que representaba la modificación del régimen de la clasificación profesional, las movibilidades funcional y geográfica y las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, a las que habría que añadir la flexibilidad de entrada que suponía la legalización de las empresas de trabajo temporal, otra de las características más sobresalientes de la reforma laboral de 1994 fue la deslegalización de materias, remitiéndose a la autonomía colectiva su regulación.

No hay nada que objetar a la colaboración normativa entre la ley y el convenio colectivo; es más, la ley debe no sólo respetar el espacio que el artículo 37 CE reserva a la negociación colectiva, sino que además debe garantizar la fuerza vinculante de sus acuerdos. Pero esto no significa que la ley deba replegarse reservando a la negociación colectiva la regulación de la mayor parte de las condiciones de trabajo, pues ese respeto y potenciación del espacio vital reservado a la negociación colectiva no significa, ni mucho menos, que deba pasarse de un garantismo legal-estatal a un garantismo colectivo, sino que ambos deben complementarse.

Justamente, y como ya afirmaba en su día Manuel Ramón Alarcón, la discusión relativa a que la defensa de los intereses de los trabajadores es más una cuestión de autonomía y autotutela colectiva y cada vez menos una cuestión de filantropía legislativa, que es donde está la raíz del principio *pro operario*, es una discusión falsa y errónea; falsa porque el Derecho del Trabajo madura sobre los dos ejes, y errónea porque el fundamento jurídico de estos dos sistemas de cobertura del trabajador individual es común y no divergente, siendo ambos sistemas de cobertura perfectamente compatibles entre sí¹⁴.

El discurso sobre esa flexibilidad que se propugna y se plasma en la reforma laboral de 1994 tiene como argumento básico el de la necesaria adaptación de la utilización de la mano de obra a las cambiantes exigencias de la demanda; este discurso, que distingue tres formas de flexibilidad: la de entrada (los contratos temporales responden a esta exigencia) la de permanencia o interna (con la tríada: movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales) y la de salida (facilitación del despido), viene acompañado, como señala Manuel Ramón Alarcón, de un aspecto cualitativo muy importante: la lucha por la hegemonía en la gestión del tiempo de trabajo y del propio tiempo de la vida del trabajador, así como de sus cualificaciones profesionales, de sus prestaciones laborales concretas y del lugar de la prestación; se trata, por tanto, de una lucha descarnada por el poder

¹⁴ ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, "La vigencia del principio *pro operario*", en AA.VV., *Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Ed. MTSS, 1990.

en el marco de la relación laboral, un poder que el empresario aspira a que sea absoluto y que, como suele ser habitual, se pretende enmascarar bajo la apariencia de meras exigencias técnicas, bajo el paraguas de la necesaria adaptación de la demanda que, según podría desprenderse de algunas construcciones doctrinales, sería punto menos que imprevisible¹⁵.

Cierto es -como sostiene Manuel Ramón Alarcón- que el empresario estará siempre interesado en obtener un máximo de flexibilidad en la gestión de los recursos humanos, pues ésta es un instrumento utilísimo para dar cumplimiento a lo que constituye la regla de oro de su función social: la optimización de los beneficios, consistiendo el ideal empresarial -y es lógico que así sea- en poder disponer de la fuerza de trabajo como de la fuerza eléctrica: con estricta adaptación a las necesidades productivas de la empresa, de tal forma que el fluido eléctrico se conecta cuando es necesario, se desconecta cuando deja de serlo y no se paga ni un segundo más de lo necesario, y de la misma manera, el trabajador debería ser contratado por la duración que más conviniera en cada momento, por la jornada más o menos larga que fuera siendo necesaria y cumpliendo en cada momento las funciones que ordenara el empresario, y desarrollándolas en el lugar que el mismo estimara conveniente y, como clave de bóveda, pudiendo ser despedido de forma rápida y barata; pero no es menos cierto que el trabajador, que depende de su salario como medio de subsistencia, estará siempre interesado en un máximo de continuidad y de seguridad jurídica en su relación laboral: le interesará que ésta tenga una duración indefinida, una jornada de trabajo estable o con variaciones previstas, y a tiempo completo, y una remuneración garantizada, sin que le vayan cambiando de funciones o trasladándolo de domicilio ni, mucho menos, que le envíen al paro; en definitiva, nos encontramos ante una contradicción de intereses que tiene carácter estructural: el empresario siempre perseguirá la optimización de beneficios a través de una flexibilidad máxima y el trabajador siempre defenderá su medio de vida aspirando a una relación jurídica rígida, por lo que el legislador, en un Estado social y democrático de Derecho, debería sustituir el “arbitrismo” -esto es, inclinar la balanza hacia uno u otro lado en función de sus preferencias políticas o ideológicas- por un “arbitraje”, marcando un punto de equilibrio en esa contradicción de intereses, debiéndose someter esas medidas flexibilizadoras al canon de compatibilidad acorde con los principios constitucionales (arts. 1 y 9 CE), no debiendo adoptarlas cuando contribuyan a convertir el Derecho del Trabajo en un ordenamiento acentuador de las desigualdades en lugar de compensador de las mismas¹⁶.

¹⁵ ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, ob. cit. (2011), págs. 29 y 30.

¹⁶ ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, “Duración del contrato, jornada y salario”, en *La reforma laboral de 1994*, Ed. Marcial Pons, 1994, págs. 162 a 164.

En cualquier caso, y aunque es evidente que el mayor logro de esta reforma laboral de 1994 fue el conseguir una mayor flexibilidad laboral, a costa, como siempre, de la reducción de derechos del trabajador y el incremento del poder empresarial, no puede decirse lo mismo respecto de otro de objetivos prioritarios de la misma como era la disminución de la contratación temporal así como del desempleo, porque si bien se suprimió el contrato temporal de fomento del empleo de carácter general, ello no supuso la disminución de la contratación temporal, pues el empresario se refugió sobre todo en el contrato eventual y -en menor medida- en el de obra o servicio, para seguir con el mismo porcentaje de temporalidad¹⁷.

2.3. Las reformas laborales de 1997 y 2001 y el inicio del discurso de la flexibilidad de salida

Las reformas laborales de 1997 y 2001 vinieron a ser en gran parte una prolongación de la reforma laboral de 1994, pero con el añadido de que supusieron el inicio de una mayor flexibilidad de salida, esto es, una liberalización paulatina del régimen de los despidos, tanto individuales como los plurales y colectivos por causas económicas.

Así, la **reforma laboral de 1997**, que fue consensuada por el gobierno del Partido Popular con los agentes sociales (CEOE, CEPYME, CC.OO. y UGT) a través de un Pacto de Estabilidad en el Empleo, introdujo entre otras modificaciones de la legislación laboral, dos medidas estelares: en primer lugar, se creaba una nueva forma de contrato indefinido -el contrato de fomento de la contratación indefinida-, cuya utilización se incentiva a través de diversas vías (esencialmente las bonificaciones de cuotas empresariales a la Seguridad Social), al tiempo en que rebaja el coste de una de las modalidades del despido, el despido objetivo individual o plural, que se vincula a esa nueva forma de contrato indefinido, que se caracteriza precisamente por permitir ese despido objetivo más barato, a lo que debe añadirse -siendo ésta un tercera medida complementaria de las anteriores- una nueva definición de dicho despido objetivo individual o plural tendente a facilitar su utilización por parte de los empresarios, lo que, en opinión de Manuel Ramón Alarcón, no deja de parecer un contrasentido el que se pretenda reforzar la estabilidad del trabajador en su puesto de trabajo, fomentando la contratación indefinida, y -simultáneamente- se facilite la ruptura de dicha estabilidad al hacer más fácil para el empresario el despido, abaratando la indemnización a pagar en caso de improcedencia y haciendo más probable su declaración como despido procedente, lo que, en suma, viene a significar que la reforma laboral de 1997 hizo suya la lógica del discurso patronal de los últimos años: si se pretende que los empresarios contraten

¹⁷ GÓMEZ, S., CONTRERAS, I., GRACIA, M.D., ob. cit. pág. 23.

a los trabajadores con carácter indefinido, es imprescindible abaratar y facilitar el despido, pues en caso contrario, los empresarios seguirán recurriendo masivamente a la contratación laboral temporal que les asegura la ruptura del vínculo a plazo fijo y sin indemnización alguna (o, en el caso del antiguo contrato temporal para el fomento del empleo, con una pequeña)¹⁸.

En cualquier caso, para Manuel Ramón Alarcón, resultaba sorprendente, en primer lugar, que la reforma laboral de 1997, que no modificaba ni una línea de lo reformado en 1994 por el PSOE, se hiciera con acuerdo de los sindicatos que se habían opuesto a aquella reforma con una huelga general y ahora parecía que habían metabolizado definitivamente aquel importantísimo giro flexibilizador, y, en segundo lugar que, también con acuerdo sindical, se tocaba por primera vez un tema que hasta ese momento había sido tabú: la indemnización por despido se reducía de 45 días de salario por año de servicio a 33 días por año en el despido objetivo improcedente en el “nuevo contrato para el fomento de empleo estable” que entonces se creó; dato éste que, como de forma clarividente vaticinaba Manuel Ramón Alarcón, era el primer paso para la definitiva reducción con carácter general del “precio del despido”¹⁹.

Por su parte, la **reforma laboral de 2001**, que a diferencia de la de 1997, no contó con el acuerdo con los agentes sociales sino que fue decidida unilateralmente por el gobierno -y que daría origen a otra huelga general-, partía del hecho de que la situación laboral en 2001, con la excepción de la temporalidad que estaba en el 35,69%, había mejorado mucho con respecto al año 1997, pues el paro había descendido hasta 1,9 millones de personas (1,5 millones menos)²⁰.

Además de modificar la regulación del contrato a tiempo parcial -cosa por otra parte habitual en casi todas las reformas- y de otras modificaciones legislativas relativas al endurecimiento de los requisitos para percibir las prestaciones por desempleo, la reforma laboral de 2001 continuó facilitando el despido, pues no sólo hizo permanente la indemnización de 33 días por año que, hasta ese momento, estaba considerada como una medida transitoria para fomentar la contratación indefinida con plazo de caducidad, sino que en el año 2002 se creó la fórmula que terminó siendo conocida como “despido exprés”, consistente en permitir ahorrarse al empresario la indemnización complementaria por salarios de tramitación en los despidos improcedentes²¹.

¹⁸ ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, “El fomento de la contratación indefinida y la facilitación del despido”, en *Las Reformas Laborales de 1997*, Ed. Aranzadi, 1998, págs. 60 y 61.

¹⁹ ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, ob. cit. (2013), pág. 30.

²⁰ “Anuario de Estadísticas Laborales”, MTSS.

²¹ ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, ob. cit. (2013), pág. 33.

3. LAS REFORMAS EN LA CRISIS ACTUAL: REFORMAS DEL PSOE (2010) Y DEL PP (2012)

Como es de todos conocido, la crisis económica que aún padecemos en España se inició en 2008 y dura hasta la actualidad. Se trata de una crisis que, en primer lugar, afecta no sólo al aspecto económico sino también al político y social, y en segundo lugar, se enmarca dentro de la crisis económica mundial de 2008, que afectó a la mayor parte de países del mundo, en especial a los países desarrollados.

Ante esta situación de gran depresión o recesión económica -otra más de las crisis cíclicas del sistema económico de economía libre de mercado-, los gobiernos, tanto del PSOE -en 2010- como del PP -en 2012-, procedieron, como suele ser habitual en cada crisis económica, a sendas reformas de la normativa laboral.

En síntesis, en la **reforma laboral de 2010** prácticamente todas las condiciones de empleo experimentan algún retoque, desde las empresas de trabajo temporal hasta los despidos económicos; desde el fomento del empleo a las distintas modalidades de contratos temporales y formativos; desde la movilidad geográfica a la modificación de condiciones de trabajo y a la suspensión del contrato de trabajo.

Por su parte, la **reforma laboral de 2012**, que es muy extensa y de mucho mayor calado que la anterior, tiene como novedades más importantes las siguientes: 1) la supresión de la autorización administrativa para los despidos colectivos; 2) la reducción o restricción de las indemnizaciones por despido improcedente; 3) la fijación de un límite temporal para la ultraactividad de los convenios colectivos; 4) la habilitación a las empresas de trabajo temporal para que actúen como agencias de colocación; 5) la facilitación de la modificación de condiciones de trabajo (movilidad funcional, “salarial” y “horaria”); y 6) la implantación de una nueva modalidad contractual de “apoyo a los emprendedores” con ampliación del período de prueba del contrato de trabajo “a un año en todo caso”²².

Como atinadamente advertía Manuel Ramón Alarcón, esta crisis económica mundial, que padecemos desde principios de 2008 -y que se ha traducido en una brutal destrucción de empleo y en que una de cada cuatro personas de la población activa esté en paro- ha conducido, una vez más, a un recrudescimiento de la ofensiva contra el Derecho del Trabajo, a pesar de que en este caso culpabilizar de la crisis a nuestra regulación laboral es sencillamente ofender a la inteligencia: el carácter internacional de la crisis; su origen en la desregulación financiera y en la consiguiente actividad -muchas veces delictiva- de quienes han manejado el crédito

²² MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F., y GARCÍA MURCIA, J., ob. cit., pág. 82.

dando lugar, entre otras cosas, a la irresponsable burbuja inmobiliaria; el hecho de que con esta misma regulación jurídicolaboral que se consideró indispensable reformar se había llegado a tener en España la menor tasa de paro de los últimos treinta años (por debajo de los dígitos, por primera vez en mucho tiempo); todos ellos, y muchos más que se podrían añadir, eran datos que desmentían la necesidad de tales reformas y confirmaban la sospecha de que “alguien” -esa determinada línea de pensamiento a la que se ha hecho referencia a lo largo de estas líneas, que no es precisamente defensora de los derechos de los trabajadores- estaba aprovechando la crisis para asestar un golpe casi mortal a muchas de las conquistas sociales del último medio siglo²³.

En ambas reformas de la crisis, prosigue Manuel Ramón Alarcón, se insiste en los ya manidos discursos de la flexibilidad, pero ahora se insiste mucho en un aspecto concreto de ese discurso: se dice que lo que ha faltado es flexibilidad interna y que, por eso, los empresarios no han tenido más remedio que acudir a la flexibilidad externa, es decir, a los despidos masivos; en definitiva, como de costumbre, la culpa del paro se la endosan unos y otros al Derecho del Trabajo; afirmación contenida en los preámbulos de las leyes reformadoras 35/2010 y 3/2012, que, en opinión de Manuel Ramón Alarcón, es doblemente falsa: en primer lugar, porque no es cierto que nuestra legislación careciera -sobre todo a partir de la reforma de 1994- de importantísimos instrumentos de flexibilidad interna, y, en segundo lugar, tampoco es cierto que las reformas de 2010 y de 2012 se centren -como se quiere dar a entender- en aumentar la flexibilidad interna sino que incrementan -tanto o más- la flexibilidad externa, aumentando extraordinariamente la facilidad para despedir; así, entre otras cosas, se flexibiliza al máximo la definición de las causas económicas, técnicas, organizativas y productivas justificadoras de los despidos colectivos y de los objetivos, con el propósito -abiertamente confesado en el Preámbulo de la Ley 3/2012- de poner coto a determinadas orientaciones de nuestra jurisprudencia destinadas a garantizar la verdadera concurrencia de las causas, su funcionalidad para salvar las empresas y el empleo y el respeto al principio de proporcionalidad en los sacrificios de empresarios y trabajadores; por otra parte, la Ley 3/2012 mandó definitivamente al baúl de los recuerdos la indemnización de 45 días por año en caso de despido improcedente que estaba en vigor desde el ET originario de 1980, sustituyéndola por 33 días por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades; y por último, no debe olvidarse el inefable nuevo “contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores” recogido en la Ley 3/2012, caracterizado por un período de prueba de un año de duración para todos los trabajadores sea cual sea su categoría profesional, ya que habida cuenta de que nuestra jurisprudencia ha dado al período de prueba la consideración de que es un

²³ ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, ob. cit. (2013), pág. 34.

período durante el cual, en la práctica, el empresario puede despedir sin causa, no teniendo más límite que la tutela antidiscriminatoria, la conclusión no es otra que ésta: en el nuevo contrato hay despido libre y gratuito durante un año, lo que evidentemente no es compatible con el Convenio 158 de la OIT, ratificado por España, que exige que todo despido sea causal, y con el artículo 35.1 CE que consagra el derecho al trabajo de todos los españoles, como en su temprana sentencia 22/1981, de 2 de julio, decía el Tribunal Constitucional, al afirmar que “El derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; 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 aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa”. Pues eso -y con estas dos palabras finalizaba su brillante discurso nuestro entrañable amigo y maestro Manuel Ramón Alarcón Caracuel-²⁴.

²⁴ *Ibidem*, págs. 35 a 41.

3. DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

LA TESIS DOCTORAL DEL PROFESOR MANUEL RAMÓN ALARCÓN CARACUEL

ANTONIO MARTÍN VALVERDE

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Magistrado emérito del Tribunal Supremo*

La tesis doctoral de Manuel Ramón Alarcón fue elaborada y defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla en los primeros años setenta. En el verano de 1975, se publicó en forma de libro en “Ediciones de la Revista de Trabajo”, con el mismo título que el de la obra originaria: *El derecho de asociación obrera en España (1839-1900)*.

Según indica el profesor Alarcón en la introducción al libro, me correspondió a mí la sugerencia del tema y la dirección del estudio; y así figura en los registros de la Universidad hispalense. Debo seguramente a esta circunstancia el honor de participar en esta jornada de recuerdo y homenaje a la memoria de Manuel Ramón. Y lo hago con un fuerte sentimiento de tristeza tanto por su desaparición prematura, en plenitud de facultades; como por la pérdida que supone para sus familiares y amigos; y en lo que a mí respecta, por la inesperada interrupción de una larga relación de afecto, de amistad y de intercambio y discusión de ideas; una relación entablada en aquellos ya lejanos años setenta, mantenida luego a pesar de las intermitencias propias de nuestros diferentes destinos profesionales, y reforzada en los últimos tiempos, debido a la coincidencia en la actividad colegiada de deliberación y resolución en la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Fue la de Manuel Ramón Alarcón la primera de las tesis doctorales que dirigí en mi larga etapa de profesor universitario en ejercicio. Y una tesis doctoral es normalmente para el doctorando, como ha dicho Miguel Rodríguez-Piñero, el último trabajo escolar y el primer trabajo de investigación. De ahí que los respectivos empeños del autor y del director admitan diversas modalidades de colaboración y distintos grados de intensidad en el asesoramiento, según la naturaleza de la materia investigada y según el carácter de los sujetos implicados.

Guardo viva memoria de aquella tarea y creo poder afirmar que no fui un director absentista. Pero, conociendo a Manuel Ramón, no es aventurado imaginar que su trabajo doctoral, aun siendo como no podía ser de otra manera una obra de primera juventud, está marcado sobre todo por el sello inconfundible de su personalidad intelectual. Nos encontramos, en efecto, ante un estudio muy ambicioso en su concepción; expuesto en lenguaje de gran viveza y precisión; en el que el análisis de la realidad histórica se lleva a cabo desde la perspectiva de un autor comprometido y no de un espectador distante; riguroso y me atrevería a decir exhaustivo en el manejo de las fuentes normativas y documentales; y que no rehúye ni la crítica a los protagonistas políticos de la época ni la polémica con los tratadistas contemporáneos.

El propio profesor Alarcón enunciaba en el pórtico de la obra publicada (“unas palabras sobre el método”) cuáles habían sido las premisas y el propósito de su estudio sobre el derecho de asociación obrera en la España del siglo XIX. Vale la pena reproducir textualmente el hilo de su discurso: 1) “los diferentes textos legislativos que tendremos ocasión de examinar – estudiando su proceso de gestación, su contenido y su aplicación – están íntimamente relacionados entre sí dentro de lo que podríamos llamar una historia jurídica relativamente autónoma”; 2) pero “cada uno de ellos guarda una relación de interdependencia con el momento de la historia del movimiento obrero ... así como con la etapa de la historia política nacional”; 3) “nuestra tarea consistirá precisamente en llegar al hilo conductor de la Historia [general] a través de un análisis en profundidad de uno de sus ramales” [la historia normativa] (corchetes míos); y 4) en fin, “hemos querido simplemente realizar un estudio histórico de unos textos jurídicos, pero partiendo de la convicción de que, apenas profundicemos un poco en dicho estudio, tocaremos el suelo de la Historia *tout court*”.

La ordenación sistemática de la tesis y de su publicación en forma de libro es acorde con este planteamiento metodológico. La fecha inicial del período acotado corresponde a la aparición de la Real Orden Circular de 28 de febrero de 1839, que supuso el primer reconocimiento por parte del Estado del asociacionismo obrero. Sobre el papel de la norma, las asociaciones que de acuerdo con esta disposición

pudieron “constituirse libremente” a la sazón no fueron las “sociedades de resistencia”, es decir, los sindicatos en la terminología actual, sino las “sociedades de socorros mutuos”. Ahora bien, estas asociaciones mutualistas, al igual que las sociedades cooperativas de producción proporcionaron cobertura legal, bien es verdad mínima y precaria, para las primeras organizaciones sindicales.

El profesor Alarcón lo expresa con su proverbial claridad de escritura, al estudiar la génesis del más famoso (y también, seguramente, el más importante) de los sindicatos de la época: “La Sociedad Mutua de Protección de Tejedores de Algodón, fundada en Barcelona en 1840, constituye el más genuino exponente de lo que decimos: auténtica sociedad de resistencia desde sus comienzos, fue creada como asociación mutualista y se fundió durante un período de su existencia, entre 1842 y 1848, con la Compañía Fabril de Tejedores de Algodón, una cooperativa de producción creada por la propia Sociedad de Tejedores para dar trabajo a los parados”.

A partir de 1839, las sucesivas vicisitudes legales del asociacionismo obrero se estudian cronológicamente, siguiendo el hilo de los acontecimientos políticos y de la aparición y desarrollo de las organizaciones sindicales. Así, el Capítulo II (“De la Sociedad de Tejedores a la Internacional”) reseña la expansión del mutualismo y cooperativismo obreros como refugio de las sociedades de resistencia, una expansión acompañada del previsible consiguiente “forcejeo” entre episodios de disolución gubernativa y de reconstrucción de las entidades disueltas. La larga serie de estos episodios alternativos termina en el “año crucial de 1868”. Hasta entonces, concluye el autor, “la actitud gubernamental respecto de la asociación obrera se encontraba en el mismo punto que en 1839: cooperativismo y mutualismo sí; sindicalismo no, y menos sindicalismo político”.

El Capítulo III (“La Internacional y la Revolución septembrina”) se dedica principalmente a dos tareas. Una es el estudio de los textos normativos que reconocen el derecho de asociación común o general, regulado en estrecha conexión con el derecho de reunión que es su pariente más próximo. Nos referimos a los Decretos de 1 y 20 de noviembre de 1968, que se convirtieron luego en sendas Leyes de 20 de junio de 1869, las cuales fueron aprobadas inmediatamente después de la “consagración” de tales derechos en la Constitución de 5 de junio de 1869, cuyo artículo 17 garantizaba conjuntamente el derecho de “reunirse pacíficamente” y el derecho de “asociarse para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública”.

El reconocimiento legal del derecho de asociación general (para “todos los fines de la vida humana”) es en principio inequívoco, en cuanto que, para la constitución lícita de las distintas clases de asociaciones, se suprime el requisito de “consentimiento de la autoridad pública” exigido hasta entonces (con contadas excepciones, como la de las mutuas) en la Novísima Recopilación y en el Código Penal de 1848.

Pero este reconocimiento con carácter general tendría una efectividad limitada para las asociaciones obreras debido a las restricciones impuestas a la actuación de las mismas en el Código Penal de 1870.

El precepto clave en la materia era el artículo 556, que tipificaba las “coligaciones” “con el fin de encarecer o abaratar abusivamente el precio del trabajo o regular sus condiciones”. La inclusión en este tipo penal de las huelgas de los obreros (y también, en teoría, de los *lock-outs* de los patronos) era fácilmente deducible, e incluso difícilmente evitable, a la vista del enunciado de la norma; y así lo entendió la más autorizada doctrina científica de la época (*Comentarios al Código Penal de 1870*, de Groizard y de Gómez de la Serna), que la tesis doctoral de Manuel Ramón Alarcón se encarga de comentar con detenimiento.

La tipificación penal implícita de las huelgas de los obreros en el artículo 556 del Código Penal de 1870 fue acotada y mitigada por la jurisprudencia, con base en la interpretación del adverbio “abusivamente”, hasta que fue finalmente descartada de manera expresa por una Ley de 27 de abril de 1909. Pero este régimen represivo de las “coligaciones”, iba a marcar el destino incierto de las asociaciones obreras en el último tercio del siglo XIX. Para entender cabalmente la situación normativa ha de tenerse en cuenta que, según se refleja oportunamente en el libro, el propio Código Penal de 1870 consideraba punibles determinadas conductas de los asociados o de sus dirigentes, como no poner en conocimiento de la autoridad gubernativa los estatutos y el local de la asociación, o no permitir que la propia autoridad asistiera a sus sesiones, o no levantar la sesión cuando aquélla así lo ordenara.

Los vaivenes de esta situación de semiclandestinidad se siguen en la tesis doctoral a través de los instrumentos habituales en la época para el encauzamiento de la aplicación del Derecho Penal y del Derecho público; nos referimos a las circulares o instrucciones de las autoridades, dictadas unas veces por el Ministerio de la Gobernación a los “Gobernadores de provincia”, y otras veces por la Fiscalía del Tribunal Supremo a los fiscales de las Audiencias provinciales. A modo de ilustración de las dificultades del nascente movimiento obrero, el propio Capítulo III dedica especial atención al debate parlamentario de octubre-noviembre de 1871 sobre la Asociación Internacional de Trabajadores en España (“la Internacional”), y a las circulares de la Fiscalía y del Gobierno dictadas a continuación; un debate y unas instrucciones de actuación de los poderes públicos que tienen lugar, como dice el profesor Alarcón, “tras la aparición en la vida española de una organización de la clase obrera que cuestionaba las propias bases del sistema – y las combatía ardorosamente – justo en el momento en que éste pretendía articularse políticamente a través de un régimen democrático-burgués”.

El Capítulo IV y último de la obra (“La asociación obrera en la época de la Restauración, 1875-1900”), gira alrededor de dos ejes. Uno es la regulación legal del

derecho de asociación, que culmina en la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887. El otro es la evolución jurisprudencial en torno a los derechos de reunión y asociación, y al delito de huelga.

En palabras del autor, la Ley de Asociaciones de 1887, “aun sin ser específicamente una ley sindical, será el texto normativo que dará cobertura durante muchos lustros a los sindicatos y partidos obreros”. “Al año siguiente de publicada esta Ley – constata el profesor Alarcón – se constituye públicamente el PSOE, así como su rama sindical la UGT. Ese mismo año la organización anarquista vuelve a cambiar de nombre, desapareciendo el de Federación de Trabajadores de la Región Española, para pasar a llamarse Pacto de Unión y Solidaridad”. “A partir de ese momento – concluye el propio autor – la asociación obrera es no sólo un derecho, sino un hecho socialmente asimilado, un dato irreversiblemente adquirido”.

Dos partes más del libro están pendientes de reseña en esta presentación, que me he propuesto que sea una encarecida invitación a su lectura. La primera corresponde al estudio, que se lleva a cabo en el Capítulo inicial, de una forma singular de agrupación de los trabajadores manuales de la industria, que tuvo vigencia hasta los años inmediatamente anteriores al período estudiado: las corporaciones gremiales. La generalidad de los autores ubica a estas agrupaciones de artesanos fuera de la historia del asociacionismo obrero; y el profesor Alarcón participa plenamente de esta posición: “Nada tienen, en realidad que ver los sindicatos con los gremios”, afirma de manera tajante; y “no se trata, por tanto, de buscar una continuidad abstracta donde existe ruptura institucional e histórica”.

De ahí que el único aspecto de los gremios que trata *El derecho de asociación obrera en España (1839-1900)* es el de la disolución de los mismos, que abrió paso a las nuevas relaciones de producción y de trabajo en las que los sindicatos y demás asociaciones obreras encontraron su verdadero caldo de cultivo. Lo novedoso del Capítulo I del libro es, de nuevo, el análisis, que me parece muy completo, de las disposiciones que jalaron el proceso de debilitamiento y extinción de las corporaciones gremiales, desde una remota Ley y Pragmática Sanción de 13 de febrero de 1682 (reinaba a la sazón Carlos II), hasta el Decreto de las Cortes de Cádiz de 8 de junio de 1813 “sobre el libre establecimiento de fábricas y ejercicio de cualquier industria útil”, pasando por diversas normas del “despotismo ilustrado” de Carlos III de liberalización de los procesos productivos y de la actividad industrial.

A semejanza de lo que sucedió con el reconocimiento del derecho de asociación, el proceso de disolución de los gremios fue también bastante laborioso. El citado Decreto de 8 de junio de 1813 de supresión de los gremios, denominado “Decreto de Toreno” en atención a su paternidad parlamentaria, se vio sometido a numerosas peripecias políticas durante el reinado de Fernando VII, que la tesis y el libro se encargan de registrar punto por punto.

A fin de cuentas, afirma el profesor Alarcón, la eficacia práctica del originario “Decreto de Toreno” “fue, en realidad, definitiva”; pero, a poco de su aprobación, fue formalmente “abolido”, junto con la Constitución y todos los Decretos de las Cortes de Cádiz, el 14 de mayo de 1814; siendo luego expresamente “revocado” por “Real Orden de junio de 1815”, que incluso “preveía la reforma de las ordenanzas gremiales”; cinco años después tuvo lugar su rehabilitación por Decreto de 16 de mayo de 1820, “al inaugurarse el trienio liberal”; volviendo a ser “derogado” tras la llegada de los Cien Mil Hijos de San Luis y la consiguiente restauración del absolutismo en 1823”. Por último, “en los primeros años de la Regencia de María Cristina encontramos el Real Decreto de 20 de enero de 1834 (por iniciativa de Javier de Burgos), aboliendo el fuero privilegiado de las corporaciones”, lo que dio paso “dos años más tarde” a la rehabilitación “pura y simple” del primitivo “Decreto de Toreno”, mediante “Decreto de 2 de diciembre de 1836, recibiendo así los gremios el golpe de gracia”.

Una parte más, excepcionalmente valiosa, quiero consignar del trabajo doctoral de Manuel Ramón Alarcón. Me estoy refiriendo a los anexos, que reproducen los documentos histórico-jurídicos sobre los que se apoya su análisis y su valoración de la situación legal de las asociaciones obreras. Estos documentos son de muy diversas clases: disposiciones normativas; proyectos y proposiciones de leyes; intervenciones y debates parlamentarios; sentencias del Tribunal Supremo; circulares e instrucciones de aplicación administrativa; resoluciones y “bandos” de autoridades gubernativas y militares; “exposiciones” de corporaciones locales; programas de partidos políticos; “manifiestos”, “peticiones” y “declaraciones” de grupos y representantes de trabajadores.

El apéndice documental ocupa en el libro casi doscientas páginas de un tipo de letra reducido. Está ordenado atendiendo a los capítulos de la obra; dentro de cada capítulo los documentos se clasifican en dos o tres grandes grupos según la naturaleza de la fuente: “disposiciones normativas”, “jurisprudencia”, “documentos varios”; y, ya dentro de cada grupo, se sigue el orden cronológico de reproducción. En definitiva: este apéndice fue en su día, y hasta donde yo conozco sigue siendo hoy, el más selecto, completo y manejable fondo de consulta sobre la legislación y la aplicación práctica del derecho de asociación obrera en la España del siglo XIX.

La relectura del libro que he efectuado para participar en este tan merecido homenaje a la persona y a la obra de Manuel Ramón Alarcón me ha suscitado muchas ideas y reflexiones. Algunas se limitan a refrescar o recordar lo que ya pensaba antes del autor y de la tesis. Otras han surgido ahora al contemplar la obra comentada a la distancia de cuatro largos decenios, en los que han tenido lugar profundas

transformaciones en el sistema productivo, en el mercado de trabajo y en la propia composición de la población activa y de las clases trabajadoras.

Una de estas reflexiones versa sobre la “armadura ideológica” de la tesis, que el autor decidió que fuera muy consistente y que luciera de manera bien visible, especialmente en los dos capítulos iniciales. Basta consultar el índice sistemático de esta parte de la obra para advertirlo; reproduciré algunos apartados: “el problema de la revolución burguesa en España”, “la transición del feudalismo al capitalismo en España”, “el paso a la nueva polarización social”, “la consolidación de la burguesía”, “La articulación del Estado capitalista”, “constitución del proletariado”. El propósito de Manuel Ramón de insertar su estudio en una “gran narrativa histórica” es transparente en el mero enunciado de los epígrafes citados.

Veamos, a mayor abundamiento, lo que dice de una aproximación historiográfica más circunspecta, que hubiera sido preferible a mi modo de ver: “José María Jover Zamora ... admite el hecho de la revolución burguesa en el siglo XIX, si bien reduce el término al concepto de movimiento encaminado a liquidar la sociedad estamental del Antiguo Régimen, utilizando por ello conscientemente (lo aclara en nota), con ambigüedad, las expresiones revolución burguesa y revolución de las clases medias” (p. 20 nota 5).

Y veamos también lo que afirma, con más aspereza crítica, de la posición de los Ilustrados sobre la supresión de los gremios: “la ideología burguesa de la época [Campomanes, Jovellanos y el Conde de Toreno son los autores citados en este pasaje] justificaba la eliminación de las corporaciones con argumentos idealistas en torno a un presunto interés general del tipo de la defensa de la libertad industrial frente al carácter monopolístico de los gremios (cuando en realidad lo que buscaba era más bien lo contrario: concentrar lo que la organización gremial dispersaba) o de la defensa de la libertad de trabajo frente a las cortapisas de las Ordenanzas (cuando la liberación de la mano de obra iba a conducir a ésta a la nueva y mayor esclavitud laboral)” (p. 28-29).

Podríamos seguir con algunos ejemplos más. Pero nos bastará con los anteriores botones de muestra.

Yo no creía en la época de la elaboración de la tesis, ni tampoco creo ahora, que la utilización como arma de apoyo de esta u otra artillería ideológica fuera conveniente para el estudio del derecho de asociación obrera en España en el siglo XIX. Me parece que la historia de la institución podía y debía realizarse con el instrumental menos pesado que el propio autor manejó con abundancia y pericia a lo largo del libro. Pero vuelvo al principio: Manuel Ramón Alarcón, tenía muy claro que debía hacer explícita su posición, tal vez por una determinada concepción del

compromiso en la actividad intelectual; y mi capacidad persuasiva como director de la tesis para que adoptara un enfoque menos ideologizado no tuvo éxito.

Una última reflexión retrospectiva quiero hacer sobre la tesis y el libro al que he dedicado esta intervención, dirigida en particular a los lectores de las nuevas generaciones y a los lectores más veteranos de memoria no muy firme. La elaboración y la publicación de un estudio como *El derecho de asociación obrera en España (1839-1900)* revela el clima de libertad académica existente entre nosotros en los primeros años setenta. Se trataba, desde luego, de una libertad conquistada a base de desplegar el coraje político que desplegó, por ejemplo, Manuel Ramón Alarcón al abordar y llevar a cabo su trabajo sin propósito alguno de autocensura. Pero, además de una libertad conquistada, se trataba también, hay que recordarlo, de una libertad selectivamente consentida o tolerada por un sector de la clase política de la época. No olvidemos que el libro fue publicado, como se ha dicho al principio, por “Ediciones de la Revista de Trabajo”; y que la titularidad de la “Revista de Trabajo” y de sus editorial correspondía a la sazón al Ministerio de Trabajo.

Un sociólogo estadounidense, David Riesman, ha dicho en un libro de mediados del siglo pasado (“La muchedumbre solitaria”) que el “carácter social”, entendido como el “equipo” “social e históricamente condicionado”, con que el individuo “se enfrenta al mundo y a la gente” se puede reducir a tres tipos distintos: la persona que se guía por la “tradición”, la persona que está dirigida “internamente” por criterios propios, y la que está “dirigida por los otros” elevando a pauta predominante de conducta la conformidad con el entorno de contemporáneos.

Riesman ha concebido esta trilogía para describir las actitudes y los comportamientos que comparten “grupos sociales significativos” en distintos países y en distintas épocas. Pero, aunque él lo excluya, no encuentro especial inconveniente en aplicarlo también a la “personalidad”, es decir, a la persona individual “con sus temperamentos y talentos heredados, sus componentes biológicos y psicológicos, sus atributos evanescentes, así como los más o menos permanentes”.

A Manuel Ramón Alarcón le gustaba la tradición como manifestación cultural – por ejemplo la Semana Santa de Sevilla y la fiesta de los toros –, pero no desde luego como directriz de la conducta personal o de la conducta política. Rechazaba sin más como sospechosa de encubrimiento de intereses de dominación a la ideología conservadora, que confía en las autoridades tradicionales y que busca en la experiencia consciente del pasado el repertorio obligado de soluciones para los problemas prácticos del presente.

Manuel Ramón era, además, particularmente despierto en la apreciación de las posiciones de los demás. Por decirlo de alguna manera, poseía un radar muy potente para detectar la situación de los miembros del “grupo de pares”. Cumplía por tanto el principal requisito para adaptarse a las indicaciones más o menos difusas de la corriente principal de la opinión pública. Pero lo suyo tampoco fue precisamente la aceptación o conformidad de la dirección por los otros.

El rasgo más característico de la personalidad de Manuel Ramón fue, a mi modo de ver, la capacidad para determinar sus propias metas, la confianza en sus propias fuerzas intelectuales y persuasivas, la potencia del motor de su voluntad. Me inclino a creer que no fue un “pesimista de la inteligencia”; pero de lo que sí participó con seguridad es del “optimismo de la voluntad”. Como individuo “dirigido internamente” sabía reconocer un buen argumento, aunque no conviniera a sus posiciones. Heterodoxo a veces, no lo era por sistema, aceptando numerosas disciplinas y algunas ortodoxias. Pero detestaba, sobre todo, el abuso de poder y el espíritu inquisitorial. En fin, como individualista radical, que, a mi juicio, es lo que fue en el fondo, comprendía y simpatizaba con muchas clases de personas.

NUEVOS RETOS DEL SINDICALISMO EN ESPAÑA

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ
Prof^a. Titular de Universidad
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

“...no siempre se ha sabido sacar de la Constitución todo su jugo democrático-social y [...] no siempre el desarrollo normativo del Derecho del Trabajo -que ha tenido que atravesar el áspero páramo de la crisis económica- haya parecido inspirarse en la fuente constitucional”.

Manuel Ramón Alarcón Caracuel¹

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. DE LA LIBERTAD DE SINDICACIÓN AL RETO DE SU EJERCICIO
3. EL RETO DE LA ACCIÓN SINDICAL EN UN MODELO LEGAL DE RELACIONES LABORALES COLECTIVAS
4. EL CAMBIO SINDICAL COMO RETO ANTE UNA REALIDAD SOCIAL EN TRANSFORMACIÓN

¹ M. R. Alarcón Caracuel, “Estado social y Derecho del trabajo”, AA.VV *Constitución y Derecho del trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Coord. M. R. Alarcón Caracuel, Marcial Pons, 1992, p.10.

1. INTRODUCCIÓN

Escribir sobre nuevos retos del sindicalismo español, por mucho que el enunciado ya sea bastante expresivo de su significado, requiere realizar varias precisiones previas, siquiera sea a modo de delimitación de la materia y de la perspectiva de su tratamiento.

Y es que, sin duda, tomar posición aunque sea de forma sintética y a modo de ensayo, sobre cuáles pueden ser los nuevos retos del sindicalismo español actual no deja de ser un ejercicio que va a estar influenciado por la condición personal y profesional de quien lo hace. Es muy probable, en este sentido, que la respuesta sea diferente si quien se pronuncia al respecto es un trabajador, un representante sindical, un empresario, el poder público, o estudiosos de la sociología, economía, el derecho, u otras ciencias. Las perspectivas son muy diferentes, y es algo que he podido comprobar con ocasión de la preparación de esta materia. Por ello, creo oportuno precisar de entrada dos extremos: primero, que los que expreso en este trabajo como nuevos retos del sindicalismo español no son los únicos que pueden existir, dado que tampoco se puede abordar con la profundidad y extensión que requeriría la materia. Y, segundo, que principalmente la perspectiva desde la que se aborda la materia es la jurídico-laboral, sin desconocer que otras diversas ciencias se ocupan igualmente del examen de la misma y sus múltiples aspectos concomitantes², además de los propios sujetos sindicales que son los protagonistas y los mejores conocedores de la realidad en la que desenvuelven su actividad sindical.

Una segunda precisión que considero necesaria es la referida al significado de la palabra “retos”, sobre todo, si se adjetiva como “nuevos”, aplicadas al sindicalismo. Si aceptamos como definición de reto el desafío para quien afronta un objetivo difícil de llevar a cabo (según la definición que proporciona el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española) es fácil constatar, a poco que se conozca el origen de los sindicatos y su evolución hasta llegar a nuestros días, que el sindicalismo se encuentra en permanente reto. Conseguir la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de las personas que tienen el trabajo como su medio fundamental de vida es un reto permanente de todo sindicato, además de ser la función que les atribuye la Constitución española. Puede cambiar el contexto político, económico, social, las formas de trabajo y de organización del trabajo, de la producción y servicios, del estado de la tecnología, entre otros, y puede ser que estos cambios hagan necesario que los sindicatos tengan que renovar o revisar sus métodos, estrategias, acción, u organización, para poder cumplir su función. Por ello

² Para a. Kaiero Uría, “Los retos del sindicalismo en el siglo XXI”, *Lan Harremanak*/2 (2000-I) (91-108) “El reparto del trabajo no será sólo un reto de las sociedades del siglo XXI, es, al mismo tiempo, el reto fundamental del sindicalismo”.

considero que el reto central y permanente del sindicalismo es poder llevar a cabo su función en un contexto en constante y acelerado cambio, y que lo que se puede adjetivar como “nuevos retos” es precisamente la capacidad del sindicalismo de desenvolverse en ese contexto que cambia y al que, a la vez, pretende cambiar interactuando al implementar su función esencial y permanente.

Si la materia se observa desde un punto de vista jurídico, y más concretamente desde las normas que regulan las relaciones laborales individuales y colectivas y el mercado de trabajo en España, esa necesidad de cambio o revisión del sindicalismo, que podríamos llamar “interna” o adoptada desde dentro para influir hacia fuera, se vuelve una tarea difícil y compleja. Cobra aquí pleno sentido la palabra “reto”, porque verdaderamente es un desafío difícil de conseguir. La poderosa influencia que ejerce el marco legal estatal sobre el modelo de sindicalismo español marca los límites en su propia conformación, dentro del más amplio diseño que formula la Constitución española respecto de los sindicatos y la libertad sindical. La capacidad de transformación del sindicalismo pierde poder de reacción frente a la más rápida cambiante realidad.

He centrado, por tanto, mi atención en algunos de los que considero nuevos retos del sindicalismo español, en conexión con los derechos constitucionales a la sindicación y a la acción sindical y partiendo del vigente modelo normativo de relaciones laborales individuales y colectivas: La necesidad de afiliación o ejercicio de la libertad de sindicación sindical (epígr. 2). El reto de un renovado ejercicio de la libertad de acción sindical (epígr. 3). Y la capacidad de cambio del sindicalismo para un más eficaz desenvolvimiento dentro de un contexto cambiante (epígr. 4).

No quiero dejar pasar la oportunidad de expresar mi profundo pesar por la pérdida de un brillante jurista y persona, como era el Profesor Manuel Ramón Alarcón Caracuel, convencido defensor del Estado social y democrático de Derecho, con cuya maestría he tenido el honor de aprender y comprender que las normas deben contribuir a la justicia social.

2. DE LA LIBERTAD DE SINDICACIÓN AL RETO DE SU EJERCICIO

En el actual sistema democrático de relaciones laborales está fuera de toda duda el especial reconocimiento de la libertad de sindicación, denominada en el pasado “derecho de asociación obrera”³, al más alto nivel en la escala de valores constitu-

³ De indudable cita en la materia es M. R. Alarcón Caracuel, *El derecho de asociación obrera en España, 1839-1900*, Ediciones de la Revista de Trabajo, 1975, para quien: “...desde los primeros momentos en que el asociacionismo obrero hizo su aparición, el Estado trató de asimilarlo o, por así decir,

cionales. Así, la Constitución española (CE) “... se adentra en la específica consagración como derechos constitucionales de los instrumentos que el movimiento obrero ha ido construyendo desde la instauración del modo de producción capitalista: la asociación sindical y la huelga...”⁴.

Sin embargo, la significación de este derecho sólo es entendible si se conoce cómo llega a nuestros días, por qué surge esa necesidad de unión entre los trabajadores, de pertenencia a una organización que represente el interés colectivo del grupo como tal. Desde que se reconociera por primera vez el más genérico derecho de asociación en la Constitución española de 1876, después desarrollado por la primera Ley de asociaciones de 1887, hasta llegar a nuestros días como derecho fundamental, tras un largo periodo de prohibición durante la dictadura de Franco, la libertad de sindicación ha jugado un papel fundamental como instrumento para la consecución de los fines que han identificado siempre al sindicalismo. Fines formulados hoy día en el art. 7 de la Constitución española, según el cual las organizaciones sindicales *contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios*. Esta función encomendada a los sindicatos se traduce en la de tutelar los intereses de los trabajadores⁵. De todos los trabajadores, no sólo de los sindicados, ya que el sistema español otorga a los sindicatos facultades para negociar las condiciones de trabajo de los trabajadores con independencia de su afiliación y, como es sabido, la representatividad de los sindicatos no se mide por su afiliación, sino por otros criterios que no exigen afiliación determinada para otorgar la representatividad a los distintos sindicatos⁶.

Por su parte, el art. 28.1 CE recoge los derechos que forman parte de la libertad sindical de los trabajadores y sindicatos. Si bien es cierto que como integrantes de la libertad sindical sólo se recogen expresamente en este precepto los derechos organizativos, no obstante, la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC), relativa al contenido de la libertad sindical, amplía dicho contenido con otros derechos a los que denomina derechos de actividad⁷, bajo el principal argumento de que dichos derechos de actividad – básicamente, negociación colectiva, huelga y medidas de conflicto colectivo- son imprescindibles dentro del contenido esencial de la libertad sindical para que los sindicatos puedan llevar a cabo o cumplir

domesticarlo, alternando las indispensables medidas represivas de las sociedades de resistencia con otras medidas integradoras, favorecedoras de las tendencias mutualistas y cooperativistas.”, p. 15.

⁴ M. R. Alarcón Caracuel, “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad social entre la promulgación de la Constitución y su XXV aniversario”, *Crónica Jurídica Hispalense* N° 1/2003, p. 339.

⁵ M.C. Palomeque López “Derecho sindical español”, 5ª edición 1994, p. 41.

⁶ Vid. la STC 215/2001, (BOE de 30.11.2001), sobre la función de los sindicatos más allá de la afiliación.

⁷ Estableciendo así un supuesto de adscripción de normas fundamentales, como explica R. Alexy en “Teoría de los Derechos fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y fundamentales, Madrid, 2001, pp. 66 a 73.

la función que tienen encomendada por el art. 7 CE. Por tanto, y utilizando el mismo argumento que el TC, el art. 28.1 CE recoge una serie de derechos que vienen a actuar como instrumentos básicos para que los sindicatos puedan cumplir su función constitucional, y estos instrumentos, entre ellos el derecho de sindicación, en contrapartida, van a ser protegidos por el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, la norma positiva no se configura para la protección de este objetivo en sí mismo, sino que protege los medios creados para conseguirlo, lo que es coherente con el art. 53.1 CE que exige que se respete el contenido esencial de los derechos fundamentales, tanto los organizativos como los de actividad, pero no los derechos o intereses de los trabajadores que mediante la libertad sindical se pretenden defender. Aunque no cabe olvidar que los derechos de los trabajadores son también reconocidos y protegidos por el Estado, no siendo una función exclusiva de los sindicatos, ya que pese a que la regulación de las relaciones de trabajo – a través de la negociación colectiva- sea un poder normativo que tiene que garantizar la ley –art. 37.1 CE- ello no quiere decir que la propia ley no pueda las pueda regular; es más, la propia Constitución española ordena a la ley a que regule un estatuto de los trabajadores -art. 35.2-⁸.

Partiendo de esa base constitucional, se quiere destacar aquí es la importancia de la libertad de sindicación como instrumento organizativo esencial para la consecución de los fines del sindicato. Y es que por mucho que esa organización se traduzca jurídicamente en el nacimiento una nueva persona -jurídica- diferenciada de los miembros que la integran, se debe tener presente que su consistencia está en las personas que la integran, es lo que le da su razón de ser y fuerza como ente que representa unos intereses comunes del grupo. En definitiva, la vía natural del respaldo social a la actuación del sindicato debe provenir principalmente de las personas que lo integran mediante su afiliación.

Sin embargo, como es sabido, el modelo legal de relaciones laborales no propicia el hecho afiliativo, sino que lo desincentiva principalmente a través de dos vías. En primer lugar, a través del mecanismo que emplea la norma para medir la representatividad de las organizaciones sindicales, que no se basa en la afiliación sino en el número de miembros que ha obtenido el sindicato en cuestión en las elecciones a comités de empresa y delegados de personal. Esto produce tres efectos diferentes; uno, que los esfuerzos de los sindicatos se concentren en los procesos electorales, pues de la obtención de representatividad va a depender ostentar una

⁸ Sobre el poder normativo del estado y de la negociación colectiva vid. M. R. Alarcón Caracuel en “Las relaciones Ley-Convenio Colectivo”, AA.VV *Las reformas laborales de 1994 y 1997*, Coord. E. Rojo Torrecilla, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 11 y ss.

serie de facultades esenciales que en otro caso no tendrían (por ejemplo, negociar convenios colectivos estatutarios, u ostentar representación institucional en organismos públicos; dos, que los trabajadores consideren innecesaria la afiliación al haber votado ya al sindicato en cuestión en el proceso electoral para elegir comité de empresas o delegados de personal; y, tres, que derivado de la escasa afiliación, las secciones sindicales constituidas en los centros de trabajo (que como es sabido están integradas por los trabajadores del centro de trabajo afiliados a un concreto sindicato), van a tener también poca presencia en las empresas⁹. Y, en segundo lugar, porque legalmente se atribuye eficacia general o *erga omnes* a los convenios colectivos que regula el Estatuto de los Trabajadores (ET), aplicándose dichos convenios a la totalidad de los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación con independencia de que se encuentren afiliados o no a los sindicatos que han pactado el convenio colectivo.

A lo anterior habría que añadir que la tendencia legislativa desde los años 90 ha sido hacia la flexibilidad de las relaciones laborales, con un relativo efecto de individualización de éstas, pasando la relación entre trabajador y empresario de ser colectiva a través de los sindicatos a ser individual.

Este modelo legal, sintéticamente esbozado, adoptado a principio de los años 80 y que ha permanecido invariable en esta materia desde entonces, ha influido en buena medida en que el sindicalismo en España haya sido siempre uno de los que cuenta con la tasa de afiliación (concretada en el porcentaje de afiliados respecto del total de trabajadores asalariados con empleo) más bajas de Europa, entre otro factores. Así, la tasa de afiliación en España en 2010 ha sido del 16,4%; en 2008 fue de 17,2%, en el periodo 1999-2002 fue de 17,4%¹⁰, habiendo alcanzado en 1980 el 19%¹¹.

No es sólo el modelo legal de relaciones laborales el único factor de influencia en dicha tasa de afiliación, ya que existen otros que tienen que ver con el modelo de mercado de trabajo, con la tradición sindical del país, con la sensibilidad o no de la sociedad a valores como la solidaridad, entre otros.

⁹ R. Escudero Rodríguez, "La representatividad sindical tras tres décadas de libertad sindical", en AA.VV., *30 años de libertad sindical*, Dir. F. Valdés Dal Ré, Fundación Largo Caballero, pp. 57 y ss., destaca no obstante las enormes dificultades de una alternativa global al criterio de la audiencia electoral para medir la representatividad sindical, y hace una lectura positiva de los resultados de tal criterio en un sistema como el nuestro caracterizado por una baja tasa de afiliación.

¹⁰ Según datos de Encuestas de Calidad de Vida en el Trabajo, Ministerio de Empleo y de Seguridad Social.

¹¹ Según el informe del Instituto Sindical Europeo *El sindicalismo europeo: ¿De la crisis a la renovación?*, Cuadernos 40, de la Fundación 1º de Mayo, 2014.

Pero de lo que no cabe duda es que la realidad social ha puesto de manifiesto la necesidad de que los propios sindicatos presten especial atención a la afiliación sindical. si en los orígenes del sindicalismo uno de los mayores retos fue el reconocimiento del derecho de asociación y por tanto de sindicación, a día de hoy tras más de un siglo de reconocimiento, el reto lo constituye el ejercicio de ese aspecto organizativo de la libertad sindical, porque de ello depende la propia actividad sindical.

3. EL RETO DE LA ACCIÓN SINDICAL EN UN MODELO LEGAL DE RELACIONES LABORALES COLECTIVAS

Existe a día de hoy una consolidada interpretación constitucional de la función económica y política de los sindicatos, y de los instrumentos de autotutela colectiva, como son los derechos organizativos de la libertad sindical -libertad de sindicación y de creación de sindicatos- y los derechos de acción sindical -huelga, negociación colectiva y adopción de medidas de conflictos colectivos-. Debido al momento político en el que se adoptó en España la Constitución española -la Transición política-, en cuya consecución tuvieron un papel muy destacado los sindicatos, durante bastante tiempo se ha considerado la sindicación como una opción muy próxima a la esfera de la ideología política de los individuos más que en la esfera económica. Este hecho explica en buena medida que la acción sindical post democrática durante años se haya dirigido principalmente hacia el poder público y a la intervención institucional del sindicato en una esfera social más amplia que la de la mera representación de los afiliados en los centros de trabajo. No obstante, ello no ha impedido que el sindicato haya continuado llevando a cabo su función más tradicional como interlocutor de la empresa actuando como contrapoder económico en las relaciones de trabajo, con el objetivo de consecución de mejores condiciones de trabajo pactadas colectivamente¹².

Este doble plano de intervención del sindicato ha sido desarrollado en un modelo legal, que concreta esas vías o medios de acción sindical. Principalmente a través de dos leyes: la primera, el Estatuto de los Trabajadores (ET), primero en su versión original en la Ley 8/1980 y en la actualidad como texto refundido en el Real Decreto-legislativo 2/2015, y la segunda la Ley 11/1985 de libertad sindical

¹² O. Kahn-Freund, en *Trabajo y Derecho*, Centro de publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, pp. 54 y 55, afirmaba que "...en lo que respecta a las relaciones laborales, las normas legales carecen a menudo de eficacia, si no se encuentran además reforzadas por sanciones sociales, es decir, por el poder equilibrador de los sindicatos y demás organizaciones de trabajadores expresado a través de la consulta y negociación con el empresario...". En este sentido, también A. Baylos afirma que el sindicato es un "...contrapoder frente al poder establecido..." de los empresarios en "¿Para qué sirve un Sindicato? Instrucciones de uso", Catarata, 2012, p 31.

(LOLS). A la que habría que añadir la norma preconstitucional que todavía es la que regula en España el ejercicio del derecho de huelga, Real-Decreto 17/1977, de Relaciones de Trabajo.

La LOLS estableció, como es sabido, el mecanismo de la mayor representatividad sindical como forma de seleccionar a unos determinados sindicatos y conferirles, sólo a éstos, una serie de facultades o derechos que los demás sindicatos no van a tener, lo que en la práctica va a dar lugar a un modelo sindical de concentración, que ha supuesto la integración institucional de estos sindicatos en el sistema político¹³.

La integración del sindicato en el sistema, junto con los criterios establecidos por la LOLS para medir la representatividad y las prerrogativas que se les atribuye (arts. 6 y 7), van a dibujar un modelo de sindicato muy particular: Frente al Estado, grandes confederaciones sindicales que, además de ser consideradas por la ley como representativas de los intereses del conjunto de los trabajadores, van a defender los intereses de éstos a través de su participación con el Estado en la política social. Esta participación se llevará cabo principalmente a través de la negociación con el Gobierno y la representación empresarial, o sólo con el Gobierno, dando lugar en su momento a grandes pactos sociales¹⁴. Aunque esta vía de acción institucional no venga reconocida expresamente en la LOLS, ha sido en los primeros años de la democracia una práctica habitual¹⁵, conocida como concerta-

¹³ Según M. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, en "La Ley Orgánica de Libertad Sindical", Relaciones Laborales II/85, p.24, "...el reconocimiento de la institución del sindicato más representativo supone para el Estado un intento de integración del sindicato en la dinámica político-institucional, apoyando la posibilidad de una representatividad de los intereses globales de los trabajadores, mientras que del lado de las organizaciones sindicales <<se trata de contener procesos de transformación del movimiento sindical organizado>> y lograr una más eficaz tutela de los intereses globales de los trabajadores en cuanto tales..."

¹⁴ "En estos pactos o acuerdos, la debilidad de los sindicatos se reflejan cuando se observa que el principal beneficio obtenido por ellos con su participación, no fue tanto la mejora de las condiciones de los trabajadores, como su propia institucionalización, legalización y legitimación en el nuevo marco democrático". Ésta es una de las conclusiones que extrae R. Serrano del Rosal en "Transformación y cambio del sindicalismo español contemporáneo", CSIC, Madrid, 2000, pp.217 y ss., del análisis de los seis pactos acordados mediante la concertación social durante, lo que el autor denomina, "la primera transición sindical", periodo que va desde mediados de los 70 hasta mediados de los 80, caracterizado por que "los principales objetivos sindicales son políticos -estabilización democrática- y constitutivos -desarrollo organizativo".

¹⁵ Aunque la experiencia en algunas comunidades autónomas, como la andaluza, se ha prolongado más en el tiempo, tal como expone en el interesante estudio realizado por M. Sánchez Mosquera "Los sindicatos más representativos en la concertación social en Andalucía: 1993-2012", Revista de Estudios Regionales, núm. 99/ 2014, para quien "Se ha generado, por tanto, una situación de claro desequilibrio que, como en otros territorios de Europa, ha vuelto a los sindicatos mayoritarios andaluces más depen-

ción social¹⁶. La participación institucional de los sindicatos también se ha articulado expresamente por la LOLS a través de la presencia de las organizaciones sindicales más representativas en los organismos públicos que la tengan prevista (art. 6.3). Y, en segundo lugar, frente a los empresarios, las organizaciones sindicales integradas en confederaciones más representativas, van a tener capacidad para, entre otras facultades, negociar en sus respectivos ámbitos convenios colectivos de eficacia general – conforme al Título III del ET-. En ambas vías de actuación, sindicatos y trabajadores van a disponer como instrumento esencial de presión en la defensa de sus intereses, el derecho fundamental de huelga.

Esbozado muy sintéticamente el modelo sindical español, producto de su historia y de su concepción normativa actual, podemos avanzar las dificultades que en la actualidad presenta dicho modelo para que los sindicatos puedan desarrollar su acción sindical en la esfera política frente al Estado y en la esfera económica frente a las empresas y, por tanto, para alcanzar los propios fines que caracterizan a estas organizaciones. Esta afirmación requiere, no obstante, reconocer los logros que a través de ese modelo sindical constitucional y legal se han obtenido para los trabajadores y la sociedad, que no se puede de ningún modo minusvalorar por el esfuerzo que ha supuesto para quienes han participado en su consecución.

Las dificultades a las que nos referimos son de tipo técnico-jurídico que, en mi opinión, pueden estar afectando al desarrollo del sindicalismo en la actualidad. Según ese modelo normativo, el sindicato es concebido como una institución, reconocida y apoyada por el Estado; así lo ha reconocido el TC por ejemplo al afirmar que el mecanismo de selección sindical a través de la mayor representatividad sindical en un sistema de pluralismo sindical es una forma de promoción por parte del Estado de la libertad sindical¹⁷. El modelo normativo atribuye una amplia función a los sindicatos, tanto económica como político-social, de representación de todos los trabajadores, no sólo de los que están afiliados al sindicato¹⁸. También articula los principales instrumentos de acción sindical a través tanto de derechos or-

dientes, si cabe, de la concertación social. De un modelo de concertación social, además, de acuerdos “competitivos y por el empleo” que favorecen las estrategias empresariales de flexibilidad y menor regulación. Una participación *corporatista de este tipo* se ha revelado, al menos para el caso andaluz, como irrelevante e incluso contraproducente para ampliar la base de estas organizaciones y la lógica de afiliación”.

¹⁶ Como “intercambio político” se calificó la concertación social en España, M. C. Palomeque López, *Derecho sindical español*, quinta edición, 1994, Tecnos”, p. 299.

¹⁷ STC 11/98, entre otras.

¹⁸ Ya que “El sindicato representa a los trabajadores que están afiliados al mismo, pero su actuación no solo persigue la mejora de condiciones de trabajo y empleo para sus afiliados, sino para todos los trabajadores”, según A. Baylos en *¿Para qué sirve...?*, cit., p. 33.

ganizativos (constitución de sindicatos y afiliación) como de derechos de acción o actividad sindical, como son la negociación colectiva, la huelga y la adopción de medidas de conflicto, desarrollando legalmente los dos primeros, y proporcionando su tutela jurídica a todos estos instrumentos jurídicos. A la vez, el modelo va a facilitar como principal vía de financiación de los sindicatos la proporcionada por el propio Estado.

No es algo que se diga por primera vez, pero es evidente la dependencia jurídica y económica del poder público que presenta este modelo de sindicalismo que, por tanto, lo hace débil. Las propias normas, como se refirió *supra*, desincentivan la desafiliación, por un lado. Pero, por otro lado, el propio poder público puede frenar las vías de acción sindical dirigidas tanto frente a dicho poder público como frente a las empresas. En primer lugar, porque la participación institucional del sindicato como interlocutor del poder público, a través de pactos y concertación social, va a depender en buena medida de la propia voluntad del poder público, quien frente a un sindicalismo con poca fuerza propia por escasa afiliación no se ve presionado a cambiar su actitud; lo mismo cabría decir respecto de la reducción de financiación por parte del poder público a la actividad sindical. Y, en segundo lugar, porque las normas legales pueden ser cambiadas por el Estado en detrimento de la intervención sindical.

Es algo que se ha puesto de manifiesto en la reforma laboral de 2012, aunque no sólo, con la modificación de las reglas más importantes de la negociación colectiva: preferencia por el convenio de empresa, inaplicación en el ámbito de empresa del convenio colectivo, y eliminación de la red de seguridad legal ante la decadencia del convenio, obstaculizándose así la prolongación de su aplicación en el tiempo, denominada ultraactividad del convenio colectivo¹⁹. Y pese a que en el nivel de empresa ahora la norma (ET) da preferencia para negociar convenios colectivos a la representación sindical (secciones sindicales) frente a la representación estatutaria (comités de empresa y delegados de personal), no debe olvidarse que se requiere que aquéllas cuenten con su presencia mayoritaria en el órgano estatutario, por un lado, la existencia de delegado sindical como representante de la sección sindical se condiciona por la LOLS a que el centro de trabajo cuente al menos con 250 trabajadores, lo que hoy día es una realidad muy marginal en el tejido empresarial español. Sirva lo dicho sólo como un ejemplo de entre muchos, de la influencia de las normas en la acción sindical y en su mayor o menor posibilidad de presencia en las relaciones laborales.

¹⁹ Efecto corregido en parte por la doctrina del Tribunal Supremo a través de la teoría de la interpretación a favor contractualización de las condiciones de trabajo contenidas en el convenio decaído (STS de 22 de diciembre de 2014).

Pero las dificultades técnico-jurídicas del modelo sindical normativo no provienen sólo de esta actitud activa por parte del Estado, en la dirección que se ha comentado, sino también de un relativo comportamiento pasivo por parte de aquél, lo que hay que explicar aunque sea brevemente. Pasividad en el sentido de no propiciar o facilitar con reglas legales expresas, dado que el modelo es normativo (y no sólo el sindical, sino el de relaciones laborales también), la intervención sindical en nuevos campos que la propia realidad social cambiante va creando, o dicho de otra manera, la falta de adecuación de las reglas que regulan las relaciones laborales y de empleo a las reglas de intervención sindical en la mismas.

De nuevo me referiré sólo a un ejemplo que puede ser ilustrativo de lo que se afirma. Es el caso de las actuales formas de organización de las empresas con un importante grado de descentralización productiva, que ha venido a desequilibrar la acción sindical tanto fuera como dentro de las empresas, afectando principalmente a la negociación colectiva, que es uno de los principales instrumentos de actuación sindical en las relaciones laborales. La extensión de la descentralización productiva ha sido una respuesta a la crisis petrolífera de los años 70, “entendida como forma de organizar el proceso de elaboración de bienes y servicios y de prestación de servicios mediante el recurso a contratación de proveedores y suministradores para la ejecución de ciertas fases o actividades”²⁰, mediante la cual se pretende romper las rigideces del mercado de trabajo, y abaratar costes. Las empresas contratistas o subcontratistas intervienen, mediante esta forma de organizar la producción, en el proceso de elaboración de bienes y servicios de otras empresas, pero no son ni forman parte en sentido jurídico de esas otras empresas. La participación en un mismo proceso productivo no produce, obviamente, la confusión de personalidad jurídica entre las diferentes empresas. Cada una de las empresas sigue siendo diferenciada de las otras²¹, y por tanto, sujeta a sus propias circunstancias.

La reducción de costes laborales, entre otras razones, está en la base de la mayoría de las opciones de descentralizar actividades²². Con ello, “se produce una huida de los convenios colectivos aplicables a las empresas principales, precisa-

²⁰ Según la definición de F. Valdés Dal-Ré en “La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo”, en AA.VV *La externalización de actividades (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Coord. A. Pedrajas Moreno, edit. Lex Nova, 2002, p. 29.

²¹ Incluso respecto de los trabajadores de unas y otras, según A. Montoya Melgar “El poder de dirección en las estructuras empresariales complejas”, *Revista del MTAS*, n.º 48, 2004, p. 137.

²² “Ciertamente es que la reducción de costes laborales no es el único factor de la descentralización; pero sí es una ventaja perseguida por las estrategias descentralizadoras y que, de seguro, ha anidado en algunas de las opciones de política de derecho adoptadas por los poderes públicos en los últimos años, así como influido en algunas interpretaciones jurisprudenciales de la misma época”, según F. Valdés Dal-Ré, en “Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo”, *Sistema* n.º. 168-169/2002. Igual dice el mismo autor en “La externalización de actividades laborales...” cit., p. 41.

mente porque éstos dispensan un mayor nivel de protección de los referidos derechos que los aplicables a los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas. En suma, al aprovechar a fondo las posibilidades que ofrecen los amplísimos márgenes concedidos legalmente a la negociación colectiva, se están abriendo importantes vías de agua en la intensidad de la garantía de los derechos laborales de los trabajadores de dichas empresas”²³. La técnica jurídica a través de la cual se consigue esta diferenciación de costes laborales para las empresas es la aplicación de convenios diferentes a los trabajadores de las diversas empresas que participan en un único proceso productivo, elección que realiza el empresario principal en el uso de su poder de dirección, a través de la elección de la actividad que subcontrata, y cómo y a quién la subcontrata. La existencia de ámbitos distintos de vigencia de los convenios sectoriales determinados por la actividad de la empresa, permite que se pueda producir esta situación en la que, de forma indirecta, es el empresario principal, y no los sujetos colectivos, el que decide qué condiciones de trabajo, de entre las diversas regulaciones convencionales existentes, se les va a aplicar a los trabajadores de las actividades subcontratadas.

De este modo, el esfuerzo sindical de consecución de mejores condiciones de trabajo a través del convenio colectivo se disipa, creando desapego sindical por parte de los trabajadores que se ven expulsados a otras condiciones de trabajo peores. Ante esta situación podría argumentarse que el mismo esfuerzo sindical podría dedicarse, en paralelo, a la negociación de buenas condiciones de trabajo en las empresas auxiliares. Sin embargo, esta tarea tropieza con importantes obstáculos porque la producción fragmentada da lugar en la práctica al cada vez más reducido tamaño de las empresas españolas, lo que de entrada hace que en muchas de ellas no se lleven a cabo elecciones a órganos de representación de los trabajadores (comités de empresas y delegados de personal), y la representación sindical no es habitual en este tipo de empresas, no sólo porque para la existencia de delegado sindical haga falta que el centro cuente con al menos 250 trabajadores, sino porque incluso no existen secciones sindicales en este ámbito, derivado del hecho de que el modelo legal de sindicato potencia el sindicalismo de sector, habiendo quedado éste ahora relegado a un segundo plano en favor del de empresa. Es cierto, que esto ha hecho que muchas pequeñas empresas hayan propiciado la elección casi “*ad hoc*” de una representación estatutaria (delegado de personal) para aprovechar la ventaja de la preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa, como vía de “huida” o “descuelgue” del convenio de sector²⁴.

²³R. Escudero Rodríguez, “Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva”, en AA.VV. *Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva. XIV jornadas de Estudio sobre la Negociación colectiva*, CCNCC, MTAS, 2002. P. 54.

²⁴ Vid. al respecto el amplio y reciente estudio realizado por el Observatorio de la Negociación Colectiva de CC.OO sobre convenios colectivos de empresa posteriores a la reforma laboral de 2012,

El reto del ejercicio de la acción sindical en el contexto de una producción descentralizada se torna muy complejo²⁵, máxime si no se acompaña de reglas legales que resuelvan las disfunciones que produce en un modelo de sindicato que obedece a otra lógica diferente de relaciones entre empresa y sindicato basada en la interlocución entre dos partes. En un modelo sindical muy configurado legalmente, que no ha experimentado reforma desde que se adoptó en los años 80, en tanto que las relaciones laborales y el propio mercado de trabajo han experimentado profundos cambios desde entonces, hacen que el sindicalismo deba articular nuevas vías por las que canalizar su acción sindical, de manera tal que pueda intervenir en el ejercicio de su libertad en todos aquellos espacios de las relaciones laborales y del mercado de trabajo perdidos por la modificación de las normas, y en aquellos otros que aparecen como nuevas realidades sociales²⁶.

4. EL CAMBIO SINDICAL COMO RETO ANTE UNA REALIDAD SOCIAL EN TRANSFORMACIÓN

En no pocas ocasiones, desde diversos ámbitos se ha argumentado en torno a la crisis del sindicalismo en la actualidad, e incluso se ha calificado como sujeto anacrónico que no se ajusta a la realidad actual del mundo del trabajo²⁷. Como decía al inicio de esta aportación, y esto no es algo nuevo sino que le ha acompañado lo largo de su historia, acerca del sindicalismo siempre se han originado posturas muy diferenciadas que van interpretar la realidad de la situación según los prejuicios o incluso las ideologías que subyacen en las mismas. Desde luego, de lo que no cabe duda es que situaciones más difíciles que las actuales han sido superadas por los sindicatos a lo largo de su historia, al menos en occidente.

No obstante, y simplificando mucho la cuestión, las etapas histórica de una determinada sociedad no son comparables entre sí, de manera que en general no siempre valen las mismas soluciones que ya haya articulado en el pasado un so-

en el que se constata dicha huida, sobre todo en aspectos tan esenciales de la relación laboral como es la retribución o la distribución del tiempo de trabajo, en *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*, Coords. C. L. Alfonso Mellado, M. A. Almendro González, A. Merino Segovia, W. Sanguinetti Raymond y J. B. Vivero Serrano, edit. Lefebvre El Derecho, 2016.

²⁵ Para mayor detalle sobre la materia, vid. J. Cruz Villalón, “La actividad sindical en la empresa: viejos y nuevos problemas”, en AA.VV., *30 años de libertad sindical*, Dir. F. Valdés Dal Ré, Fundación Largo Caballero, pp. 96 y ss.

²⁶ A. Kaiero Uría, “Los retos del sindicalismo en el siglo XXI”, *Lan Harremanak*/2 (2000-I) (91-108) considera, en relación con la dualización entre quienes tienen empleo y los que están excluidos de él, que “Se puede constatar que los países en que más ha avanzado esta dualización son aquellos en que el sindicalismo es más débil. Esto ocurre en Estados Unidos, en Gran Bretaña y en España, probablemente los paraísos neoliberales actuales”.

²⁷ Como exponente máximo vid. F. A. Hayek : *Sindicatos ¿Para qué?* Unión editorial, 2009 (traducción de la segunda versión inglesa de 1984).

ciedad ante similares problemas. Y si algo caracteriza a la sociedad occidental actual en todos sus aspectos es la veloz transformación o cambio que experimenta incluso en sus elementos más estructurales que, si no fuera por las connotaciones peyorativas que conlleva, podríamos calificar de revolucionaria. En el mundo del trabajo también; en el que términos como globalización, crisis económica, austeridad, déficit público, flexibilidad, redes sociales y tecnología, competitividad, productividad, empleabilidad, sostenibilidad, segmentación laboral, precariedad, pobreza social, entre otros muchos, se han vuelto cotidianos.

Sin poder detenerme por razones de espacio en la enumeración de los cambios, que por otro lado son bastante conocidos en general, lo que sí llama la atención es la velocidad con la que se producen en la actualidad, incluida la intervención legislativa que pretende regularlos. En este contexto, la capacidad de reacción de los sujetos resulta esencial, reacción que no tiene por qué consistir en todo caso en adaptación a los cambios, pues en ocasiones la solución deseada puede consistir en evitar un cambio concreto, minimizarlo o sustituirlo por otro.

Siendo los sindicatos gran conocedores de la realidad social en la que actúan en cada momento y, por tanto, de los cambios que se producen y de cómo les afectan, se enfrentan al desafío de ser capaces de reaccionar con rapidez ante los mismos. Pero esto requiere, no sólo su toma de conciencia, sino una transformación de su dinámica y la urgencia de adoptar cambios en su funcionamiento, toma de decisiones, estrategias, organización, acción, etc., tales, que les permitan desenvolverse en las nuevas situaciones creadas e intervenir en ellas como pilar social. A nadie escapa que este reto requiere, como mínimo, un notable esfuerzo de medios humanos y económicos, en los que debe jugar un papel importante la afiliación que, en definitiva, son las personas que conforman el propio sujeto colectivo.

En mi opinión, resulta también de notable importancia a estos fines el conocimiento por parte de los sindicatos de las experiencias e iniciativas que sus homólogos europeos ponen en marcha, teniendo en cuenta que existen diferencias entre los modelos sindicales de unos países respecto de otros, tal como se pone en manifiesto en el ilustrativo informe del Instituto Sindical Europeo *El sindicalismo europeo: ¿De la crisis a la renovación?*²⁸, que concluye con el siguiente mensaje alentador para el sindicalismo: “*Concluimos que los sindicatos no están condenados por fuerzas externas a continuar su declive y alcanzar eventualmente la irrelevancia. Contra todas las adversidades, todavía tienen posibilidades de opciones estratégicas*”.

²⁸ Publicado en Cuadernos 40, de la Fundación 1º de Mayo, 2014.

NUEVAS FUNCIONES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SU IMPACTO SOBRE LAS RELACIONES ENTRE LEY Y CONVENIO

JESÚS CRUZ VILLALÓN

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

“el modelo de relaciones ley-negociación colectiva actualmente vigente en nuestro ordenamiento jurídico responde a un esquema perfectamente clásico: la norma estatal establece condiciones mínimas inderogables «in pejus» que, en cambio, pueden ser mejoradas por la autonomía colectiva” “al menos por ahora...el principio de norma mínima goza de buena salud” (1983)¹

“Lo único que ha ocurrido es que se ha producido un aumento significativo –aunque no explosivo– de los supuestos en que el legislador se sitúa a sí mismo en situación de subsidiariedad respecto de la regulación convencional” (1998)²

Manuel Ramón Alarcón

¹ Un concepto clásico de la relación entre Ley y convenio colectivo, en AA. VV. (F. Durán López coord.), Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo, Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, Córdoba 1983.

² Las relaciones Ley-convenio colectivo, en AA. VV. (E. Rojo Torrecilla coord.), Las reformas laborales de 1994 y 1997, ed. Marcial Pons, Barcelona 1998.

ÍNDICE

- 1.- LAS FUNCIONES ORIGINARIAS Y LAS TÉCNICAS DE RELACIÓN: TUTELA Y DUMPING SOCIAL RESPECTO DE LA SUPLEMENTARIEDAD
- 2.- FUNCIONES DE DIVERSIFICACIÓN NORMATIVA Y TÉCNICA DE COMPLEMENTARIEDAD
- 3.- NUEVAS FUNCIONES: DISTRIBUCIÓN DE SACRIFICIOS, GESTIÓN DE LA SEGMENTACIÓN LABORAL Y DE LA FLEXIBILIDAD LABORAL
- 4.- LA EMERGENCIA DE NUEVAS TÉCNICAS JURÍDICAS DE RELACIÓN
- 5.- LA EMERGENCIA DE TÉCNICAS PROHIBITIVAS O ALTERNATIVAS A LO NEGOCIABLE

1. LAS FUNCIONES ORIGINARIAS Y LAS TÉCNICAS DE RELACIÓN: TUTELA Y DUMPING SOCIAL RESPECTO DE LA SUPLEMENTARIEDAD

Las perceptibles importantes transformaciones que se vienen produciendo, desde hace ya bastante tiempo, en el funcionamiento de la economía de los países desarrollados, debidas al profundo proceso de la globalización, están influyendo decididamente sobre las funciones encomendadas a la negociación colectiva, lo que, a su vez, acaba provocando importantes cambios en la forma de establecerse las relaciones entre la norma estatal y los convenios colectivos.

En sus orígenes, la negociación colectiva se concibió exclusivamente como un instrumento de reforzamiento de la defensa de los intereses de los trabajadores, para superar el marcado desequilibrio de fuerzas entre las partes a nivel individual. De este modo, la negociación colectiva cumplía una estricta función de tutela de la posición jurídica de los trabajadores en el ámbito de las relaciones laborales. A tal efecto, en aquellos países en los que la normativa laboral desempeña también una función de establecimiento de un régimen de tutela del trabajador, por la vía de la fijación de reglas imperativas sobre la base de la prohibición de la renuncia de derechos por el trabajador en el contrato de trabajo, tales reglas de la legislación laboral se presentaban igualmente como mínimos de derecho necesario desde la perspectiva de la negociación colectiva. Desde esa óptica, la negociación colectiva se presentaba como la vía de mejora de las condiciones laborales desde el punto de vista de los trabajadores respecto de los estándares de obligado respeto contemplados legalmente.

En esa lógica de la función de tutela del trabajador, en los países de la Europa continental, donde en paralelo emerge también un claro intervencionismo de lo público en la fijación de condiciones de trabajo, la relación típica entre ley y convenio colectivo responde al modelo más clásico de la complementariedad o normas de derecho necesario relativo que introducen mínimos imperativos: la norma estatal fija condiciones de trabajo que actúan como el umbral inferior que en todo caso

puede ser superado por parte del convenio colectivo desde la perspectiva de los intereses de los trabajadores; la norma estatal se convierte en indisponible para la negociación colectiva en cuanto que mínimo de obligado respeto, pero abre paso en todo caso a su alteración en la medida en que incorpore reglas de superior tutela en beneficio del trabajador. Regla fácilmente articulable cuando lo regulado en la norma legal tiene un carácter cuantitativo: incremento de la cuantía retributiva, reducción de la duración de la jornada laboral.

Inmediatamente a continuación en el tiempo y en paralelo, la negociación colectiva pasará a cumplir una función adicional, consistente en evitar que la concurrencia empresarial se despliegue sobre la base de desigualdades de costes laborales. Desde este punto de vista se pretenderá que, como función añadida, la negociación colectiva conjure los riesgos de que la competencia mercantil provoque efectos de dumping social. Desde esta perspectiva se intentará que la competencia entre empresas se base en otros elementos, como serían los relativos a la productividad, el desarrollo tecnológico, la mayor calidad de los productos y servicios ofrecidos, pero garantizando que a igualdad de trabajo no se produzcan diferencias de costes laborales entre unas y otras empresas. A los efectos de lograr que la negociación colectiva cumpla esta nueva función la clave se encuentra en que la misma supere el ámbito empresarial, para asentarse creando un ámbito de aplicación multiempresarial a través de la conformación en ciertos modelos nacionales de una estructura de negociación a nivel sectorial, al mismo tiempo que se establezca la eficacia '*erga omnes*' del convenio colectivo desde la perspectiva sobre todo de su aplicación general al total de las empresas incluidas dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo. Dicho de otro modo, desde el punto de vista de la relación con la norma estatal, ello no requiere cambio alguno en la técnica jurídica de relación entre ley y convenio colectivo por lo que afecta al alcance regulativo de las condiciones de trabajo, por cuanto que la relación de complementariedad es igualmente adecuada para tal objetivo. La clave para el logro de esta función adicional se sitúa en el terreno de la estructura de la negociación colectiva (permitiendo la conformación del ámbito sectorial con primacía al empresarial) y en la eficacia del convenio colectivo (vinculante para los trabajadores y empresarios incluidos dentro de su ámbito de aplicación). Insistimos, lo importante desde la perspectiva que estamos analizando aquí, será que esta segunda función no comportará alteración, corrección o matización de las técnicas de relación más clásicas entre ley y convenio colectivo, basadas en la complementariedad o norma mínima.

2. FUNCIONES DE DIVERSIFICACIÓN NORMATIVA Y TÉCNICA DE COMPLEMENTARIEDAD

También desde sus orígenes nuestros modelos clásicos de negociación colectiva se convertirán en un útil instrumento de respuesta a los requerimientos de di-

versificación normativa que van surgiendo en el seno del mercado de trabajo, apenas que el Derecho del Trabajo experimenta una fuerte tendencia hacia la expansión subjetiva pretendiendo aplicar todas sus normas al conjunto de la población asalariada, al mismo tiempo que el desarrollo económico comienza a mostrar multitud de singularidades en las relaciones laborales de cada uno de los sectores y actividades productivas. Apenas que la legislación laboral estatal pretenda ser de aplicación al conjunto del mercado de trabajo, advierte la enorme dificultad de establecer reglas precisas y plenas de aplicación universal al total de la población asalariada. La falta de homogeneidad de la actividad económica, bien lo sea por razón del sector productivo o bien lo sea por razón del territorio, muestra inmediatamente cómo las reglas uniformes para todos los empleadores y trabajadores sólo se pueden establecer desde la norma estatal para determinadas instituciones marco general de las relaciones laborales, pero que otras materias requieren de notables especialidades por razón de la profesión, del sector productivo o del territorio, conforme a un modelo clásico que se ha conocido como de diversificación normativa. De este modo, la diversificación normativa puede aparecer en algunos sistemas perfectamente atendida por parte de la negociación colectiva, en la medida en que una estructura de cierta pluralidad como suele ser lo habitual en un mapa complejo de la negociación colectiva permite el establecimiento de reglas idóneas y más detalladas por razón del sector, el territorio o la profesión.

Ciertamente, en algunas ocasiones la propia norma estatal, a través de diversas especialidades, puede llegar también a atender a esa función de diversificación normativa, bien lo sea por la vía de la conformación de relaciones laborales especiales, pluralidad de modalidades contractuales o bien regímenes de jornadas especiales. Pero ello difícilmente se puede llevar a cabo de manera plena de no acudir a un sistema capilarizado y reticular de legislación estatal extensiva. Por ello, lo habitual es que apenas emergen los requerimientos precedentes de diversificación normativa, ellos sean atendidos también por la negociación colectiva, lo cual afianza notablemente el rol protagonista del convenio colectivo en el correspondiente sistema de relaciones laborales. A estos efectos, el devenir histórico de nuestro modelo ha sido bastante heterodoxo, dado que la agobiante intervención política en todos los ámbitos propia del franquismo, unida a la bien conocida marginación de la autonomía colectiva durante el mismo, condujo a una importante centralidad de las Ordenanzas Laborales, que vinieron a ocupar el espacio natural de los convenios y con ello a atender a las exigencias aludidas de diversificación normativa. Eso sí, apenas que nuestro sistema tiende a normalizarse y homologarse en la clave propia de cualquier sistema democrático de relaciones laborales basado en un auténtico reconocimiento de la autonomía colectiva, se verifica el inexorable proceso de desaparición de las Ordenanzas Laborales, con la correlativa asunción del papel propio de regulación especializada por sectores, territorios y profesiones que le debe corresponder a la negociación colectiva como instrumento de atención a la función de diversificación normativa.

Contemplada esta nueva función de atención a los requerimientos de la diversificación normativa desde el punto de vista de las técnicas jurídicas de relación entre ley y convenio colectivo, las mismas pueden continuar con lógicas precedentes a las originarias, si acaso enriquecidas por medio de otras técnicas adicionales.

En efecto, desde la perspectiva de esta otra función, no cabe la menor duda de que la fórmula de la suplementariedad puede atender perfectamente a las exigencias de la diversificación normativa. La fórmula del estándar común a toda la población asalariada por medio de la normativa estatal, vía norma mínima, que sucesivamente viene precisado con reglas de mayor intensidad en la tutela al trabajador en cada sector, territorio o profesión por parte de la negociación colectiva, puede ofrecer puntual respuesta a los requerimientos propios de la diversificación normativa.

Eso sí, la suplementariedad se mueve esencialmente en el terreno de la fijación cuantitativa de condiciones de trabajo, con menor capacidad de juego cuando nos referimos a reglas de carácter cualitativo. Para este otro terreno, la función no se atiende exclusivamente, ni siquiera debidamente, por medio de la suplementariedad. Ello determina la generalización de una nueva técnica de relación entre ley y convenio colectivo, a través de la ya también clásica regla de la complementariedad: la norma estatal establece criterios generales de la institución, que sean referibles al conjunto de las empresas y población asalariada, que sucesivamente venga perfeccionada, por medio de reglas de desarrollo o concreción por parte de la negociación colectiva. La fórmula es moldeable en términos muy diversos, por cuanto que cabe desde una regulación relativamente precisa por parte de la norma estatal, que deje un juego de complementariedad de carácter eminentemente técnico y poco innovador a la negociación colectiva, hasta una regulación de elevada generalidad a través de simples principios orientadores, que proporcione un espacio de mayor calado y con intensa capacidad de diversificación regulativa.

En todo caso, desde la perspectiva más significativa en la clave que estamos analizando, con esa nueva incorporación de funciones y esa nueva técnica de relación, la negociación colectiva mantiene su lógica tradición, esencialmente de tutela de los intereses de los trabajadores, incluso se podría afirmar que la perfecciona logrando dosis superiores de efectividad. Lo decisivo será que ambas técnicas de relación entre Ley y convenio colectivo, no entran en contradicción, sino que, por el contrario, actúan en planos diversos, se enriquecen mutuamente y se refuerzan entre ellas: la norma estatal sigue cumpliendo un papel de fijación de estándares mínimos y la negociación colectiva atiende a su papel de tutela laboral del trabajador y de freno al dumping social interempresarial.

3. NUEVAS FUNCIONES: DISTRIBUCIÓN DE SACRIFICIOS, GESTIÓN DE LA SEGMENTACIÓN LABORAL Y DE LA FLEXIBILIDAD LABORAL

Las transformaciones tanto de las funciones como de las técnicas de relación son de mayor calado cuando, desde hace ya unas cuantas décadas, se alteran notablemente las economías desarrolladas, evolucionando hacia modelos más abiertos, de plena intensificación de la competitividad empresarial en todos los frentes y, a la postre, en un escenario de plena globalización de la actividad económica. Proceso de globalización que se ve acompañado por la decadencia del modelo fordista de producción, el desplazamiento de la centralidad de la ocupación desde el sector industrial hacia el sector servicios, la extensión de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, así como la intensificación de las fórmulas de descentralización productiva en la organización de las empresas; sin olvidar novedades más recientes, pero de intenso calado, como son las derivadas de la introducción del euro como moneda única europea, así como de los imperativos derivados de la nueva gobernanza europea.

Todo ello acaba confluyendo en presiones a favor de reformas laborales más o menos intensas en la generalidad de los países europeos con sistemas laborales de intenso intervencionismo en lo normativo, particularmente incisivas en los países periféricos de la Unión Europea. Tales reformas inicialmente han ido enfocadas hacia cambios en la normativa estatal, pero en poco tiempo también han dado lugar a que el foco de atención se ponga en la negociación colectiva y en las funciones que la misma debe asumir en el nuevo escenario económico.

Todos estos cambios sucesivos y acumulados, que van en progresión tanto por lo que refiere a sus contenidos materiales como a su intensidad, cuando menos hasta la actualidad, no puede decirse que se presenten como una negación o anulación de las funciones más clásicas de la legislación laboral y, en particular, de la negociación colectiva. Una lectura de conjunto de la vigente normativa respecto de la mayoría de los ordenamientos laborales de la Europa continental y, por ende, también de España, muestra que la normativa laboral se mantiene en gran medida dentro de la lógica de tutela de la posición jurídica del trabajador. Y, como consecuencia de ello, también puede constatararse que la técnica de la suplementariedad en las relaciones entre ley y convenio colectivo pervive en muchas de sus manifestaciones institucionales. En definitiva, a estas alturas puede seguir afirmándose con Manuel Ramón Alarcón que el principio de norma mínima goza de buena salud entre nosotros.

Ahora bien, lo anterior no comporta minusvalorar las transformaciones que se han producido y, en particular, quitar importancia al impacto que las mismas están teniendo sobre las funciones de la negociación colectiva, con consecuencias notables sobre las relaciones entre ley y convenio colectivo. Para captar en toda su tras-

cendencia la evolución funcional y normativa en esta materia, resulta imprescindible enfocar el análisis hacia un arco temporal amplio, de valoración en su conjunto de todo lo acontecido desde la década de los años '80 del siglo pasado hasta el momento presente, no concentrando la mirada exclusivamente en una concreta reforma laboral ni en una específica novedad en la negociación colectiva. Los cambios a estos efectos resultan paulatinos, puede que reducidos a resultados de cada concreta reforma, pero que produciéndose en clave aluvional como acumulación sucesiva de novedades puntuales, acaban dibujando un mapa funcional y normativo cualitativamente diversos. Ese nuevo mapa no llega a suprimir, como ya hemos indicado, las funciones y técnicas normativas más tradicionales, que conviven con las nuevas, por lo que el balance general resulta más difícil de efectuar, pero que, en todo caso, se trata de nuevas funciones y técnicas que, como efecto reflejo, afectan debilitando en parte a las más clásicas.

Desde esta perspectiva, conviene recordar someramente cómo paulatinamente la negociación colectiva ha pasado de desplegar una función exclusivamente adquisitiva (de reconocimiento de nuevos derechos y garantía a los trabajadores) a cumplir igualmente una misión adaptativa (de acomodación de las condiciones de trabajo a los cambios del ciclo económico general o empresarial particular). En esta nueva perspectiva, los contenidos de los convenios no se pueden ya concebir como un simple *in crescendo*, en clave de irreversibilidad de los estándares alcanzados en un momento dado, sino que pasan a ser en clave de incremento o disminución de intensidad en función de las expectativas económicas de las empresas y de la actividad económica. Ello, sobre todo, se presenta especialmente novedoso en los momentos depresivos, donde las crisis, sean globales o particularizadas, exigen una reducción de la protección o garantías, lo sean en los tiempos de trabajo o incluso en los niveles retributivos. No sólo se trata de superar presunciones nunca aseguradas de blindaje de los derechos adquiridos a título individual sino igualmente en lo incorporado a los convenios colectivos, con lo cual se comienza a alterar la función del convenio colectivo que progresivamente pasa a ser más adaptativa que adquisitiva permanente.

A tenor de lo anterior, partiéndose de la aceptación de que en determinadas fases o circunstancias la evolución de los contenidos de los convenios lo debe ser en clave de deterioro de condiciones desde la perspectiva de los intereses de los trabajadores, ello conduce a que, lo quiera o no, el convenio colectivo debe asumir una función no menos relevante de distribución de sacrificios entre el conjunto de la población asalariada o, dicho con más precisión, del conjunto de los trabajadores incluidos dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo, sea éste sectorial o empresarial. Tarea nada fácil, por cuanto que el sindicato que protagoniza la negociación del convenio debe asumir un rol nada fácil de gestionar junto con la empresa o la asociación empresarial, la gestión de esa distribución de sacrificios, con la natural incomprensión por parte de los perjudicados.

A su vez, en ese marco de distribución de sacrificios, emergen escenarios de intensa segmentación del mercado de trabajo, en el sentido de que los sacrificios no se distribuyen de manera homogénea entre todos, sino que unos los soportan con mucha mayor intensidad que otros. En muchas ocasiones ese fenómeno de segmentación del mercado de trabajo deriva de impulsos externos a la negociación colectiva, si bien no por ello la misma tiene que enfrentarse a un panorama mucho más complejo, debiendo dar respuesta a los retos de justicia distributiva que inmediatamente provocan los resultados claramente patológicos que manifiestan los fenómenos propios de la segmentación laboral. Además, tampoco puede ocultar que, en ciertas ocasiones, ante la indiscutible dificultad que presenta la función adaptativa de reducción de condiciones, emerge como vía de escape o de mal menor el hecho de que acaba siendo la propia negociación colectiva un instrumento de incremento de la segmentación laboral, ya de por sí connatural al desenvolvimiento del mercado de trabajo. Sea cual sea el diagnóstico de las causas desencadenantes del fenómeno de la segmentación, en todo caso, lo que resulta inevitable es que en este nuevo contexto la negociación colectiva se enfrenta como nuevo reto a asumir, la nueva función de gestión de la segmentación laboral, bien en clave de conjurarla o bien con vistas a reducir en la medida de lo posible su expansión. Y, obviamente, tal nueva función de gestión de la segmentación conduce a una nueva lectura de la actuación en el modo de regular sus contenidos los convenios colectivos.

Finalmente, ya como perspectiva de carácter general, las inexorables exigencias de flexibilidad laboral impuestas en el seno de las empresas impactan de manera generalizada y no poco profunda a los procesos de negociación colectiva. En efecto, la misma no pueda actuar a espaldas de una gestión cada vez más flexible de las condiciones de trabajo en las empresas analizado en lo micro y en el mercado de trabajo visto desde la perspectiva de lo macro. En la medida en que la negociación colectiva mantenga su voluntad de seguir constituyendo una institución central dentro del sistema de relaciones laborales, no puede actuar a espaldas de ese contexto de funcionamiento cada vez más flexible de las relaciones laborales. En suma, en la medida en que quiera actuar en este nuevo contexto e influyendo sobre el mismo, deberá asumir como función adicional la correspondiente a la gestión de la flexibilidad, si no quiere verse abocada a un modelo de flexibilidad unilateral que prescinda por completo de la negociación colectiva y la acaba debilitando hasta límites insospechados.

4. LA EMERGENCIA DE NUEVAS TÉCNICAS JURÍDICAS DE RELACIÓN

Todas las nuevas funciones así descritas de manera sumaria (distribución de sacrificios, gestión de la segmentación laboral y de flexibilidad), impactan decididamente sobre aspectos institucionales muy variados de la negociación colectiva y, más ampliamente, de terrenos estrictamente ajenos a la negociación colectiva que indiscutiblemente por su intervención fronteriza provocan consecuencias inme-

diatas sobre los propios convenios colectivos. Dicho de otro modo, todas esas nuevas funciones inciden no exclusivamente sobre los contenidos negociales y las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo, aunque también influyen perceptiblemente sobre esto último, que es lo que constituye el objeto central de nuestro análisis.

En efecto, en su origen, con proyección hasta la actualidad, esas funciones nuevas se producen en muchas ocasiones extramuros la negociación colectiva; o bien, más importante aún, se verifican intramuros de la negociación colectiva si bien se articulan sobre cambios en elementos regulativos ajenos a las reglas de relación de la norma estatal con los contenidos convencionales: sucesión normativa entre convenios que permite la reducción de sus estándares por la vía de que el convenio posterior sustituye en su totalidad al anterior sin admisión de mecanismos de garantía de derechos adquiridos, mecanismos de descuelgue convencional que permiten inaplicación de los estándares pactados colectivamente con precedencia, preferencia aplicativa de los convenios que fijan condiciones menos favorables para los trabajadores, fomento y desarrollo de la negociación colectiva en los procesos de reestructuración empresarial que desembocan en acuerdos de empresa que acaban convirtiéndose en nuevos instrumentos de gestión pactada de la flexibilidad, nueva funcionalidad de la eficacia *erga omnes* de los convenios colectivos como mecanismo de imposición de lo pactado en clave adaptativa y peyorativa incluyendo a los trabajadores no afiliados o de sindicatos no firmantes dentro de tal vertiente perjudicial, el uso instrumental de la estructura de la negociación colectiva en el marco de la descentralización productiva que habilita para fórmulas diferenciales de condiciones de trabajo, el margen de licitud otorgado a las fórmulas de dobles escalas salariales como mecanismos adaptativos, entre otros.

En la medida en que los procesos de flexibilización y de reducción adaptativa se verifiquen a través de estos canales, el resultado a los efectos que estamos analizando aquí será que ello permitirá mantener los tradicionales principios de relación entre norma estatal y convenio colectivo, de modo que podrá valorarse no sin razón que pervive con solidez el principio de norma mínima. Eso sí, una pervivencia de tal principio que como conclusión a secas y aislada puede resultar de todo punto distorsionante de la realidad en la que nos desenvolvemos; distorsionante de la realidad por cuanto que la suplementariedad deja de ser, como en el pasado, el instrumento que permite garantizar férreamente una funcionalidad exclusivamente adquisitiva del convenio colectivo.

En todo caso, más allá de que esas nuevas funciones se puedan materializar sin necesidad de anular el principio de norma mínima o suplementariedad en la relación ley-convenio, lo cierto es que con el paso del tiempo incluso van surgiendo también nuevas técnicas normativas que suponen establecer también nuevas relaciones entre ambas fuentes del ordenamiento laboral.

En esas nuevas relaciones entre la norma estatal y la negociación colectiva se aprecian dos actitudes básicas de parte del legislador frente al rol que a partir de ahora debe desplegar el convenio colectivo frente a las nuevas funciones que se pretende asuma en su conjunto el sistema de relaciones laborales. De un lado, una actitud de reforzamiento del protagonismo del convenio colectivo que, si bien se le orienta hacia la asunción de esas nuevas funciones en lo adaptativo al cambio del ciclo económico y de atención a los requerimientos de flexibilidad empresarial, se le hace partícipe de la gestión del cambio y, por tanto, se le invita a gestionar la flexibilidad; esta primera actitud es la que sobre todo da lugar al surgimiento de nuevas reglas de relación entre norma estatal y convenio colectivo, que se adicionan a la tradicional propia de la suplementariedad. De otro lado, una actitud de marcada desconfianza hacia la negociación colectiva, concibiéndola como institución de resistencia y contención de las presiones hacia la introducción de mayores dosis de flexibilidad empresarial, por lo que la intervención legal se orienta hacia el debilitamiento de la negociación colectiva, de la sustracción de la capacidad regulativa a los efectos de que las dosis que se consideran necesarias de flexibilidad se articulen por vías paralelas o alternativas a la negociación colectiva propiamente dicha, para lo cual se establecen reglas que impiden que la negociación colectiva pueda actuar como obstáculo a los objetivos y fines pretendidos por determinadas reformas laborales acometidas desde la norma estatal.

Ambas actitudes, como puede fácilmente intuirse, de principio se presentan en clave antagónica, por cuanto que la primera conduce a una mayor centralidad de la negociación colectiva mientras que la segunda se materializa en una restricción del margen de actuación de la propia negociación colectiva. No obstante, en nuestro vigente ordenamiento jurídico se pueden percibir la presencia al propio tiempo de manifestaciones de una y otra actitud, bien lo sea porque tienen su origen en reformas legislativas de momentos diferentes con opuestas concepciones de la negociación colectiva pero que conviven en la regulación actual, o bien porque se interviene con actitudes diferenciadas según la materia objeto de regulación y del grado de protagonismo que se le desee otorgar a la negociación colectiva.

Si nos centramos en primer lugar, en la primera de las actitudes mencionadas, de reforzamiento del protagonismo del convenio colectivo, advertimos a su vez formas muy variadas de establecer las relaciones entre la Ley y el convenio colectivo, según la intensidad de la intervención convencional que se desee introducir. Así, a título meramente ejemplificativo, y sin poder con ello llegar a proporcionar una ponderación de conjunto del proceso acumulativo aluvional al que ya nos hemos venido refiriendo, cabe enumerar el siguiente nuevo tipo de relaciones entre Ley y convenio colectivo, incorporadas con sucesivas reformas.

Haciendo una mención secuencial en atención a las primeras manifestaciones que fueron surgiendo, mencionaríamos en primer lugar aquellas previsiones le-

gales que facultan al convenio colectivo para establecer un régimen más limitativo de derechos individuales: la ley de principio otorga un derecho subjetivo al trabajador, pero que sucesivamente permite que sea corregido o limitado por el convenio colectivo. Así, por ejemplo, en un panorama de gestión negocial de los excedentes de empleo, lo primero que hizo la legislación laboral fue convertir el pasar de un principio general de voluntariedad de la jubilación del trabajador a un modelo en el que se permitía al convenio colectivo sustraer esa libre voluntad a cada trabajador individual para regular fórmulas de jubilación obligatoria. Si bien, posteriormente, el legislador, por motivos diversos, cambie de orientación en esta concreta materia, ha sido una larga práctica convencional la que se ha desarrollado en este terreno, se ha extendido a otras vertientes de la gestión de las regulaciones de empleo, incluso ha provocado que establecida la prohibición posterior en esta materia, la negociación colectiva busque fórmulas alternativas que produzcan resultados semejantes. Dentro de este grupo cabría mencionar también las reglas sobre conversión de las horas extraordinarias de voluntarias en forzosas a través de la negociación colectiva.

La segunda de las fórmulas, una de las más conocidas y extendidas, será la correspondiente a la aparición de la relación de supletoriedad o de subsidiariedad (según denominación alternativa por parte de unos u otros autores), que comporta una regulación en la norma estatal, que puede ser alterada, tanto en clave ampliatoria como reductiva de derecho de los trabajadores, visto en clave opuesta de flexibilidad empresarial. Ejemplo paradigmático de ello será la regulación general de la duración del período de prueba contemplada en el Estatuto de los Trabajadores, con fijación de duraciones que juegan como indisponibles para el contrato de trabajo pero alterable en cualquier sentido por el convenio colectivo. En este mismo grupo se podrían mencionar las reglas relativas a la fijación de establecimiento de distribución de manera irregular de la jornada a lo largo del año, con un porcentaje referencia en la ley pero plenamente alterable por la negociación colectiva.

La tercera de las fórmulas, como una cierta variante de lo anterior, si bien más limitativa, sería la técnica de fijación de topes máximos y mínimos por parte de la norma estatal, que a modo de técnica horquilla, permite al convenio colectivo alterar la previsión legal, si bien lo sea dentro de determinados límites. Ejemplo paradigmático de ello será la regulación de la duración de algunos contratos temporales causales así como de los contratos formativos, con límites mínimos y máximos de duración dentro de los que se permite que se mueva la negociación colectiva. En los mismos términos juega la regulación actual del porcentaje de las horas complementarias a fijar vía contrato de trabajo, con un límite que puede ser alterado por el convenio colectivo pero con un tope, de modo que se juega del mismo modo entre una horquilla mínima y máxima. Comoquiera que las tipificaciones teóricas a veces se presente como simplificadoras y formales en exceso, en ocasiones no encajan del todo con lo que se pretende exponer. Me refiero al hecho

de que desde cierta perspectiva estos ejemplos también se podrían citar como exponente de la segunda de las actitudes del legislador frente a la negociación colectiva. En efecto, en tales casos lo que se hace es introducir un estándar de tutela del trabajador en la norma estatal, llamando a una posible intervención de la negociación colectiva, pero que siempre y en todo caso debe tener un alcance en la dirección de provocar un incremento de los márgenes de flexibilidad a introducir por el convenio colectivo, nunca en la dirección opuesta de limitar o contender tales márgenes de flexibilidad.

La cuarta de las fórmulas sería aquella conforme a la cual la norma estatal permite al convenio colectivo establecer reglas siempre y sólo en la dirección de incrementar dosis de flexibilidad a favor de la empresa; en este caso el legislador estatal parte de fijar un umbral de flexibilidad, pero con posibilidad de que la negociación colectiva lo intensifique. En la práctica despliega una funcionalidad muy similar al supuesto precedente de la técnica horquilla, pues si bien formalmente no existe tope a ese incremento de flexibilidad por propia naturaleza de la institución sí que existe. Ejemplo en este caso sería la regulación del preaviso de la realización de horas complementarias, en cuyo caso el convenio colectivo sólo puede reducir el duración del preaviso, se entiende con un límite por naturaleza en la medida en que aunque no se diga expresamente se presupone que no puede eliminar la existencia del preaviso por muy reducido que sea éste.

5. LA EMERGENCIA DE TÉCNICAS PROHIBITIVAS O ALTERNATIVAS A LO NEGOCIABLE

Como indicamos en el apartado precedente, al margen de las relaciones directas entre Ley y convenio colectivo, aparecen unas relaciones indirectas o incluso una negación de diálogo entre ambas fuentes, que serían las expresivas de la otra actitud de desconfianza frente a la negociación colectiva que conducen a impedirle actuar o a la búsqueda de canales alternativos a la flexibilidad gestionada al margen de la negociación colectiva.

La expresión más evidente y al propio tiempo la más cruda se produce allí donde la normativa estatal impide o le prohíbe intervenir al convenio colectivo.

No cabe la menor duda de que desde sus orígenes, por razón de su naturaleza contractual o de toma en consideración de estrictos intereses privados, se contemplaban multitud de aspectos regulados por el ordenamiento estatal de imposible incidencia por parte de la negociación colectiva. Al tratarse de materias de afectación a intereses generales de la comunidad, intereses públicos o de incidencia sobre intereses particulares pero de afectación a terceros ajenos al ámbito de aplicación del convenio colectivo, se establecía desde sus inicios una amplia prohibición de intervención, a cuyo efecto se construye la noción de “orden público laboral”, que es

la que fundamenta los límites intrínsecos de lo pactable colectivamente. Incluso a ciertos efectos, la técnica de la reserva normativa viene a desplegar un resultado similar.

Ahora bien, la novedad que aparece en tiempos recientes es que, aunque por medio de una técnica de relación tan tradicional como es la prohibición regulativa o la reserva normativa, ahora se extienden este tipo de límites o impedimentos pero en la actualidad en el marco de la nuevas funcionalidades atribuidas al ordenamiento laboral, ajenas a la lógica de la tutela del trabajador. Ahora el legislador establece un marco que considera imprescindible de flexibilidad a favor del empleador, que, por tanto, no puede ser corregido o eliminado por parte de la negociación colectiva. Visto desde otra perspectiva, ahora lo que hace el legislador es canalizar la flexibilidad a través de procedimientos diversos, que tienen en común el resultar inexpugnables por la negociación colectiva. Se sustrae a la negociación colectiva el protagonismo y se sitúa en otra sede.

En unos casos, lo que hace el legislador es reconducir la flexibilidad a la autonomía individual de la voluntad, de modo que es en sede del pacto individual, más o menos real desde la perspectiva material, donde se fija el margen de flexibilidad, pero sin que en esa materia pueda actuar la negociación colectiva. Por ejemplo, tal sucede cuando el legislador abre paso a los pactos de polivalencia funcional vía contrato de trabajo, que incrementan las dosis de flexibilidad empresarial sin que los mismos puedan ser contradichos por vía del sistema de clasificación profesional establecido en la negociación colectiva.

En otros casos, lo que hace la norma estatal es dirigirse directamente a las facultades unilaterales del empleador, reconociendo al mismo determinadas dosis de flexibilidad laboral, que como tales no pueden ser alteradas por la negociación colectiva. Por ejemplo, así sucede también con el vigente régimen de movilidad funcional otorgado a favor del empleador, que en los términos en los que se encuentra regulado legalmente se mantienen sin posibilidad de reducción por parte del convenio colectivo, ni siquiera admitiendo su limitación una vez más por la vía del sistema de clasificación profesional que pueda establecerse a través del convenio colectivo de aplicación. O bien, la previsión del período de prueba de un año en los contratos de trabajo indefinidos para empresas de menos de 50 trabajadores, para los que no se permite que el convenio colectivo altere la duración de dicho período de prueba fijado por la norma estatal.

Conviene también advertir, para cerrar el panorama, que, en otras ocasiones, la intervención legislativa es más imprecisa u oculta, pues sin llegar a utilizar la técnica prohibitiva, lo que hace es proceder a establecer una regulación desde la ley autosuficiente. Se trata de una autosuficiencia que, de un lado, no contempla, como en otras ocasiones, reiteradas remisiones a la intervención convencional como ha

llevado a cabo con reformas en las que era más propenso a la colaboración entre ambas fuentes, al propio tiempo que, de otro lado, la precisión legal regulativa llega a tal detalle que concibe perfectamente funcional la aplicabilidad plena de la institución objeto de regulación sin intervención de la negociación colectiva, ni siquiera en clave de complementariedad. Formalmente no establece un mecanismo de reserva de ley, pero materialmente despliega un resultado prácticamente idéntico.

Contemplado en su conjunto, sin poder ponderar al detalle la intensidad de todas las nuevas técnicas de relación ley-convenio ni de valorar su intensidad, lo que es evidente es que las nuevas fórmulas conviven con la tradicional relación de complementariedad. A vista de pájaro puede considerarse que el carácter protector y de tutela de la posición jurídica del trabajador prevalece como decisivo dentro de las funciones del convenio colectivo; por tanto, resulta igualmente indiscutible que permanece como central todavía el criterio de la complementariedad y de la pervivencia de la norma mínima. Pero, al propio tiempo, ello no desmerece de la trascendencia acumulativa de las nuevas fórmulas y, por ende, de la progresiva intensificación de las relaciones propiciadoras de una intervención del convenio colectivo en clave de gestión de la flexibilidad empresarial. Hasta donde pueda evolucionar el modelo de futuro es difícil adivinarlo, por cuanto que las reformas que se puedan avecinar es difícil intuirlos y menos aún calibrarlos; aunque en todo caso sí que puede considerarse ya como pacífico que estos cambios funcionales y de técnicas jurídicas se asientan con solidez como seña de identidad del actual modelo de relaciones laborales, adquiriendo carácter estructural dentro de nuestro sistema de negociación colectiva y, en definitiva, obligan, por ende, a un nada fácil equilibrio tanto del conjunto de las funciones de la negociación colectiva como de las técnicas de relación ley-convenio que le acompañan.

LA OBRA TEÓRICA DE MANUEL RAMÓN ALARCÓN. HUELGA EN SERVICIOS ESENCIALES DE LA COMUNIDAD

ANTONIO BAYLOS GRAU

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

ÍNDICE

- 1.- LA REFLEXIÓN SOBRE EL DERECHO DE HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES EN EL CONTEXTO DEL DEBATE SOBRE EL PLOH
- 2.- UNA BREVE ANOTACIÓN AL SOCAIRE DE LA HUELGA DE FUNCIONARIOS
- 3.- UNA RECAPITULACIÓN SOBRE LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES

1. LA REFLEXIÓN SOBRE EL DERECHO DE HUELGA EN LOS SER- VICIOS ESENCIALES EN EL CONTEXTO DEL DEBATE SOBRE EL PLOH

Manuel Ramón Alarcón (MRA) fue un jurista total, especialmente comprometido ideológicamente con un proyecto de profunda transformación social y que mantuvo en todos los temas que abordaba una perspectiva crítica y original. Su etapa catalana, primero en la UAB de 1987 a 1991 y luego en la Pompeu Fabra entre 1992 y 1994 coincide con una intensa actividad organizativa de una forma de producción teórica ligada al debate y a la discusión entre universitarios, abogados, inspectores de trabajo y magistrados de la que dan cuenta las Jornadas Catalanas de Derecho del Trabajo y un incremento de sus publicaciones posiblemente más

(re)conocidas, junto con un momento de extrema vitalidad sindical marcada por la unidad de acción entre CCOO y UGT, que tiene en la huelga general – realmente nacional – del 14 de diciembre de 1988 su cénit y que luego se prolongará en tres años de desarrollo de propuestas de regulación de las relaciones laborales en un proceso de interlocución política directa con el poder público y en el que la apertura del sindicalismo confederal a un buen número de expertos en derecho del trabajo marcó decisivamente las políticas del derecho en esos años. Naturalmente MRA participó activamente de esta relación entre iuslaboristas académicos, abogados y sindicalistas, que dirigían en aquel momento las secretarías de acción sindical de CCOO, con Agustín Moreno, y de UGT con Apolinar Rodríguez.

En la etapa que va de 1989 a 1993, hasta la disolución de las Cortes el 1 de abril de aquel año, un tema central en la discusión política y jurídica va a ser precisamente el de la huelga, especialmente a partir de los conflictos muy relevantes que se realizan en el sector de transportes y que motivan el envío de un proyecto de ley de huelga por el gobierno de regulación del derecho de huelga¹. Era un tema muy sensible para el movimiento sindical, y además justo en 1990, en Italia se había promulgado una ley que disciplinaba el derecho de huelga en los servicios esenciales, que había sido objeto de un intenso debate doctrinal y político y que obedecía a un documento de conjunto elaborado por una serie de profesores universitarios italianos que habían trabajado de forma unitaria para las tres confederaciones sindicales, dando vida a un proyecto de regulación en el que la autonomía colectiva negociada constituía el eje central del mismo.

El proyecto de ley del gobierno fue rechazado por los sindicatos CCOO y UGT, quienes convocaron a un grupo de juristas para que éstos elaboraran un texto alternativo que luego fue negociado – y ampliado, puesto que el texto original de la comisión de expertos se ceñía a la huelga en servicios esenciales, es decir, a la fórmula del art. 28.2 CE – con los grupos parlamentarios y en especial con el del PSOE, hasta obtener un texto de acuerdo que habría de ser votado favorablemente en el Congreso en primera votación y posteriormente en el Senado, si bien la disolución de las Cortes para convocar elecciones impidió que se votara de vuelta en el Congreso y por tanto que se pudiera promulgar lo que habría sido la Ley Orgánica de Huelga que desarrollara el art. 28.2 CE. Un hecho lamentable puesto que, como afirma MRA, recordando ese momento, “contenía una regulación del fenómeno de la huelga – y especialmente de la huelga en los servicios esenciales de la

¹ La descripción de los acontecimientos viene recogida en el trabajo de Jose Maria Zufiaur, “Introducción” a Ley de Huelga, Instituto Sindical de Estudios, Madrid, 1993, pp. 1-5

comunidad – imaginativa y ponderada, así como muy rigurosa desde el punto de vista de la técnica jurídica”².

Es evidente que en este grupo de juristas se hallaba MRA, y que como sucedía siempre, mantuvo una posición relevante en las discusiones y trabajos del mismo. A estas discusiones aportó una intervención previa que había escrito en las páginas de la revista *Relaciones Laborales* exponiendo no sólo una crítica muy razonada y completa a las “insatisfacciones” que generaba la doctrina constitucional sobre esta materia, sino avanzando una determinada propuesta de regulación de la huelga en los servicios esenciales de la comunidad³. En ella se esbozaba de forma muy nítida la función que debería desempeñar cada uno de los instrumentos reguladores y el rol que habrían de jugar los sujetos implicados, y es interesante rescatar esta parte por las aportaciones que ya desde entonces marcarán el enfoque de cuestiones importantes en esta materia.

Bajo la denominación de “un modelo mixto deducido de ciertos principios”, que como él mismo autor reconoce está “bastante inspirado” en la ley italiana, MRA parte de un papel de “encuadramiento general” por parte de la ley, en cuanto a la definición de los servicios esenciales por un sistema de lista, coloca el centro de gravedad en la autorregulación de los huelguistas como elemento clave en la propuesta de servicios mínimos – el mantenimiento de un cierto nivel de funcionamiento de los servicios afectados por la huelga – que también pueden ser acordados colectivamente mediante la pactación de los mismo, y residencia “la voz de los usuarios” en la autoridad gubernativa, lo que consistirá en una de sus tesis originales en las que insistirá en posteriores intervenciones. Ante la debilidad organizativa de las organizaciones representativas de los usuarios afectados por la huelga, “no plantearía ningún escrúpulo en atribuir a la autoridad gubernativa la representación *ex lege* (debería, pues, verse expresamente en la ley) de los usuarios de servicios esenciales o, si se prefiere utilizar las palabras de la Constitución, de la comunidad”⁴. El cuadro se cierra mediante el establecimiento de un control judicial *ex ante* basado en las posibles discrepancias surgidas entre los huelguistas y los usuarios, siempre representados por la autoridad gubernativa.

² Manuel Ramón Alarcón, “Huelga en los servicios esenciales de la comunidad”, en VV.AA. La regulación de la huelga en España”, número monográfico de la Revista del Instituto de Estudios Económicos nº 2-3 (2010), p. 238.

³ Manuel Ramón Alarcón, “Un posible modelo de regulación de la huelga que afecte a servicios esenciales de la comunidad”, *Relaciones Laborales* nº 19 (1991), pp. 8-22, que recoge la comunicación presentada a las Jornadas organizadas por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado sobre “Los derechos fundamentales y las libertades Públicas”, celebradas en Madrid en mayo de 1991.

⁴ Manuel Ramón Alarcón, “Un posible modelo de regulación de la huelga que afecte a servicios esenciales de la comunidad”...cit., p. 21.

Aunque el modelo es definido por el propio autor como “poco articulado y que deja gran cantidad de cuestiones en el aire”, es sin embargo cierto que ya en él aparecen elementos de análisis – y de política del derecho – que él mismo abordará mucho más adelante, en un texto del 2010 al que se hará referencia más adelante. En cualquier caso, guiaba sus reflexiones sobre el particular una propia reflexión sobre el “modelo constitucional” del derecho de huelga que implicaba la necesidad de un anclaje legal que reconociera tanto la presencia sindical como amplias zonas de autorregulación sindical en el desarrollo del derecho de huelga en estos servicios esenciales⁵.

Fruto de esta colaboración académica y sindical – siempre sobre el derecho de huelga – la UGT publicó, ya en 1993, a través del Instituto Sindical de Estudios, un volumen colectivo en el que se analizaban las principales novedades del Proyecto de Ley llevadas a cabo por una amplia nómina de profesores y abogados laboralistas. Aquí también participó MRA con un estudio sobre las huelgas ilegales y abusivas⁶, en donde fundamentalmente efectuaba una comparación entre el régimen legal y la interpretación del Tribunal constitucional y la nueva regulación contenida en el Acuerdo entre UGT y CCOO con el Grupo Parlamentario Socialista que fue la base del Proyecto de Ley. En él aborda de pasada las consecuencias del incumplimiento de los servicios mínimos en la huelga en servicios esenciales, simplemente para destacar que la ilegalidad de la huelga no puede predicarse como consecuencia de la negativa de determinados trabajadores a la prestación de servicios mínimos, de forma que la ilegalidad por incumplimiento de requisitos formales previstos en la norma se debe circunscribir al mal uso de las facultades colectivas por parte de los organismos convocantes, excluyendo por tanto el caso de incumplimiento de los servicios mínimos⁷.

Sin embargo, en este texto no aborda uno de los puntos que le habían parecido un año antes fundamentales para un “correcto enfoque” de algunos problemas prácticos de la fase de autorregulación, y que era, precisamente, el relativo a la titularidad de la huelga. Este es un asunto “de enjundia” pero el eje de su propuesta es el siguiente: resulta “bastante claro” que el derecho de huelga es, contra lo que reza el “pareado tradicional”, de titularidad colectiva y de ejercicio individual, “porque ni un trabajador individual puede convocar una huelga ni tampoco un sindicato

⁵ Manuel Ramón Alarcón, “Modelo constitucional y regulación legal de la huelga”, en VV.AA., Monográfico sobre El derecho de huelga: seminario Hispano-Alemán, RFDUCM n° 17 (1993), pp. 47-50

⁶ Manuel Ramón Alarcon, “Ilegalidad y abusividad de la huelga”, en VV.AA. Ley de Huelga, Instituto Sindical de Estudios, Madrid, 1993, pp. 87-102. El texto se corresponde con una parte de la ponencia presentada por el autor a las IV Jornadas Catalanas de Derecho Social que se celebraron en Bellaterra en noviembre de 1992.

⁷ Manuel Ramón Alarcon, “Ilegalidad y abusividad de la huelga”,...cit., pp. 93-94.

puede abstenerse de acudir al trabajo”⁸. Un tema que promete analizar más adelante, y que formará parte desde entonces de sus reflexiones sobre el derecho de huelga.

2. UNA BREVE ANOTACIÓN AL SOCAIRE DE LA HUELGA DE FUNCIONARIOS

Fracasado el intento más acabado de regulación por vía legislativa del derecho, también se agotan las intervenciones doctrinales sobre el particular, y en concreto el tema de la huelga en los servicios esenciales sólo aparecerá intermitentemente en algunas aportaciones en torno al 2005 y 2006. Aquí también MRA intervendrá, de forma breve, con ocasión del prólogo a la monografía de Jaime Castiñeira sobre el derecho de huelga de los funcionarios públicos⁹. En él MRA no sólo critica la ausencia de esta materia de los programas de los partidos políticos y de las propias discusiones sobre el Estatuto Básico del Empleo Público, sino que adelanta dos posiciones importantes en cuanto al ámbito subjetivo del derecho de huelga en lo que respecta a los funcionarios públicos. De un lado, su alineamiento con las posiciones doctrinales – entre las que menciona expresamente las de la profesora Casas Baamonde, con la que coincide el autor de la monografía – que fijan el fundamento del derecho de huelga de los funcionarios en el art. 28.1 CE, con las consecuencias derivadas de tal encuadramiento en cuanto a las limitaciones que el propio precepto anuncia como opciones legislativas. De otro lado, sin embargo discrepa de que esta configuración legal permita no conferir el derecho de convocatoria de huelga a los órganos unitarios de representación de los funcionarios – las Juntas de Personal- en contraposición a lo que sucede con los comités de empresa laborales¹⁰. Dado lo contenido del texto, MRA no despliega sus opiniones según las cuales esta segunda tesis es la que “debe rectificarse”, sin que la ponga en relación con su opinión relativa a la titularidad y ejercicio del derecho ni vaya más allá de la crítica a la concepción orgánica de la libertad sindical, que excluye de la misma a las representaciones electivas o legales en la empresa, frente a una concepción funcional, que atiende fundamentalmente a la acción sindical que materialmente llevan a cabo estos órganos de representación unitaria¹¹.

⁸ Manuel Ramón Alarcón, “Un posible modelo de regulación de la huelga que afecte a servicios esenciales de la comunidad”...cit., p. 22.

⁹ Manuel Ramón Alarcón, “Prólogo” a Jaime Castiñeira Fernández, *El derecho de huelga de los Funcionarios Públicos*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 13-15.

¹⁰ Manuel Ramón Alarcón, “Prólogo”...cit., pp. 14-15.

¹¹ Argumentación que fue establecida en el ensayo clásico de M^a Emilia Casas Baamonde y Ricardo Escudero Rodríguez, “Representación unitaria y representación sindical en el sistema español de relaciones laborales”, REDT n^o 17 (1984).

Que esa atribución del derecho de huelga a los funcionarios públicos implicara una suerte de gestión colectiva sindical de la huelga en este ámbito es algo que no asume el prologuista al afirmar expresamente la incorrección de un planteamiento orgánico y no funcional de la acción sindical. Tampoco parece que lo haya hecho la legislación ni la práctica huelguística. El art. 15 EBEP reconoce tanto la libertad sindical como el derecho de huelga como derechos individuales que se ejercen colectivamente, y en el debate sobre la huelga de los magistrados que se desarrollaría en el 2009 y luego en el 2013, el reconocimiento constitucional directo del derecho de huelga en el 28.2 CE para estos funcionarios ha sido el eje de su argumentación para justificar que son titulares del mismo y pueden ejercitarlo con el límite de mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

3. UNA RECAPITULACIÓN SOBRE LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES

En el año 2010, se publica un número monográfico de la Revista del Instituto de Estudios Económicos que se dedica a la regulación del derecho de huelga en España. La fecha y el ámbito de la publicación deben resaltarse, porque en aquel año ya la crisis había comenzado a sentirse de forma muy directa, en especial tras el derrumbe del sector de la construcción y la tremenda crisis financiera que trajo consigo el abrupto fin de la economía especulativa en torno al ladrillo, de manera que a partir de mayo del 2010 se produce el giro del gobierno Zapatero hacia la introducción de las políticas de austeridad como imposición del conglomerado político – financiero de la Troika europea que abrirían una extensa fase de conflictos y un amplio ciclo de movilizaciones sociales que se extenderían hasta el comienzo del 2015. En ese contexto, el IEE, que es un instituto de estudios formado por una serie de empresas y cuyo eslogan actual es el de “35 años por la economía de mercado”, decide realizar un número monográfico sobre el derecho de huelga, en el que participan una serie de profesores universitarios, entre ellos MRA, que desde febrero de aquel mismo año había sido nombrado Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Quiere decirse que se trata de uno de los últimos textos “académicos” de MRA antes de su etapa judicial¹², y que reviste además un mayor interés por ofrecer una recapitulación completa sobre aspectos que ya habían sido tratados con anterioridad por el mismo autor, con ocasión de sus trabajos en el contexto de la discusión sobre el PLOH, y puede por tanto considerarse como una revisión del trabajo publicado en 1991 en *Relaciones Laborales* con el que tiene numerosas concomitancias.

¹² Manuel Ramón Alarcón, “Huelga en los servicios esenciales de la comunidad”, en VV.AA. “La regulación de la huelga en España”, número monográfico de la Revista del Instituto de Estudios Económicos nº 2-3 (2010), pp. 237-293.

El artículo contiene ante todo un análisis exhaustivo y puntilloso de la jurisprudencia - “más reguladora que interpretativa” – del TC sobre esta materia, con la ventaja de que en aquel momento se ha cumplido prácticamente en su totalidad el ciclo interpretativo que da inicio en las decisiones de los años 80 – que el trabajo de MRA de 1991 había diseccionado críticamente- y que se corrige y desarrolla a partir de la STC 8/1992 – que justamente MRA considera clave en la doctrina constitucional en la materia – y se despliega finalmente en las sentencias del 2006 que resuelven los conflictos planteados con ocasión de la huelga general del 2002 contra la reforma del desempleo y que abordan el ejercicio del derecho de huelga en la televisión pública y otros sectores informativos o de comunicaciones.

La crítica a estas decisiones es detallada y estricta, permite descubrir las incoherencias – “balbuceos” – y los silencios de esta doctrina y por lo tanto incita a explorar otras formas de enfocar el tema de manera que se produzca una cierta relectura de estas decisiones, una nueva forma por tanto de entender el discurso jurídico – y político – que éstas sostienen. Esta resulta una característica permanente del estilo de MRA, reformular un tema doctrinalmente pacífico de modo tal que siempre suscite nuevos interrogantes para quien lo mira desde esa nueva aproximación. Eso es lo que efectúa respecto del imponente repaso de la jurisprudencia constitucional sobre huelga y servicios esenciales.

De manera sintética se pueden resaltar algunas cuestiones de especial relevancia al respecto: el concepto de esencialidad del servicio y los resultados de la técnica conciliatoria del derecho de huelga con otros derechos, la posición de la autoridad gubernativa y su función en estos mecanismos de regulación de la huelga, la reformulación a la inversa de los componentes de la titularidad y el ejercicio del derecho de huelga, la relevancia de la eficacia de la huelga como contenido del derecho y, en fin, algunas propuestas para un modelo regulador del derecho de huelga en los servicios esenciales en el futuro.

El aspecto más interesante sin duda es el relativo al análisis del concepto de servicios esenciales para la comunidad en la definición acuñada por el TC fundamentalmente en la STC 26/1981, que ha seguido siendo la referencia obligada de quienes se interesan en este tema. Al respecto MRA sostiene – y es una apreciación plenamente original y no recogida en los comentarios al respecto- que de la noción acuñada por el TC de servicios esenciales no puede deducirse un conflicto entre derechos constitucionales con una resolución típica en torno a la “compensación” entre ambos derechos, sino que del planteamiento de la doctrina constitucional se infiere un principio de limitación mínima del derecho de huelga “según el cual la limitación del derecho de huelga, como el de cualquier otro derecho fundamental, debe hacerse procurando respetar el mayor contenido posible del derecho y consiguientemente, restringiendo al mínimo estrictamente necesario los límites que se

le impongan”¹³. Aunque el TC ha sido incoherente con esta conclusión, MRA coloca la cuestión en el terreno de la relación entre el derecho y sus posibles límites, lo que tiene consecuencias importantes tanto en la delimitación del servicio reconocido como esencial como fundamentalmente a la hora de determinar los servicios mínimos.

En esa labor de relectura, MRA avanza en un concepto que ya se ha visto que formaba parte de su concepción teórica sobre la huelga en los servicios esenciales, y es el de la autoridad gubernativa como sujeto que representa a los usuarios afectados por la paralización del servicio. La autoridad gubernativa no es un “tercero imparcial”, como obstinadamente reiteran las sentencias del TC, sino el “representante de los derechos e intereses de unos terceros – los destinatarios de los servicios afectados por la huelga – que, sin ser parte en la controversia laboral que está en la base de dicha huelga – cuyos sujetos son los trabajadores y los empresarios – sí son afectados directísimamente por ella y por tanto son parte material del conflicto huelguístico, aunque no lo sean formalmente”¹⁴. Ello implica que no se puede hablar de “imparcialidad”, porque la autoridad de gobierno es “parte” en cuanto representante de ese tercer sujeto. Aunque es “imparcial” respecto del conflicto material entre empresarios y trabajadores, es sin embargo “parcial” en cuanto que está interesada en mantener el mayor nivel posible de prestación de los servicios esenciales tanto porque es lo que conviene a los usuarios como porque ella está siempre interesada en minimizar las consecuencias de los conflictos sociales, lo que tendrá consecuencias en la propuesta final de regulación del ejercicio del derecho, pero suministra elementos de reflexión interesantes sobre la regulación actual con vistas a su enjuiciamiento jurisdiccional. MRA llega a encontrar elementos concretos que avalan esa tesis en la STC 296/2006, de la que por cierto revaloriza su importancia “política”, pero justamente esta sentencia es la que justifica la tesis de la responsabilidad política como fórmula habilitante de la actuación de la “autoridad de gobierno” que impone límites al derecho fundamental de huelga, una fórmula propiciada por la inactividad del legislador, pero que puede dificultar “cualquier alteración legal posterior”, como ha señalado una cualificada intérprete de la misma¹⁵.

El siguiente elemento que puede resaltarse de esta revisión doctrinal sobre el tema de la huelga, es otra de las constantes que se ha venido afirmando desde las primeras aproximaciones a la materia, y no es otra que la inversión del par individual / colectivo respecto de las categorías de titularidad y ejercicio. “Son los entes

¹³ Manuel Ramón Alarcón, “Huelga en servicios esenciales de la comunidad”...cit., p. 248.

¹⁴ Manuel Ramón Alarcón, “Huelga en servicios esenciales de la comunidad”...cit., p. 257.

¹⁵ M^a E. Casas Baamonde, “25 años de jurisprudencia constitucional social: huelga en servicios esenciales y responsabilidad política”, *Relaciones Laborales* 1 23/24 (2010), pp. 351-352.

colectivos (sindicatos, comités, etc) quienes declaran la huelga, eligen su modalidad y duración, formulan las reivindicaciones que están en la base de ese medio de presión, negocian para intentar satisfacerlas y en su momento, le ponen fin; y por otra parte, sin los trabajadores, uno por uno, quienes deciden sumarse o no a la huelga, es decir que son ellos quienes ejercitan la huelga (cesan en el trabajo) pero no pueden decidir poner en acto ese derecho potencial cuya titularidad pertenece a los entes colectivos y no a cada trabajador individualmente considerado”¹⁶. De ello se infiere que el derecho de huelga no cede ante otro interés o derecho, sino que se ve limitado en su ejercicio, de manera que solo algunos de los trabajadores que podrían sumarse a la huelga declarada no podrán hacerlo en función de tener que atender los mínimos de funcionamiento impuestos.

La inversión individual /colectivo en materia de titularidad y ejercicio no resuelve muchos de los problemas planteados, y aunque debe resaltarse que no se identifica “colectivo” con “sindical” y en consecuencia no se confía en exclusiva al sindicato la titularidad del derecho de huelga, la titularidad individual ofrece un marco “seguro” para el trabajador individual en relación tanto frente al empleador como al poder público, y es posiblemente más adecuado respecto de un modelo que no considera la huelga como una libertad en el plano económico que permite excepcionar reglas contractuales o como un contrapeso para equilibrar la contratación colectiva, sino que tutela al trabajador en razón de su condición social, no en función de su relación en el marco de un contrato de trabajo. La tesis de la titularidad diferenciada¹⁷, con una vertiente colectiva y otra individual del mismo derecho, que comprende por tanto titularidad y ejercicio, pretende ofrecer una solución a este problema, aunque en definitiva es inevitable comprobar la “inescindibilidad” de lo individual y colectivo en la titularidad del derecho de huelga¹⁸, un derecho de estructura compleja y de perfección progresiva, que se describe por parte de los agentes y operadores jurídicos sindicales como unitaria¹⁹.

En el análisis de las “últimas aportaciones” del TC, que en rigor constituyen la línea evolutiva, más garantista, que se sitúa fundamentalmente en las sentencias

¹⁶ Manuel Ramón Alarcón, “Huelga en servicios esenciales de la comunidad”...cit., p. 252

¹⁷ Tal como la presenta Carlos Palomeque, “La huelga y el derecho de huelga en el Proyecto de Ley Orgánica de Huelga (PLOH): una reflexión general”, en G. García Becedas (Dir.), *El nuevo régimen jurídico de la huelga y el cierre patronal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993, pp. 304-307.

¹⁸ Esta afirmación, para el ordenamiento italiano en donde el problema ha sido enormemente debatido, en Antonio Loffredo, “Sull’inscindibilità di individuale e collettivo nella titolarità del diritto di sciopero”, en A. Loffredo (a cura di), *La titolarità del diritto di sciopero*, Cacucci, Bari, 2008, pp. 87-97.

¹⁹ Cfr. Enrique Lillo, “Titularidad del derecho de huelga. Contenido individual. Contenido y disposición colectiva del derecho de huelga”, en G. García Becedas (Dir.), *El nuevo régimen jurídico de la huelga y el cierre patronal*,...cit., p.11

recaídas en el 2006, MRA encuentra algunas afirmaciones que vienen a confirmar sus tesis generales tanto sobre el concepto de servicio esencial – “lo esencial dentro de lo esencial” – la mayor relevancia del elemento temporal y, fundamentalmente, la eficacia de la medida de presión como contenido de la huelga, a través de la enunciación de un “derecho a la virtualidad divulgatoria de la huelga” como condición de eficacia, puesto que forma parte del derecho de huelga “el efecto perturbador para los usuarios de los servicios como parte del instrumento de presión en que toda huelga consiste”. Y, anota el autor, este es un elemento importante para evaluar la cuestión del “esquirolaje tecnológico” que vulnera el derecho de huelga, sobre la base de lo afirmado por la STC 193/2006²⁰. Una opinión que, ya desde la función jurisdiccional, asomaría en el voto particular a la STS (4ª) de 11 de junio de 2012 y se impondría, como cambio de criterio dictado en Sala General, en la STS 4ª de 5 de diciembre de 2012, al enjuiciar un supuesto semejante²¹.

El texto finaliza con una serie de propuestas de regulación que recupera en gran medida las que se efectuaron en el PLOH y la “extensa” doctrina laboralista elaborada en estos años. Con modestia, MRA entiende que más que propuestas se trata de una enunciación de puntos clave de la regulación de la huelga en los servicios esenciales de la comunidad²². La simple enumeración de éstos es suficientemente indicativa de la centralidad de estos problemas. El primero, la definición de los servicios esenciales de la comunidad, para lo que opta por una solución mixta que acumule un concepto general y un sistema de lista. En segundo lugar, lo que llama determinación de “lo esencial dentro de lo esencial”, es decir los “servicios esenciales en sentido estricto”, o las prestaciones mínimas indispensables que deben acordarse de manera tripartita entre la autoridad de gobierno – la representante de los usuarios – los sindicatos representativos y la patronal, como acuerdos sectoriales de carácter estatal, negociados en frío, y en donde se podría instaurar un sistema de arbitraje en caso de desacuerdo ante una Comisión de Garantía en la línea de la Ley italiana del 2000. Finalmente, se fijarían los servicios mínimos que deben ser prestados para ser prestados en una situación de huelga concreta, que se debe iniciar a partir de la oferta de preservación de servicios de los convocantes de la huelga en el marco del acuerdo sectorial de que se trate. En caso de desacuerdo, se intentaría una nueva negociación de estos servicios mínimos, con posibilidad de acudir a un arbitraje obligatorio en caso final de desacuerdo. A ello se uniría el desplazamiento de todo el enjuiciamiento procesal de las consecuencias del derecho

²⁰ Manuel Ramón Alarcón, “Huelga en los servicios esenciales”...cit., pp. 284-285.

²¹ Un comentario de ambas en Joaquín Pérez Rey, “Tertulias, reportajes de actualidad y esquirolaje tecnológico en la huelga general (a propósito de la STS 11 de junio 2012), RDS nº 59 (2012), pp. 196-210, y, del mismo autor, “El esquirolaje tecnológico: un importante cambio de rumbo de la doctrina del Tribunal Supremo (STS 5 de diciembre de 2012)”, RDS 61 (2013), pp. 163 – 176.

²² Manuel Ramón Alarcón, “Huelga en los servicios esenciales”...cit., p. 286

de huelga y de su regulación al orden jurisdiccional social, desaparecida por tanto la competencia exclusiva de la autoridad gubernativa para fijar los servicios mínimos²³.

Un esquema de regulación que sin duda es funcional al ejercicio del derecho de huelga en este sector y que es respetuoso del límite constitucionalmente previsto a éste en los servicios esenciales. Lo más relevante sigue siendo la sustitución de la potestad de la autoridad de gobierno en la determinación doble de la esencialidad del servicio y de la actividad por mantener durante la huelga por un esquema encuadrado legalmente y desarrollado a través de acuerdos sectoriales en función del sistema de lista que la ley haya fijado. Posiblemente se pudieran proponer mayores espacios de autorregulación sindical en un esquema en el que esta solo puede manifestarse en la propuesta específica de servicios mínimos dentro el encuadramiento negocial, pero hoy como en el momento de la publicación del artículo, es imprescindible actuar contra un sistema articulado en torno a la figura del art. 10.2 DLRT que ha constituido un instrumento formidable de lesión y obstaculización del derecho de huelga por parte del poder público mediante la imposición de servicios mínimos abusivos y la reiteración torpe de los mismos. MRA, como se decía al principio, fue un jurista completo, original, inteligente. Todo aquello sobre lo que escribía cobraba otra luz, se hacía más polémico – y más atractivo – para quien lo leía y estudiaba. Su ausencia no sólo deja un enorme vacío doctrinal, también nos deja más desarmados intelectual e ideológicamente.

²³ Manuel Ramón Alarcón, “Huelga en los servicios esenciales”...cit., p. 286-292.

LOS PROCESOS COLECTIVOS POR IMPUGNACIÓN DE DESPIDOS NULOS Y LA SENTENCIA QUE LES PONE TÉRMINO. EJECUTABILIDAD Y SU ALCANCE EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

En su trayectoria científica el profesor Alarcón Caracuel abordó una multiplicidad de temas en todas las áreas en que tradicionalmente se divide la disciplina. También el conflicto colectivo, en general, pero con especial contundencia en relación con la vía judicial articulada para la solución de los conflictos colectivos.

En este contexto centró sus esfuerzos en negar –y demostrar las razones de su negativa– el carácter normativo de la sentencia dictada en el proceso de conflictos colectivos; porque no siempre el objeto del proceso era idóneo para fundar una sentencia de esta naturaleza abstracta y general; y porque, aún estando interpretada una norma o una práctica de empresa con carácter colectivo, el objeto de la controversia podía generar la aplicación de lo resuelto a los trabajadores afectados –y adecuadamente representados en el procedimiento, ante las estrictas reglas de legitimación al respecto– sin necesidad de dar el rodeo judicial que imponía la que él llamaba “teoría de la sentencia colectiva normativa”, a través de procesos singulares en los cuales se concretara el derecho de cada trabajador y se procediese, llegado el caso, a la correspondiente ejecución.

Como es de todos conocido, la evolución normativa –que no jurisprudencial– se desarrolló en cierto modo en la dirección teórica marcada por el profesor Alarcón, al que se ha de reconocer en pura justicia su papel precursor desde el plano científico, tanto tiempo desarrollado en solitario. El momento central de esta evolución es la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, 36/2011, de 10 de octubre (en adelante LJS), básicamente, en tres preceptos fundamentales:

- el primero, el art. 153.1, en cuanto incluye, en el ámbito de aplicación del Procedimiento de Conflictos Colectivos (PCC en adelante), a las demandas “que afecten a un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual”¹. Esta sola posibilidad desencadena una importante serie de consecuencias que afectan a todo el desenvolvimiento del proceso, aunque la ley se haga eco insuficiente de ellas, centrándolas no obstante en actos fundamentales como el contenido de la demanda y de la sentencia en procesos de esta naturaleza.

- el segundo, particularmente, el art. 160.3 de la LJS, según el cual la sentencia, “de ser estimatoria una pretensión de condena susceptible de ejecución individual, deberá contener, en su caso, la concreción de los datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto y beneficiados por la condena y especificar la repercusión directa sobre los mismos del pronunciamiento dictado. Asimismo deberá contener, en su caso, la declaración de que la condena ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente”. Sin que el proceso en su desenvolvimiento haya dejado de versar sobre una materia colectiva, el grupo de trabajadores afectados es susceptible de desagregarse en el momento en que la sentencia deba ser ejecutada, para lo cual debe contener los elementos básicos que permitan la ejecución, evitando que ésta se desarrolle como una pluralidad indebidamente acumulada de procesos singulares. El propio profesor Alarcón había tenido numerosas ocasiones de señalar hasta qué punto la jurisprudencia enseñaba cómo en la práctica la sentencia colectiva abstracta y general de la teoría canónica se daba en menos ocasiones de las pensables a la vista del tenor de las leyes procesales laborales. Y, cómo, en realidad, el planteamiento de un asunto como proceso individual o como proceso colectivo, determinado en función de la existencia de un colectivo de trabajadores, dependía en buena medida de una decisión táctica de los sujetos afectados o de las defensas de los mismos. Conflicto colectivo y conflicto individual se encontraban más próximos de lo que parecía; de hecho Rodríguez Piñero señalaba con acierto, todavía bajo la vigencia de la legalidad anterior, cómo en muchas ocasiones un conflicto de apariencia colectiva es la “punta del iceberg”, el conflicto piloto de una controversia que en

¹ Vid, sobre los requisitos jurisprudenciales de la “colectividad” STS-IV 3-3-2016 rec. 59/2015 o la STS-IV 22 diciembre 2015, rec 7/2015, con amplia referencia jurisprudencial.

esencia afecta a una pluralidad de trabajadores, que trata de este modo de prevenir su eventual evolución.

Finalmente, la LJS asume de forma realista esta situación, señalando esa opción como posible al lado de las formalmente colectivas que la norma ofrece. Obviamente, la sentencia ha de tener un contenido de condena –puesto que el nuevo estado de cosas legal no desconoce la existencia de sentencias declarativas puras como resto del origen del sistema de los procesos colectivos–. Y, adelantando algo que luego se dirá, en relación con la sentencia en los procesos de impugnación de los despidos colectivos, caso típico de proceso que conoce de pretensión relativa a un grupo genérico de trabajadores susceptible de determinación individual, el mantenimiento de esta óptica genera un vaciamiento del contenido potencial de la declaración judicial de nulidad de los despidos que no tiende a rellenarse en el texto de la norma con la interconexión de los arts. 151.11, 123 y 124 LJS.

- el tercer precepto con que la LJS corta con la situación anterior es el fundamental: art. 247². En él se diseña un procedimiento de ejecución de sentencias colectivas, con un amplio elenco de sujetos legitimados para participar en el procedimiento, que aunque esencialmente es coextenso con el de sujetos calificados para iniciar la fase declarativa, legitimados per se para iniciar el proceso de ejecución, a dicho núcleo esencial y básico se añade un reforzamiento en favor de los órganos unitarios en la empresa y aún la empresa misma si no han sido parte en el procedimiento a quo; y se añade asimismo el reforzamiento de los sindicatos y asociaciones empresariales más representativos o suficientemente representativos (según los arts. 6 y 7 LOLS, extendiendo a las patronales la fórmula de determinar cuáles han de ser éstas que el art. 87 ET establece para la determinación de quiénes pueden negociar convenios colectivos). A todos ellos aborda la amplia frase “aunque no hayan sido parte en el procedimiento previo de constitución del título ejecutivo” (art. 247.a). El FOGASA culmina el elenco “siempre”.

Todos ellos han de acreditar –por la propia naturaleza potencialmente individual de la condena y desde la perspectiva de los trabajadores– la representación de los trabajadores afectados, mediante la específica autorización por parte de éstos. El procedimiento básicamente descansa sobre una fase “voluntaria” en que el ejecutado responde al requerimiento del secretario judicial y elabora la cuantificación individual de la deuda con los trabajadores afectados y propone un plan de pago de las cantidades adeudadas. Hasta dos meses, según la complejidad del asunto, puede durar

² Un análisis detallado de la normativa al respecto en la versión original de la LJS, incidente sobre el proceso colectivo de ejecución, puede verse en Folguera Crespo, Salinas Molina y Segoviano Astaburuga (dirs.), “Comentarios a la ley Reguladora de la Jurisdicción Social” 2ª Ed. Lex Nova, Valladolid 2011 págs. 923 y ss (a cargo de Salinas Molina, F.).

este trámite, que, de ser aceptada la propuesta en todo o en parte, concluye el procedimiento en la parte conforme, añadiéndose el abono de intereses si procede. De no cumplirse el requerimiento por el ejecutado, o de no aceptarse en todo o en parte la propuesta de aquél por la parte ejecutante, la respuesta legal es una remisión al importante art. 238, incidente general de ejecución, con el objetivo de acreditar los trabajadores incluidos en la ejecución y las cantidades concretas adeudadas. Un objeto complejo pero limitado desde el punto de vista sustantivo, que se acompaña —en el esfuerzo legal por simplificar el trámite y evitar incluir en el debate cuestiones ya resueltas— con restricciones en los medios de prueba que pueden ser aportados para acreditar estos extremos: prueba pericial o de expertos singularizada o bien conjunta, incluido en este último caso, el supuesto de que las partes encomienden al Juez la designación de un perito o un experto para resolver sobre estas cuestiones. En el auto que ponga fin al incidente, el Juez se pronunciará sobre las defensas que haya alegado el ejecutado y procederá a determinar el alcance personal y cuantitativo de las deudas, dictando a continuación la correspondiente orden general de ejecución. Una resolución contra la que sólo cabe recurso de reposición no suspensivo.

La colectividad del procedimiento se atenúa en dos ocasiones: la primera, que los títulos de ejecución de ámbito superior a la empresa se ejecutarán empresa por empresa dando origen en su caso a tantos incidentes de ejecución como empresas se encuentren comprometidas, si bien parece que ello deberá tener lugar en el seno de un único procedimiento, como único es el título que se ejecuta —o no sería colectivo—. La segunda: el trabajador singular no dispone de esta única vía para hacer valer su derecho. Dictada la sentencia colectiva de condena el trabajador individual puede optar por un proceso de ejecución singular, desagregando en su favor el contenido de la sentencia de condena, pero sin replantear la cuestión originaria, que ha sido cerrada en la Sentencia colectiva con eficacia de cosa juzgada.

Sentadas las reglas generales, la LJS es coherente con la opción por la que se ha decantado, y declara la aplicabilidad del procedimiento que sucintamente se acaba de exponer a otros procesos no específicos de conflictos colectivos, pero que culminan o pueden culminar en pronunciamientos o sentencias de condena: los “restantes títulos ejecutivos, judiciales o extrajudiciales, de naturaleza social, estimatorios de pretensión de condena y susceptibles de ejecución individual en los términos del apartado 3 del art. 160, así como a las sentencias firmes u otros títulos ejecutivos sobre movilidad geográfica o modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo”. Ello conduce, en especial referencia a los títulos extrajudiciales, a adaptar su contenido a los datos exigidos por el art. 160.3, básicos para facilitar la ulterior ejecución, lo que debe originar la interpretación conforme de lo dispuesto al efecto en los distintos acuerdos de conflictos colectivos vigentes en las diversas CCAA y a nivel estatal.

Como puede comprobarse, el alcance de la ejecución de acciones colectivas es

amplio, más que el marco propio y restringido al proceso de conflictos colectivos. Pero en la referencia a las acciones colectivas susceptibles de culminar en este procedimiento de ejecución la LJS tiene un silencio fundamental, pues deja al margen de este proceso de ejecución a las sentencias dictadas en procedimientos de despidos colectivos.

De hecho, no dedica a la ejecución de esta modalidad de sentencias otra atención que la contenida en el art. 151.11 del texto original que, dejando de lado por ahora otras consideraciones sobre las que se volverá, recupera lo que Alarcón hubiese llamado una aplicación de la “teoría de la sentencia colectiva normativa”, de modo indirecto, en la medida en que en el supuesto de que se deje sin efecto la resolución administrativa entonces necesaria para efectuar un despido colectivo, o en casos en que ésta simplemente falte –lo que conllevaría la nulidad del despido–, el trabajador afectado deberá acometer la ejecución forzosa de la condena del empresario a través de un procedimiento singular de ejecución de los diseñados para la ejecución de las sentencias de despido, conforme a lo previsto en los arts. 279 a 281 LJS. El reconocimiento de la ejecutabilidad intrínseca de sentencias colectivas con contenido de condena queda frenado con este silencio legal, que convive con la explícita posibilidad de impugnaciones individuales conviviendo con la colectiva, aunque aquéllas deban suspenderse en tanto se sustancia la impugnación colectiva. La STS 18 enero 2014 (Rec 16/2013) resume con claridad particular el estado de la cuestión en relación con la doble impugnación y la consiguiente doble ejecución de las sentencias dictadas en el curso de la impugnación de despidos colectivos: “la ley coordina ambos procesos, que se dirigen a la misma finalidad última de decidir sobre la pervivencia o no de los contratos de trabajo de las personas afectadas, mediante el mecanismo clásico propio del proceso de conflicto colectivo, de separar la parte declarativa de la resolución –aquí encaminada a dictaminar la concurrencia o no de las causas o la nulidad de la decisión colectiva– de la parte de la condena dirigida a la realización práctica de lo declarado. La coordinación se consigue mediante el efecto suspensivo que el proceso de impugnación colectiva ejerce sobre el proceso de impugnación individual”, por haber alcanzado la sentencia en el proceso colectivo eficacia de “cosa juzgada en sentido positivo”.

Una consecuencia adicional de extremada importancia de esta tesis judicial es la clara tendencia judicial a negar a toda costa el eventual contenido de condena en la sentencia que declara el despido nulo, proclamando tajantemente su íntegra naturaleza declarativa. La Sala IV, en la sentencia citada también se ocupa de precisar este aspecto, “rebajando” los contenidos aparentes de condena del art. 151.11 LJS en conexión con el art. 123 apartados 2 y 3 de la misma ley. Puesto que es necesaria –dice el TS– la impugnación individual a efectos de la ejecución individual de los efectos sobre el trabajador de la declaración de despido nulo, “la remisión que en el art. 14.11(sic) se hace a los números 2 y 3 del art. 123 de la misma ley no puede entenderse como un efecto de ejecución directa de la simple declaración de nulidad en ese

mismo proceso, sino como el corolario de las reglas de coordinación a que hemos hecho referencia, es decir, la remisión se hace a las condenas a readmitir que luego deban producirse en las impugnaciones individuales”.

La situación fue progresivamente cambiando con reformas normativas puntuales pero de singular trascendencia. La primera, la de la propia Ley 3/2012, en la medida en que admite la posibilidad de que la sentencia dictada en procesos de despidos colectivos contenga pronunciamientos de condena, aunque sea preciso un rodeo interpretativo para llegar a esta conclusión. En la nueva redacción del art. 51.4 ET se prevé, en efecto, que “alcanzado el acuerdo o comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1”, siendo así que dicho precepto establece como contenido de la comunicación individual del despido por referencia a las previsiones sobre el despido disciplinario (“5. La calificación por la autoridad judicial de la nulidad, procedencia o improcedencia de la decisión extintiva producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario...”). Esto es, art. 55.6 ET “El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir”. No basta con la mera declaración judicial de la nulidad, ésta lleva aparejada consecuencias, que deben traslucirse en el texto de la sentencia.

El RDL 11/2013, ratificado en Ley 1/2014, de 28 de febrero, modifica el importante art. 247 LJS, dándole un contenido que despeja cualquier duda que hubiera podido desprenderse de la legislación sustantiva. La referencia a las ejecuciones de sentencias colectivas de condena pasa a ser explícita en los casos de despidos colectivos en que se haya declarado la nulidad de los mismos: “La modalidad de ejecución de sentencias firmes regulada en este artículo será aplicable a los restantes títulos ejecutivos, judiciales o extrajudiciales, de naturaleza social, estimatorios de pretensión de condena y susceptibles de ejecución individual en los términos del apartado 3 del artículo 160, así como a las sentencias firmes u otros títulos ejecutivos sobre movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, de carácter colectivo, y en los supuestos de despido colectivo en los que la decisión empresarial colectiva haya sido declarada nula”. Ello requiere evidentemente que la sentencia contenga pronunciamientos susceptibles de ejecución; de condena, abandonando la calificación meramente declarativa que la sentencia de nulidad del despido conservaba de antiguo.

En su nueva redacción el art. 124.1 LJS pasa a prever que “La sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judi-

cial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este supuesto la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta ley.», a combinar con la dicción del art. 56.2 ET: “En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación”.

Por el relativamente escaso tiempo transcurrido desde las reformas a que se acaba de hacer referencia, así como por la propia estructura de recursos diseñada legalmente, encaminada a acelerar el desarrollo del procedimiento de ejecución, no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala IV, que sea especialmente significativa de las consecuencias de aquellas reformas sobre la propia dinámica del proceso de ejecución, más allá de los contenidos de la condena, ya especificados en la ley laboral.

Por eso merece la pena reseñar la problemática planteada y la solución propuesta en la STS-IV de 10 de febrero de 2016 (rec. 171/2015), que se acerca a ella en el difícil periodo intertemporal de la pendencia del vigor de la reforma del art. 247 LJS.

Se dicta la Sentencia en el marco de un recurso planteado por el Comité de Empresa del Consorcio de la Unidad Territorial de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico de la Comarca del Guadiato (en adelante el Comité) contra auto del TSJ Andalucía, sede de Sevilla, de 5 de diciembre de 2014 revocatorio de otro anterior. En la resolución impugnada se declaraba no haber lugar a la ejecución solicitada en materia de despido colectivo y se denegaba la pretensión de apertura del incidente de no readmisión. En el lenguaje rituario de la Sentencia, “dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno”, que desestima el recurso interpuesto por el Comité.

El recurso se enfrenta de modo directo con la negativa del TSJ desde dos perspectivas: la eventual infracción de los arts. 237 en conexión con el 124.11 de la LJS; y la perspectiva constitucional, entendiendo el recurrente que la resolución impugnada vulneraba sus derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) e infringía el art. 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (“Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o

no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes”).

Una doble argumentación que, con razón, valora unitariamente la Sala IV del Tribunal Supremo: la tesis del recurrente descansaba sobre la base de la ejecutabilidad de la sentencia dictada en el proceso de impugnación del despido colectivo, lo que había sido rechazado por la Sala del TSJ de Andalucía, generando, antes que la infracción legal ordinaria –en relación con la que se reiteraban en buena parte los argumentos del recurso de reposición–, la infracción del derecho de relevancia constitucional a que las sentencias sean ejecutadas en sus propios términos.

El TS-IV enfoca la cuestión desde la perspectiva central de que la demanda se había interpuesto el 29 de octubre de 2012, punto temporal en el que el art. 247.2 LJS proclamaba:

“la modalidad de ejecución de sentencias firmes regulada en este artículo será aplicable a los restantes títulos ejecutivos, judiciales o extrajudiciales, de naturaleza social, estimatorios de pretensión de condena y susceptibles de ejecución individual en los términos del apartado 3 del art. 160, así como a las sentencias firmes u otros títulos ejecutivos sobre movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, de carácter colectivo”. Como veremos, la Sala se decanta por entender que las sentencias condenatorias a la readmisión de los trabajadores como consecuencia de la declaración judicial de su despido no son tales sentencias condenatorias, permaneciendo su tradicional carácter declarativo como sentencias colectivas (una nueva aplicación de la “teoría de la sentencia declarativa” de que hablaba el profesor Alarcón), pese a las reformas introducidas en la conformación de los efectos de los despidos colectivos nulos que se habían ido perfilando a raíz de las reformas de 2012, en los términos que acabamos de ver.

Partiendo de esta perspectiva del TS, el Pleno concluye que la ejecutabilidad colectiva de las sentencias dictadas en procesos colectivos de despido sólo se introduce en nuestro sistema cuando se modifica el art. 247.1 LJS, en 2013 (el ya citado RDL 11/2013), momento en que se introduce en la lista de supuestos en que expresamente procede la ejecución colectiva “los supuestos de despido colectivo en los que la decisión empresarial colectiva haya sido declarada nula”. No hay planteamiento siquiera de la posibilidad de que la sentencia de despido colectivo, con su contenido de condena, fuese intrínsecamente ejecutable desde el momento en que el contenido mismo debía incorporarse a la resolución judicial y desde el momento en que los datos precisos para la ejecutabilidad de la resolución se encontraban plasmados en la amplia documentación que se generó en el periodo de consultas, y en las resoluciones extintivas de la propia empresa.

Es por ello que han de entrar en juego las reglas de derecho intertemporal. A este respecto, recuerda la Sala que la Disposición Transitoria 2ª del citado RDL 11/2013

prevé que: “1. Los procedimientos de movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable así como los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada que estuvieran en tramitación a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley se regirán por la normativa vigente en el momento de su inicio” (lo que en el caso había tenido lugar antes de la entrada en vigor del RDL 2013 de 4 de agosto, pues es el 5 de octubre de 2012 cuando tiene lugar el despido colectivo, según declara la Sala).

Valorando el punto temporal inicial, concluye la Sala que “se advierte que la legislación aplicable es la emanada de la Ley 3/2012, de 6 de julio en los términos de reforma operados en el art. 247.2 de la LJS, en virtud del RDL 11/2013, de 2 de agosto, (que) es de aplicación a los procesos de despidos colectivos iniciados a partir del 4 de agosto de 2013, lo que no es el caso pues como hemos visto el despido tuvo lugar el 5 de octubre de 2012 y la demanda se promovió el 29 de octubre de 2012, tal como pone de relieve el Ministerio Fiscal”. La Sala se aferra a la ejecutabilidad a partir de la fecha de reforma del art. 247 LJS, descartando la evaluación de la ejecutabilidad de la sentencia de despido colectivo per se, a la luz de los contenidos de la misma tras las sucesivas reformas en relación con el contenido mismo de la sentencia, que señala a la ejecutabilidad o no del pronunciamiento judicial en la regla general del art. 247 LJS, y no tanto en la presencia o ausencia de la sentencia de despido colectivo en el listado que le pone término al precepto, que no puede anular la vigencia de la regla general.

Para redondear más concretamente un razonamiento que de otro modo no pasa de constatar la fecha de un calendario, la STS-IV remite a resoluciones cuyas muy próximas en el tiempo, en las que se hace explícita la discusión sobre la imposibilidad de ejecutar la sentencia de despido colectivo antes de la reforma de 2013. Es el caso de la STS de 20 de abril de 2015 (Rec 354/2014) en la que se reitera la doctrina clásica, señalando en la reforma del art. 247 el momento en que se transforma en ejecutiva una sentencia –cuyo contenido potencial no había cambiado en el tenor de la ley–. Hasta que ese precepto entre plenamente en vigor –y ya se ha visto que las normas intertemporales le dan al precepto una retroactividad de grado mínimo, por lo que el número de EREs afectados por esta interpretación clásica aún es muy amplio– la sentencia ex art. 124 LJS es “una sentencia de naturaleza declarativa que concuerda con el objeto a enjuiciar en este proceso, que es únicamente la impugnación de la decisión empresarial de proceder a una extinción colectiva y no el enjuiciamiento de los despidos individuales”.

El “giro radical “(STS 10 febrero 2016 cit) que supone para la doctrina clásica del TS la reforma del art. 247 habrá de esperar un tiempo antes de materializarse en la plenitud de sus efectos. Mientras tanto, y en contemplación de este momento, el propio TS anuncia problemas y apunta su solución. Los problemas surgen porque la

demanda de despido colectivo en que se solicite la nulidad del mismo debiera contener por lógica necesidad los datos que permitan la individualización de los trabajadores afectados “además de especificar la repercusión directa sobre los mismos del pronunciamiento dictado”, pero la Sala se decanta por entender inmodificado el art. 124 LJS, pese a que, como se sabe, éste fue redactado conforme al estado de cosas anterior a dicho giro legal.

Esta posibilidad de ejecución que abre el art. 247 LJS, en cambio, es ahora enfatizada por la Sala IV en la sentencia de febrero de 2016, en contemplación de la naturaleza de la acción que se ejercita al impugnar un despido colectivo, puesto que, a diferencia de lo que suele suceder en las demandas colectivas “ordinarias”, las de despido nulo “presentan un contenido de condena directamente identificable en cuanto a los sujetos, fácilmente identificable determinable en su cuantía y cuyos elementos clave son factores manejados por la empresa y los representantes de los trabajadores desde el primer momento de la negociación ordenada por la ley”. En este contenido, por cierto, subraya la sentencia que no está prevista la condena a salarios de tramitación, pero esos salarios proceden, son calculables con los datos con que opera la empresa y por tanto resulta exigible consignarlos para recurrir “sin perjuicio de que en una posterior ejecución se pueda matizar, discutir y cuantificar con mayor precisión si fuera necesario dicho importe” mediante el incidente de ejecución previsto en el art. 247 LJS, probablemente imprescindible en la mayor parte de los procesos de ejecución de este tipo de sentencias colectivas.

Con retraso por las reglas transitorias, una nueva modalidad de sentencia en esencia colectiva pasa a integrarse en las susceptibles de ejecución, debiendo haber sido vencida la resistencia judicial en el mantenimiento de doctrinas generadas en otras épocas y en contextos normativos completamente diversos –en los que la sentencia “normativa” cerraba el paso a todo lo que no fuera su aplicación directa incluso en procesos singulares– por una intervención legislativa tímida, que deja fuera del ámbito señalado en el art. 247 los supuestos en que la sentencia colectiva –lo es, puesto que los presupuestos de colectividad coinciden– resuelva declarando los despidos improcedentes. La dificultad de la ejecución en estos casos no debe ser obstáculo para repensarse hasta qué punto es razonable, desde el punto de vista puramente interpretativo del art. 247 LJS y concordantes, mantener que una acción de impugnación de despido colectivo, que afecta a un grupo genérico de trabajadores susceptibles de determinación individual, tiene distinta naturaleza según que el despido tenga unos defectos u otros. La teoría de la “sentencia colectiva normativa” que tanto discutió el profesor Alarcón sigue ejerciendo sus efectos, sobre la jurisprudencia, pero también sobre el legislador.

4. DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO

DERECHO DEL TRABAJO Y TRABAJO POR CUENTA AJENA

FRANCISCO PÉREZ AMORÓS

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona*

”Para la transformación de dinero en capital el poseedor de dinero tiene que encontrar en el mercado de mercancías al obrero libre; libre en el doble sentido de que por una parte dispone, en cuanto hombre libre, de una fuerza de trabajo en cuanto mercancía suya, y de que, por otra parte, carece de otras mercancías para vender, está exento y desprovisto, desembarazado de todas las cosas necesarias para la puesta en actividad de su fuerza de trabajo”(K. MARX).

ÍNDICE

1. LOS REFERENTES QUE DELIMITAN EL OBJETO DEL DERECHO DEL TRABAJO
2. LOS REFERENTES DELIMITADORES DEL TRABAJO OBJETO DEL DERECHO DEL TRABAJO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA AJENIDAD DEL TRABAJADOR Y MEJOR CONSIDERACIÓN DE LA AJENIDAD EN EL MERCADO
 - 2.1. TRABAJO VOLUNTARIO
 - 2.2. TRABAJOS RETRIBUIDOS SALARIALMENTE
 - 2.3. TRABAJOS POR CUENTA AJENA Y –CONSECUENTEMENTE- EN RÉGIMEN DE DEPENDENCIA O SUBORDINACIÓN
3. DERECHO DEL TRABAJO Y AJENIDAD

1. LOS REFERENTES QUE DELIMITAN EL OBJETO DEL DERECHO DEL TRABAJO

El Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, TRLET), en su Título I (“*De la relación individual del trabajo*”), Capítulo 1 (“*Disposiciones generales*”), Sección 1ª (“*Ámbito y fuentes*”), primer artículo (“*Ámbito de aplicación*”), primer apartado, establece que “*La presente Ley 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*” (art. 1.1 TRLET), y en el mismo ordinal apartado 3, excluye del ámbito de regulación de la Ley una serie de relaciones (art. 1.3 TRLET), y, por último, sin solución de continuidad, en su artículo 2 trata de las “*Relaciones laborales de carácter especial*” (art. 2 TRLET) a las que, pues, incluye en el ámbito laboral.

Dicho sea con la brevedad propia del caso, y antes de formular mayores precisiones, se puede afirmar, por lo que aquí interesa, que la consideración conjunta de los tres pasajes precitados debidamente dispuestos [(1.1 TRLET) – (1.2 TRLET + 1.3 TRLET)] delimita el objeto del Derecho del Trabajo, entendido como la realidad social que tal ordenamiento regula, a la vez que explica que siendo cierto que tal rama jurídica regula el trabajo, más lo es que no regula todo tipo de trabajo sino sólo aquel trabajo que cumple con una serie de requisitos [(núcleo conceptual) – (inclusiones: declarativas y constitutivas) + (exclusiones: declarativas y constitutivas)], dicho sea sin mayor precisión.

De tal delimitación del objeto del ordenamiento laboral (trabajo laboral), deriva, tanto, la configuración de los sujetos del mismo (dador y receptor de trabajo laboral) como la delimitación de su contenido (derechos y deberes laborales). Es más, esta preponderancia que tiene el objeto de referencia, explica, en buena parte, que la ley laboral sustantiva básica (TRLET) aproveche la primera y mejor ocasión de que dispone –primeros apartados de su primer artículo; y bajo las expresivas rúbricas transcritas *supra*- para concretar los referentes básicos delimitadores: voluntariedad, ajenidad, dependencia (“*dentro del ámbito de organización y dirección...*”) y retribución salarial (art. 1.1 TRLET). Se concretará, pero conviene adelantarlos: los cuatro referentes deben cumplirse para que el trabajo sea laboral en el sentido que interesa, pero uno de ellos –la ajenidad- es el dominante; y, varias son las dimensiones de la ajenidad, pero, quizás, una –ajenidad respecto al mercado- es la que mejor la explica.

Pero es más, la incidencia que tiene el objeto del ordenamiento laboral para concretar los sujetos y el contenido del mismo, también explica que el referido objeto es un elemento básico para elaborar el concepto de Derecho del Trabajo y para

explicar la verdadera función del mismo, concatenación que reafirma o confirma desde otra perspectiva la prevalencia de la ajenidad en el trabajo en punto a delimitar el tipo de trabajo objeto de regulación del ordenamiento laboral. Cualquier definición del Derecho del Trabajo pivota sobre el trabajo definido por los cuatro referentes precitados. Cualquier intento de explicar la función del Derecho del Trabajo –su por qué– versa sobre cómo –por qué– componer un conflicto entre desiguales (empresario-capital versus asalariado-trabajo) con el objetivo –para qué– de (re)establecer la igualdad efectiva entre las desiguales partes del conflicto (empresario-capitalista-propietario de los medios de producción *versus* trabajador ajeno, dependiente y subordinado).

2. LOS REFERENTES DELIMITADORES DEL TRABAJO OBJETO DEL DERECHO DEL TRABAJO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA AJENIDAD DEL TRABAJADOR Y MEJOR CONSIDERACIÓN DE LA AJENIDAD EN EL MERCADO

Como ha quedado anotado –y confirma la doctrina iuslaboralista–, cuatro son (voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución salarial) los referentes básicos que configuran el trabajo objeto del ordenamiento laboral (art. 1.1 TRLET), y uno de los mismos –la ajenidad– es el dominante, prevalencia que no impide formular algún que otro comentario sobre los restantes para, principalmente, resaltar el preponderante¹.

2.1. Trabajo voluntario

La nota de voluntariedad –en términos jurídicos y no por necesidad vital– exige que el trabajador preste sus servicios previo acuerdo debidamente manifestado por medio de un contrato de trabajo (concurrencia de voluntades libremente manifestadas), exigencia, que por lo que aquí interesa, comporta, que no podrá calificarse de trabajo asalariado el forzoso, impuesto u obligatorio (art. 1.3 TRLET), y que el trabajo laboral debe prestarse personalmente por parte del propio trabajador contratante (“*sus servicios*”, *ex* art. 1.1 TRLET) sin posibilidad de sustitución sin más. Esta ejecución personal, refuerza la idea que la dependencia o subordinación –tal

¹ Por todas las aportaciones al respecto, y simple modo de ejemplo: ALBIOL MONTESINOS, I.: En torno a la polémica ajenidad-dependencia. Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo, núm. 1/1971 (Valencia); ALONSO OLEA, M.: En torno al concepto de Derecho del Trabajo. Anuario de Derecho Civil de 1967; DE LA VILLA, LE.: En torno al concepto del Derecho español del Trabajo. Revista de Trabajo, núm. 26/1969; MONTALVO CORREA, J.: Reflexiones sobre el concepto del Derecho del Trabajo. Revista del Trabajo, núm. 43/1973. ; MONTOYA MELGAR, A.: Sobre la esencia del Derecho del Trabajo. Escuela Social de Murcia. Murcia, 1972; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo. Revista de Política Social, núm. 71/1966; y, VELASCO, E.: Introducción al Derecho del Trabajo. Ed. Blume. Barcelona, 1976.

y como se comprobará *infra*- compromete a la propia persona del trabajador que presta sus servicios en tales condiciones.

2.2. Trabajos retribuidos salarialmente

En segundo término, el repetido pasaje 1.1 estatutario, previene que se trata de trabajos o servicios “*retribuidos*”, exigencia que debe entenderse satisfecha no por cualquier tipo de pago o contraprestación, sino por medio de salario (art. 26 y concordantes TRLET), y por lo que aquí interesa cabe recordar que se trata de un tipo de remuneración asegurada (ajenidad riesgos) pero que admite distintas formas (art. 26.1 TRLET), incluida la realizada por cantidades variables relacionadas con los resultados del trabajo, y que evidencia que el trabajo se contrata con ánimo de lucro (frutos-riesgos y plusvalía).

Los trabajos que por no ser laborales de origen no conllevan contraprestación salarial, son los expresamente excluidos por el propio legislador (v.gr. art. 1.3 TRLET), pero claro está que hay tipos de contraprestaciones económicas -zonas grises- de las que se puede dudar si son o no salario. Naturalmente el tipo y forma de pago o contraprestación percibida por el trabajador puede ser un indicio para coadyuvar a resolver un conflicto sobre si una relación es o no laboral, pero en el fondo, el referente más solvente al respecto es, generalmente, la ajenidad pues sol o el trabajo ajeno es asalariado. Aunque sea a grandes trazos, es común apuntar que un pago fijo y periódico es un –simple- indicio que los servicios son de naturaleza laboral, y que una contraprestación económica por acto o servicio no lo es porque puede responder a servicios profesionales no laborales. Se puede pretender *despistar* la condición de salario de unos pagos efectuados por prestación de unos servicios, pero, claro está, si así se hace, primero habrá que *ocultar* la condición laboral de tales servicios: la jurisprudencia constata que, como regla general, la centralidad del conflicto está en la valoración de la ajenidad y la subordinación, mientras que el contraste de la contraprestación es accidental o un indicio más o menos convincente según sea el caso objeto de litigio (STS 29 noviembre 2010), apreciación esta última que puede completarse con lo que líneas abajo se dirá sobre la ajenidad del trabajo y trabajador respecto al mercado.

2.3. Trabajos por cuenta ajena y –consecuentemente- en régimen de dependencia o subordinación

El repetido ordinal 1.1 TRLET previene que los servicios laborales, además de ser ofrecidos voluntariamente y ser retribuidos con salario, deben ser prestados “*por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador empresario*”, mandato que, en principio, permite afirmar que el trabajo *objeto del ordenamiento laboral ha de ser prestado por cuenta ajena y en régimen de dependencia o subordinación*.

Tal mandato contempla dos exigencias, y que citadas en el mismo orden en el que lo hace el legislador, son: primero, la ajenidad, y, en segundo lugar, la dependencia (“...*dentro del ámbito de organización y dirección*). El orden de cita utilizado por el legislador ya deja traslucir cierto orden jerárquico entre las dos exigencias; cuestión distinta es que aún siendo dos las exigencias (“y” *ex art. 1.1 TRLET*) bien puede argumentarse que la segunda (dependencia) es una simple consecuencia de la primera (ajenidad), y tan es así que ambas exigencias se glosarán en estas páginas en un mismo subapartado y cambiando el orden de cita dado por el legislador.

A) La dependencia y/o subordinación

La dependencia o subordinación -sin distinguir más por ahora entre ambos términos: aunque más *jurídico* el primero y más *funcional* el segundo- es el único de los cuatro referentes citados por el 1.1 TLET que no se cita nominalmente sino que se describe indicando que tal dependencia o subordinación significa que el trabajo se presta “*dentro del ámbito de organización y dirección*” del empresario (art. 1.1. TRLET), siendo así que el “*trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue*” (art. 20.1 TRLET)...y a cumplir las “*órdenes o instrucciones adoptadas (por el empresario) en el ejercicio regular de sus facultades de dirección*” (art. 20.2 TRLET), sumisión del trabajador que se puede y debe completar recordando que el empresario puede adoptar medidas adecuadas para vigilar y controlar que el que el trabajador cumple sus obligaciones (art. 20.3 TRLET), y que de no hacerlo, puede sancionarlo disciplinariamente. Esta subordinación del trabajador al empresario, más descrita con criterios funcionales, debe completarse con una visión de la dependencia más económica que se puede explicar por el hecho el trabajador también queda sometido al empresario porque es quien decide contratarlo y de quien depende el pago salarial (dependencia económica). Así pues, “*Por dependencia debe entenderse el sometimiento del trabajador a la facultad empresarial consistente en el «permanente poder de especificación del objeto del contrato de trabajo», esto es, en la posibilidad de determinar continuamente la forma en que la fuerza de trabajo de ha de traducir en actividad laboral útil para alcanzar los objetivos empresariales*”². El carácter personal de esta subordinación o dependencia se advierte con mayor intensidad si se recuerda que se exige que el trabajo sea prestado por quien lo contrata, dicho sea según se ha anticipado (“sus” servicios, *ex. art. 1.1 TRLET*).

² ALARCÓN CARACUEL, MR.: La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo. Revista española de Derecho del Trabajo, núm. 28/1986, pág. 254.

El régimen de dependencia o subordinación, es una pauta básica para caracterizar el trabajo asalariado (por subordinado o dependiente) y diferenciarlo del trabajo autónomo, aunque, en realidad, la diferencia entre ambos la explica mejor la ajenidad en los términos que se expondrán (Disposición final primera TRLET).

Cabe notar que la dependencia o subordinación –que desde siempre ha sido un concepto graduable- ha venido sufriendo un largo y, en ocasiones, profundo proceso de adaptación debido a las nuevas formas de trabajar, siendo así que su exigencia o entendimiento se ha flexibilizado pero no suprimido, circunstancia que no corresponde detallar ni ejemplarizar aquí y ahora. La categoría profesional del trabajador o tipos de mismo (v.gr.: servicios profesionales); los medios de producción del trabajo (v.gr.: propiedad del empresario o del trabajador); la propia organización del mismo proceso de trabajo (v.gr.: jornada y horario); el modo de prestarlo (v. gr.: lugar de trabajo y exclusividad o no para un empresario); y la concurrencia de otras circunstancias (v. gr: alta licencia fiscal o no, alta RETA o no, y posibilidad de sustituir al trabajador o exigencia de la prestación personal) , han sido, y son, ejemplos de hechos –indiciarios- que se valoran para dilucidar la concurrencia o no de dependencia o subordinación en una prestación de servicios concreta a los efectos de determinar si los servicios prestados son o no trabajo en el sentido laboral que aquí interesa.

Resulta pues evidente la importancia que tiene la exigencia de la dependencia o subordinación para concretar el régimen en que se presta el trabajo objeto del ordenamiento laboral (dependencia o autonomía); pero en todo caso se debe señalar, sin solución de continuidad, que tal dependencia o subordinación, en realidad, se explica mejor a partir de una de las manifestaciones de la ajenidad (ajenidad de los medios de producción) en los términos que se expondrán *infra* por razones de orden en la exposición, circunstancia que, no obstante, pone de relieve que, como se ha anunciado, buena parte de la dependencia o subordinación se explica por la referida ajenidad, apreciación de la que darán debida cuenta las sentencias que se citarán.

B) La ajenidad del trabajador. Especial consideración de la ajenidad en el mercado

La ajenidad exigida por el precepto 1.1 TRLET, en su sentido más originario, significa que el trabajo que resulta de la actividad que presta el trabajador –bajo la dirección del empresario-, se incorpora *ab initio* -minuto a minuto, segundo a segundo desde el primero- al patrimonio del empresario: nada del resultado del trabajo ha sido o es jamás propiedad del trabajador. Ayuda a comprender el sentido del trabajo por cuenta ajena, recordar que el “*trabajo por cuenta propia*” es un trabajo autónomo (Disposición final primera TRLET): así pues, ajenidad es trabajar por cuenta ajena, no es solo trabajar para otro (simple alteridad).

Para comprobar en la práctica la existencia o no de ajenidad –una labor compleja en no pocos supuestos-, a los efectos de concluir si el trabajo controvertido es o no objeto del ordenamiento laboral, la doctrina académica y la judicial han recurrido a diferenciar las, denominadas, “manifestaciones de la ajenidad”, todas “graduables” y casi todas con puntos débiles o discutibles. Así –v. gr.- se trata de la “ajenidad en los medios de producción” (de propiedad privada del empresario: ajenidad previa y condicionante de la fase de producción), “ajenidad en los frutos” (transmisión *ab initio* de los resultados del trabajo al empresario: ajenidad durante el proceso de producción), ajenidad en los riesgos” (el empresario asume el buen o mal fin –resultado económico- de la operación desde el primer momento de la producción hasta la última operación comercial), “ajenidad en la utilidad patrimonial”, y de “ajenidad en el mercado” (ajenidad post producción). Así pues, al trabajador se le separa desde los medios de producción (fase productiva) hasta del mercado (fase post producción): de la ajenidad a la cuasi alienación.

Como es sabido, para decidir sobre la existencia de la ajenidad se toman en consideración ciertos hechos –simplemente- indiciarios de muy variada condición que por conocidos solo merecen ahora una cita breve y simplemente ejemplificativa: induce a pensar que existe ajenidad el que los medios de producción sean de propiedad o sean aportados por el empresario y que éste sea además quien asuma los gastos que conlleva el trabajo; y, que los frutos (beneficios o pérdidas) del empresario no condicionen de manera sustancial la retribución del trabajo aún admitiendo que el salario puede serlo de muy distintas formas. La ajenidad –y cualquiera de sus dimensiones o manifestaciones- ha sido desde siempre un referente graduable tal y como demuestra la doctrina y el foro, y así lo seguirá siendo porque al mismo ritmo que cambian las formas de prestar servicios se suceden los debates sobre la posible laboralidad de las mismas como demuestran las manifestaciones de servicios o trabajos colaborativos –¿una nueva dimensión de la subordinación y/o ajenidad?- que se ponen en práctica en estos últimos tiempos.

Conviene precisar la siguiente cuestión, en la línea de advertir que la ajenidad es el referente dominante o prevalente para determinar laboralidad de unos servicios, y que la dependencia o subordinación es un referente tan importante como se quiera pero accidental. Partiendo de la idea que los medios de producción (capital) son propiedad privada del empresario-capitalista (arts. 33 y 38 CE), fácil resulta concluir que es tal propietario-capitalista-empresario quien dirige y organiza –“*disponer*”- el negocio empresarial y quien se beneficia o perjudica –“*gozar*”- de los resultados del mismo (art. 348 Código Civil), resultando así que el trabajador (trabajo), por ser ajeno al buen fin del negocio empresarial (art. 1.1 TRLET), depende –personalmente- del empresario y queda subordinado –personalmente- al mismo –funcionalmente- (arts. 1.1 y 20 TRLET). La ajenidad de los medios de producción, explica pues, no sólo la ajenidad en los riesgos u la utilidad patrimonial, sino que es la razón de ser de la subordinación y dependencia del trabajador (art. 33 CE +

art. 348 Cc = art. 1.1 TRLET), es por ello que se ha afirmado que “...es fácil advertir que la dependencia o subordinación forma parte, también, de la alienación...”³. Dicho sea, según la mejor doctrina: “...es esa primera forma de alienación (alienación en los medios de producción), previa al proceso de producción «y por tanto, a la relación de trabajo como tal» la que explica otras dos manifestaciones de la alienación del trabajador como concepto genérico. Una, que tiene lugar en el propio proceso de producción y que define su propia esencia: la alienación en la disposición sobre la fuerza de trabajo desplegada en dicho proceso, lo que parte de la doctrina como dependencia o subordinación. Y la otra se refiere al resultado del proceso de producción, esto es al producto, cuya propiedad no pertenecerá en ningún momento al productor directo sino al capitalista”⁴.

La alienación también existe una vez que trabajador ha concluido la producción del producto o servicio debido, y surge así la denominada “alienación respecto al mercado de bienes y servicios que se explica a partir de una cierta triangulación de las relaciones de producción: entre el trabajador despojado (alienación) de los medios de producción y el empresario a modo de intermediario; y, entre éste y el cliente o destinatario final (mercado). La alienación en el mercado es una manifestación de la alienación que según opinión cualificada es la que mejor la explica: “...lo que caracteriza la producción capitalista, lo que constituye la «diferencia específica» es que, por primera vez en la historia, se trata de una producción para el mercado, para un mercado anónimo y cada vez más amplio, y que solamente se conecta con los productores directos de bienes y servicio a través de un intermediario (el capitalista). Y ello es así, jurídicamente. Quiero decir que «físicamente», puede que quienes aparezcan directamente conectados —y así ocurre siempre en los casos en que la mercancía producida es un servicio) sean el productor directo y el consumidor, mientras que el intermediario capitalista queda en la sombra: pero cuando el productor directo, al concluir su servicio, extiende la mano para cobrarlo, no es su mano sino la larga mano del capitalista la que está recibiendo el pago del consumidor cliente”⁵, alienación del trabajador respecto al mercado, que también se explica apuntando que “...entre el trabajador directo y el consumidor se interponga jurídicamente un extraño, que cobrará el precio del bien o de un servicio, que habrá apagado al trabajador un salario y que procura realzar un beneficio”⁶, una visión de la alienación, que no sólo ayuda a comprender el sentido del principal referente delimitador del tipo de trabajo objeto del Derecho del Trabajo, sino también el sentido del salario como otro de tales referentes comentado líneas arriba. Si se repasan los

³ ALARCÓN CRACUEL, MR. (Coord.), GARRIDO PÉREZ, E., LÓPEZ LÓPEZ, J., MARTÍNEZ ABASCAL, VA., PARDELL VEÀ, A., PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E.: *Dret del Treball i de la Seguretat Social*. Ed. Tecnos. Madrid, 2000, pág. 49.

⁴ ALARCÓN CRACUEL, MR.: *La alienación en el mercado...* op.cit. pág. 497.

⁵ ALARCÓN CRACUEL, MR.: op. cit., pág. 499.

⁶ ALARCÓN CRACUEL, MR., op. cit., pág. 501.

hechos indiciarios que explican la dependencia o subordinación y los de la ajenidad, no resulta muy complicado afirmar que la ajenidad del trabajador respecto al mercado es, posiblemente, la manifestación de la ajenidad que mejor la puede explicar, entre otras razones, porque –a diferencia de la ajenidad en los medios de producción, la ajenidad en los frutos y la ajenidad en los riesgos- es en el que el trabajador menos puede incidir ni que fuera con el hipotético asentimiento del empresario. En *conclusión* “la ajenidad en el mercado es la manifestación más significativa de la ajenidad; la que mejor nos da razón de la diferencia entre alteridad (trabajar «para otro», que es el cliente de quien trabaja) y ajenidad (trabajar «por cuenta de otro» que ofrecerá los productos de «su» trabajador a «sus clientes»); la que está en la base de la ajenidad en la utilidad patrimonial y su inseparable ajenidad en el trabajo; la que nos explica por qué –al estarle vedado el acceso al mercado es donde se puede conseguir «un lucro especial» -la retribución del trabajador por cuenta ajena no puede ser más que «salario»; la que, en fin; impregna, más profundamente –pese a hacerlo desde el exterior- la causa del contrato de trabajo”⁷.

De la importancia que tiene la delimitación del tipo de trabajo que es objeto del Derecho del Trabajo, y de la significación que tiene al respecto la ajenidad en general y la ajenidad en el mercado en particular, dan debida cuenta variadas sentencias, entre las que se citan las que siguen sin mayor comentario debido a que son objeto de detenida glosa en otros capítulos de este mismo libro. La STS de seis de octubre de dos mil diez (nº recurso 2010/2009), resuelve recurso de casación para la unificación de doctrina (Ponente: Manuel Ramón Alarcón), fallando a favor de la naturaleza laboral de la relación objeto de consideración (actores de doblaje), y citando antecedente las STS 16 y 19 julio de 2010, afirma que: “...concurren en el caso todos los rasgos definitorios de la laboralidad establecidos en el artículo 1 del ET y desarrollados por la jurisprudencia a lo largo de años de actividad interpretativa. Los clientes (productoras de cine y televisión) contratan con la empresa y no con los actores la realización de los doblajes (ajenidad en el mercado). Dichos doblajes se hacen en los estudios propiedad de la empresa (ajenidad en los medios de producción), aunque los ensayos puedan realizarse en el domicilio de los actores, puesto que los medios tecnológicos actuales lo permiten, lo cual no significa sino que una parte de la actividad puede ser realizada como trabajo a domicilio, modalidad expresamente prevista en el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores. El trabajo se hace bajo la dirección del Director de Doblaje que contrata y designa la empresa (dependencia o ajenidad respecto a la propia actividad profesional), quien da las instrucciones pertinentes a los actores, lo cual no es óbice para que estos disfruten de un amplio campo de autonomía en el desarrollo de su actividad profesional, dado el carácter artístico y creativo de la misma. El producto del tra-

⁷ ALARCÓN CARACUEL, MR.: op.cit., pág. 543.

*bajo realizado -es decir, los doblajes- y la utilidad patrimonial derivada del mismo -es decir, lo que pagan los clientes- ingresa directamente en el patrimonio de la empresa y no en el de los actores (ajenidad en los frutos y en la utilidad patrimonial) y estos percibirán su salario, en la modalidad de por unidad de obra, expresamente contemplada en el artículo 26.3 del ET, teniendo derecho a ello por el trabajo realizado, independientemente de que la empresa obtenga finalmente el beneficio o lucro perseguido o no lo obtenga (ajenidad en los riesgos)” (FJ, Tercero). La STS de veintiuno de julio de dos mil once (nº recurso 2883/2010), resuelve recurso de casación para la unificación de doctrina (Ponente: Manuel Ramón Alarcón), fallando a favor de la naturaleza laboral de la relación objeto de consideración (Ministerio de Defensa, Instituto Tecnológico “La Marañosa”: contratos de asistencia técnica y consultoría), y tras centrados lo hechos para dilucidar si el contrato en discusiones es de naturaleza laboral o administrativo, se afirma que las “*notas básicas del contrato de trabajo (son): la ajenidad y subordinación*” (FJ, Primero), y se determina que la prestación de servicios controvertida es relación laboral y no administrativa (FJ, Tercero) aduciendo que “*es bien sabido que, desde el punto de vista material, la prestación de servicios profesionales en régimen de ajenidad y dependencia es de naturaleza jurídico- laboral y que solamente es posible calificarla como contrato administrativo porque una ley expresamente permita esa exclusión que, por ello mismo, tiene naturaleza constitutiva y no meramente declarativa. Ahora bien, esa exclusión constitutiva no se producen el vacío, esto es, no es un cheque en blanco que se conceda a la Administración Pública para que -cual nuevo Rey Midas que convertía en oro todo lo que tocaba- pueda convertir en contrato administrativo cualquier contrato materialmente laboral por el solo hecho de calificarlo como tal...*”; planteamiento que, en lo sustancial, se reitera en STS de veintidós de diciembre de 2011 (nº recurso 3796/2010) que resuelve recurso de casación para la unificación de doctrina (Ponente: Manuel Ramón Alarcón), fallando a favor de la naturaleza laboral de la relación objeto de consideración (FJ, Tercero). La STS de diecisiete de mayo de dos mil doce (nº recurso 871/2011) resuelve recurso de casación para la unificación de doctrina (Ponente: Manuel Ramón Alarcón) fallando a favor de la naturaleza laboral de la relación objeto de consideración (perito tasador seguros) y negando la condición de contrato civil de arrendamiento de servicios porque concurren los caracteres definitorios del contrato de trabajo, pues “*“...el perito tasador no utilizaba en su trabajo ningún medio de producción propio sino los de la empresa aseguradora (ajenidad en los medios de producción); en ningún caso era el taller de reparación o el propietario del vehículo accidentado el que contrataba los servicios del perito tasador, que ninguna relación jurídica establece con dichos clientes (ajenidad en el mercado), sino que era la empresa aseguradora la que reclamaba al perito que efectuara la tasación de los daños producidos en los vehículos de sus propios clientes, como una operación más cuya realización es indispensable en el marco de su actuación como tal compañía aseguradora, en cuya organización productiva se insertan los peritos tasadores (ajenidad en la organización de la actividad productiva o dependencia*” (FJ, Segundo). La STS de 19 de febrero de*

2014 (nº recurso 3205/2012), resuelve recurso unificación de doctrina (Ponente: Manuel Ramón Alarcón), declarando la naturaleza laboral de la relación controvertida (tertuliano), afirmando con argumentos que la subordinación es un aspecto más de la ajenidad (FJ, Primero punto 2 primer párrafo), razonando la significación de la *“ajenidad en el mercado (‘el periodista no ofrece el producto de su trabajo directamente a los clientes -los oyentes de la radio: la famosa ‘audiencia’, que es el mercado por el que compiten los diversos medios- sino a la empresa radiofónica que es quien hace llegar ese producto a dicha audiencia, al mercado’)* (FJ, Primero, punto 3, *in fine*), y concluyendo que la denominada *“dependencia”*, integrada *“en el ámbito de organización y dirección del empresario”*, es en realidad *“la ajenidad respecto de la organización de la propia prestación laboral”* (FJ, Primero, punto, 4 *in prius*). Y, por último, valga la cita de la STS de 11 de febrero de 2015 (nº recurso 2353/2013), resolviendo recurso de unificación de doctrina (Ponente: Manuel Ramón Alarcón Caracuel) y fallando a favor de la naturaleza laboral de la relación objeto de consideración (psicólogos CAM), pues *“...la prestación de servicios del actor se realizaba en un indiscutible marco de trabajo por cuenta ajena. Lo hace el Psicólogo empleando los medios materiales de la empleadora (ajenidad del trabajador respecto a los medios de producción o de prestación del servicio), bajo las directrices de la CAM y bajo la dependencia directa de los funcionarios de la Oficina Judicial de la CAM a la que pertenecen (ajenidad respecto a la organización del servicio o dependencia) y sin tener relación jurídica alguna con los destinatarios del servicio (ajenidad en el mercado que, en este caso, no es un mercado con ánimo de lucro económico de la entidad empleadora -puesto que los servicios eran gratuitos- sino un ‘mercado político’: los ciudadanos retribuirán con su voto a los responsables políticos de la CAM si el servicio es de su agrado y los penalizarán en caso contrario; pero a una cosa y a la otra son completamente ajenos los profesionales que prestan sus servicios y que, si trabajaran realmente por cuenta propia, lo que harían sería cobrar el servicio a sus clientes)”* (FJ, Tercero, tercer párrafo).

3. DERECHO DEL TRABAJO Y AJENIDAD

Líneas arriba se ha apuntado que cualquier definición del Derecho del Trabajo pivota sobre el trabajo definido por los cuatro referentes precitados, y especialmente sobre el trabajo prestado por cuenta ajena: así ocurre -v. gr.-, cuando se conceptúa *“com una branca autònoma de l’ordenament jurídic que té per objecte la regulació del treball per compte d’altri, articulada entorn del contracte de treball i dels drets col·lectius dels treballadors, i també de les institucions administratives i judicials que s’ocupen d’aquest objecte”*⁸. También se ha comentado que la función del

⁸ ALARCÓN CARACUEL, MR., GARRIDO LÓPEZ, E., LÓPEZ LÓPEZ, J., MARTÍNEZ ABASCAL, VA., PARDELL VEÀ, A., PÉREZ AMORÓS, F., y, ROJO TORRECILLA, E.: Dret del Treball i de la Seguretat Social. Fundació Univesitat Oberta de Catalunya. Barcelona, 2014, Cap. 1, pág. 24

ordenamiento laboral consiste en intentar equiparar partes desiguales - personas y clases sociales- en conflicto porque una –los menos- detenta el factor capital y la otra –los más- al solo detentar el factor trabajo resultan ser ajenos a los aspectos básicos del proceso de producción: el Derecho del Trabajo no es un derecho cualquiera porque el conflicto que intenta componer no es un conflicto cualquiera sino parte nuclear del conflicto social que surge del roce entre el capital y el trabajo. Y en el fondo, todo esto es así, porque el trabajo origen de conflicto se presta por cuenta ajena y, consecuentemente, en régimen de dependencia y subordinación, y, a más *intri*, porque se vende y compra –a modo de una mercancía más- en un mal, pero expresivamente, denominado “mercado laboral”: hasta este extremo le es ajeno al trabajador el trabajo que presta no solo para otro sino por cuenta ajena.

Concluyo estas reflexiones con las mismas palabras que el Profesor Manuel Alarcón utiliza para iniciar el (su) artículo doctrinal que me ha servido de base para redactar estas páginas: “*Como es sabido, la relación social básica del modo de producción capitalista, la relación capital-trabajo, se produce mediante el encuentro en el mercado (el mercado de trabajo) de dos sujetos jurídicamente libres y propietarios de dos mercancías distintas que van a intercambiar entre sí: dinero y fuerza de trabajo*”. Y, por todo y lo mucho lo que representa en muchos sentidos, convine apuntar que, a lo dicho, el Profesor Alarcón, añade, tras un punto y seguido –es decir sin solución de continuidad alguna- una cita de Marx (El Capital. Siglo XXI de España, 6ª ed., 1978, Libro Primero, página 205), literal que en recuerdo de Manuel Ramón transcribo en la cabecera de estas páginas redactadas en sincero y sentido agradecimiento a la amistad con que me distinguió y en reconocimiento a su buen saber hacer como persona y como profesor universitario.

LA INTEGRACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO EN EL DERECHO DEL TRABAJO Y SUS PECULIARIDADES¹

EDUARDO ROJO TORRECILLA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona*

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. ¿LEJANÍA O ACERCAMIENTO ENTRE EL DERECHO DEL TRABAJO Y EL EMPLEO PÚBLICO? UNAS NOTAS SOBRE EL CAMINO RECORRIDO DESDE LA LEY DE REFORMA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DE 1984 HASTA LA APROBACIÓN DE LA LEY DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO, FUNCIONARIOS Y TRABAJADORES (= EMPLEADOS PÚBLICOS): JUNTOS PERO NO REVUELTOS
3. UN APUNTE SOBRE LAS APORTACIONES DEL MAGISTRADO MANUEL RAMÓN ALARCÓN A LA JURISPRUDENCIA DEL TS
4. RECAPITULACIÓN FINAL

¹ Versión resumida y actualizada de la ponencia presentada en el acto de homenaje al profesor Manuel Ramón Alarcón, celebrado el 18 de septiembre de 2015. Fecha de finalización: 24 de marzo de 2016.

1. INTRODUCCIÓN

La Universidad de Sevilla convocó el día 18 de septiembre de 2015 un acto de homenaje al maestro, compañero y amigo, tristemente fallecido el 26 de mayo, Manuel Ramón Alarcón Caracuel. La organización del acto académico tuvo la amabilidad, que les agradezco muy sinceramente, de invitarme a participar en la jornada de estudio, con la intervención en una mesa de trabajo junto con dos destacados y queridos compañeros, los profesores Antonio Martín Valverde y Francisco Pérez Amorós, asignándome la temática de “La integración del empleo público en el Derecho del Trabajo y sus peculiaridades”.

La oportunidad de participar en el acto era una excelente oportunidad para estudiar la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre el empleo público y la afectación al Derecho del Trabajo de la misma, y en especial la aportación o creación jurisprudencial de Manuel Ramón Alarcón en su condición de magistrado de dicha Sala desde su nombramiento en febrero de 2010.

A tal efecto, y con previa búsqueda de la base de datos del CENDOJ con los términos “Empleo público y relaciones laborales”, procedí a la lectura de las sentencias de las que fue ponente, aun cuando en modo alguno puede olvidarse su destacada participación en la conformación de la importante doctrina del TS en otras sentencias como miembro de la Sala, tal como destacó el magistrado Fernando Salinas en las XXVII jornadas catalanas de Derecho Social, dedicadas a “Los principios esenciales del Derecho del Trabajo. In memoriam profesor M.R. Alarcón”, enfatizando que su aportación “... en un momento de profundas reformas normativas que estaban poniendo en cuestión la esencia misma del Derecho Social en todas sus manifestaciones ha sido de enorme trascendencia... siendo insustituible el papel que ha desempeñado”².

Por ello, y tras una explicación general introductoria sobre cómo han evolucionado, de la mano o separados según distintas etapas históricas, el Derecho del Trabajo y el empleo público, mi atención se centró de forma más general en las líneas doctrinales del TS en materia de relaciones laborales y empleo público, de especial importancia en la etapa en que el profesor Alarcón estuvo en el TS ya que no podemos olvidar el impacto que la reforma laboral de 2012 ha tenido, y sigue teniendo, sobre el empleo público, más exactamente sobre el personal laboral que presta sus servicios en las Administraciones Públicas, en virtud de la aceptación de

² “El legado jurisprudencial del magistrado Manuel Ramón Alarcón”. Ponencia presentada en las XXVII jornadas catalanas de Derecho Social (Barcelona, 17 y 18 de marzo de 2016). <http://www.ius-labor.org/jornades-i-seminaris/ponencies/any-2016/> (última consulta: 24 de marzo de 2016).

la extinción de contratos por causas económicas, técnicas organizativas o de producción. Las sentencias de las que fue ponente Manuel Ramón Alarcón fueron un total de 81, si bien sólo seleccioné aquellas que tenían a mi parecer, más interés doctrinal, si bien creo que Manuel Ramón Alarcón dejó prácticamente huella en todas ellas de sus muchos y profundos conocimientos del Derecho del Trabajo en general y de sus relaciones con el empleo público en particular. Para mi estudio consulté la base de datos desde el 11 de mayo de 2010 (primera sentencia de la que fue ponente Manuel Ramón Alarcón y en la que se abordan cuestiones que afectan al empleo público) hasta la última relacionada con la materia objeto de mi estudio, en concreto la de 6 de abril de 2015³. El resultado de esta tarea fue el texto que se publicó en la página web del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Sevilla⁴, siendo una versión resumida y actualizada del mismo la que ahora se publica.

Recordemos para finalizar esta breve introducción que la importancia cuantitativa del personal laboral en las Administraciones Públicas no es ciertamente desdénable; en efecto, según los últimos datos disponibles que he podido consultar en el Boletín estadístico del personal al servicio de las AA PP (julio de 2015)⁵ del total de 2.542.787 efectivos del conjunto de las Administraciones Públicas, 620.178 son personal laboral, es decir con vínculo contractual laboral, distribuyéndose entre la Administración General del Estado (89.975), Comunidades Autónomas (132.637) y Administración Local (325.317).

³ En los mismos términos se manifiesta el magistrado Fernando Salinas. “Su legado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo no se pudo limitar al estudio de las sentencias o autos de las que ha sido ponente, tanto en la Sala Social como en las Salas Especiales del Tribunal Supremo (como en la del Art. 61 LOPJ o en las Salas Especiales de Conflictos de competencia ex art. 42 LOPJ), defendiendo en tal caso, la tesis que consideraba más justas en interpretación de la normativa constitucional y ordinaria vigentes. Su legado se trasluce también en los votos particulares que redactó o a los que compartiéndolos se adhirió; pero también en las minuciosas (se estudiaba con detalle todas las ponencias ajenas) y razonadas, incluso enérgicas, deliberaciones en las que intervenía, logrando, la mayoría de las ocasiones, la mejora de la ponencia final”. “El legado jurisprudencial...”, ob. cit., pág. 3.

⁴ http://departamento.us.es/dtss/HOMENAJE%20M.R/conferencia_eduardo_rojo.pdf (última consulta: 23 de marzo de 2016).

⁵ <http://>

www.seap.minhap.gob.es/dms/es/web/publicaciones/centro_de_publicaciones_de_la_sgt/Periodicas/parrafo/Boletin_Estadis_Personal/BEP_JULIO_2015.pdf (última consulta: 19 de marzo de 2016).

2. ¿LEJANÍA O ACERCAMIENTO ENTRE EL DERECHO DEL TRABAJO Y EL EMPLEO PÚBLICO? UNAS NOTAS SOBRE EL CAMINO RECORRIDO DESDE LA LEY DE REFORMA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DE 1984 HASTA LA APROBACIÓN DE LA LEY DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO. FUNCIONARIOS Y TRABAJADORES (= EMPLEADOS PÚBLICOS): JUNTOS PERO NO REVUELTOS

En la ponencia presentada por el profesor Alarcón en las XXV Jornadas catalanas de Derecho Social, con el título “Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores”⁶, que tuve el honor de organizar y codificar, junto con la magistrada Matilde Aragó, en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma los días 21 y 22 de febrero de 2014 4, titulada “Los despidos objetivos en el sector público. El caso particular de los trabajadores indefinidos no fijos”, hay una excelente y muy lúcida explicación introductoria de la materia abordada después, procediendo al “Enquadramiento histórico-conceptual del despido objetivo en el sector público”, cuya lectura recomiendo encarecidamente para todas las personas interesadas en la evolución del marco normativo del personal que presta sus servicios en el sector público y su progresiva (con muchos matices e idas y vueltas) “laboralización” o “administrativización” contractual” (que no funcionarial), desde el análisis previo del paso del Estado abstencionista al Estado intervencionista a partir de la finalización de la segunda guerra mundial en Europa, subrayando el autor que este tránsito se llevó a cabo “con grandes resistencias tanto por los cuerpos altos de la Administración Pública como por la mayor parte de los administrativistas académicos”.

Para el profesor Alarcón “De ahí que cuando la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 30/1984, de 2-8, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, ordenó la desaparición del contrato administrativo de prestación de servicios –un contrato materialmente laboral pero cuyos sujetos se encuentran privados tanto de la estabilidad en el empleo propia del funcionario público como de la que brinda, con todas sus limitaciones, el Derecho del Trabajo- ello no fue el final de una situación muy insatisfactoria sino el comienzo de una larguísima lucha, ya que al contrato administrativo se le expulsó por la puerta pero se le dio entrada por la ventana bajo diversas fórmulas que fueron apareciendo en sucesivas leyes de empleo público. Así, por una parte, la citada Disposición Adicional Cuarta de la Ley 30/1984 decía en su párrafo 1: “A partir de la fecha de la entrada en vigor de la presente Ley no podrán celebrarse por las Administraciones Públicas contratos de colaboración temporal en régimen de derecho administrativo”. Pero, en su párrafo 2, añadía: “Los contratos a celebrar excepcionalmente por las Administraciones Pú-

⁶ <http://www.huygens.es/esp/libro/vulnerabilidad-de-los-derechos-laborales-y-de-proteccion-social-de-los-trabajadores>

blicas con personal para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales se someterán a la legislación de contratos del Estado, sin perjuicio, en su caso, de la aplicación de la normativa civil o mercantil”. Posteriormente esta figura desaparecerá pero irán apareciendo otras similares. Así, en la Ley de Contratos de las AAPP (Ley 13/1995, de 18-5 y posterior texto refundido en Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16-6) aparecen el contrato de consultoría y asistencia y el de servicios. Y hasta tal punto ello es así que, cuando una norma tan importante y emblemática como es el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP, Ley 7/2007, de 12-4), vuelve a reafirmar el carácter bipolar de nuestro empleo público –integrado únicamente por funcionarios y contratados laborales: art. 2.1 EBEP, con la única salvedad del llamado “personal eventual” de confianza o asesoramiento especial (art. 12 EBEP); porque, en cuanto a los denominados “funcionarios interinos”, el art. 10.5 EBEP dice que “les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera”– tampoco se consigue hacer desaparecer este tipo de contratos administrativos de prestación de servicios. En efecto, la Ley de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007, de 30-10, y su posterior y vigente texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14-11) mantiene la figura del “contrato de servicios” cuyo sujeto, aparte de la Administración Pública contratante, puede ser no solamente una sociedad o empresa sino también una persona física, en cuyo caso, de nuevo, una relación jurídica materialmente laboral aparece regulada como contrato administrativo en un texto normativo posterior al EBEP”⁷.

⁷ Para el profesor Alarcón, “Pero, dejando al margen esa persistente anomalía del contrato administrativo de servicios totalmente desprovisto de la tutela contra el despido que brinda la legislación laboral y, por supuesto, sin la inamovilidad característica de los funcionarios, lo cierto es que, a lo largo de las últimas décadas, se ha ido normalizando la contratación laboral en el ámbito del empleo público y, por otra parte, se ha ido produciendo un paulatino proceso de ósmosis entre la figura del funcionario público y la del contratado laboral de los entes públicos. Tal proceso culmina, por ahora, con el EBEP de 2007, cuyo título ya es muy significativo: por primera vez se da carta de naturaleza al “empleado público” 5 como género en el que se integran esas dos especies: el funcionario –ligado mediante una relación de carácter administrativo– y el laboral, sujeto de un contrato de trabajo. De todas formas, hay que reconocer que, en esta paulatina integración, el EBEP se quedó a medio camino, como puede apreciarse en la propia arquitectura del art. 1 del EBEP. Mientras su párrafo 1 dice “el presente Estatuto tiene por objeto establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación”, en su párrafo 2 se añade “asimismo tiene por objeto determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”. Esto da a entender una cierta relación regla/excepción entre una y otra figura, sospecha que se confirma con la lectura del art. 2.1 EBEP: “Este Estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes AAPP...” (subrayado nuestro). Y, además, aún quedan reminiscencias de ese concepto del funcionario público como una figura ligada al “ius imperium” de las AAPP, cuando el art. 9.2 del EBEP dice (siguiendo una antigua doctrina del TC): “En todo caso, el ejercicio de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente

Pero antes de la reforma operada por la Ley 30/1984 conviene recordar cuál era la regulación de los llamados “contratos de colaboración temporal”, o lo que era lo mismo, contratos de servicios en régimen administrativo. Lo explica con detalle y rigurosidad la profesora Susana Rodríguez Escanciano en su ponencia presentada al I Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais”, titulada “Externalización del empleo público y degradación de los principios de mérito y capacidad”⁸: “...procede destacar cómo, en un principio, el art. 6.2 b) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964 (LFCE), autorizaba su suscripción cuando el objeto fuera la cooperación durante un período dado en las tareas de la respectiva dependencia en consideración al volumen de la gestión encomendada al Ministerio o centro, si por exigencias y circunstancias especiales de la labor no pudieran atenderse adecuadamente por los funcionarios de carrera a disposición del organismo. Con posterioridad, el Decreto 1742/1966, de 30 de junio, dispuso una regulación más pormenorizada de este tipo contractual, estableciendo —como límite— que su duración no podía ser, en ningún caso, superior al año. Por su parte, el art. 25.1 del Texto Articulado Parcial de la Ley 41/1975, de Bases del Estatuto del Régimen Local, aprobado por el Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, autorizaba su utilización a las Corporaciones Locales para “labores administrativas o técnicas, concretas y con una duración no superior a un año”. De este modo, aun cuando se contemplaba como una válvula de escape de carácter excepcional, capaz de aliviar la rigidez del corsé funcionarial, poco idóneo para seleccionar personal urgentemente o para casos de extraordinaria especificidad de la prestación, en verdad esta fórmula fue utilizada con asiduidad como alternativa para eludir la aplicación de la normativa social”.

En mi ponencia sobre “La relación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, presentada en el XI Congreso de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social celebrado el año 2000 en Valencia afirmaba, y me permito ahora recuperar esta cita porque la realidad jurídica y social de los años posteriores ha confirmado y reforzado el parecer que entonces sustentaba, que “hay muchos más puntos de encuentro que de confrontación entre ambos regímenes (laboral y funcionarial), de forma que ambos se asemejan cada vez más y se va diluyendo la clásica distinción y diferenciación que existía entre ambos”. Las razones del cambio eran básicamente “los avances producidos en el terreno de la negociación colectiva en el sector público y la regulación de numerosas cuestiones que se enmarcan dentro de las relaciones individuales de trabajo, cual era la regulación de las condiciones en que se llevaba a cabo la prestación de

a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca....”.

⁸ <https://cofpas.files.wordpress.com/2015/03/externalizacion-empleo-publico.pdf> (última consulta: 23 de marzo de 2016).

servicios, no por la vía del convenio o del contrato individual como ocurre en el ámbito laboral, sino por el mecanismo legal (leyes y reglamentos) que regulaban con todo detalle esas condiciones y que los poderes públicos tenían amplias posibilidades de modificar de forma unilateral”.

Destaco por su importancia la última reforma del EBEP operada antes de la aprobación del texto refundido. Me refiero a la introducida por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, que entró en vigor el día 18 y que mereció la atención de los medios de comunicación no por los cambios introducidos, entre otras muchas normas, en el EBEP en materia de la nueva e importante regulación de los funcionarios interinos... sino porque se “devuelve” un día de permiso por asuntos propios a los empleados públicos. Curioso análisis de una norma que introduce cambios importantes, repito, no sólo en el EBEP sino en muchas otras normas, y que para algunos medios parece reducirse a que los empleados públicos “trabajarán un día menos”, cuando todo aquel que conoce las relaciones laborales, ya sea en el sector público o privado, sabe que lo más importante es el cómputo anual de la jornada de trabajo, y en segundo término cómo se distribuye la jornada durante los doce meses y los períodos de cómputo, habitualmente semanales.

Sólo deseo enfatizar en esta explicación, la importancia que puede tener a medio plazo la modificación del art. 10 1 c) del EBEP, ya que cabe muy razonablemente pensar que será utilizada por las AA PP en detrimento de la contratación laboral de interinidad por vacante que tantos quebraderos jurídicos ha motivado y con conflictos de indudable importancia que han llegado hasta la Sala de lo Social del TS. Así, mientras que la redacción anterior consideraba como funcionarios interinos (es decir, aquellos que “por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera”) quienes eran nombrados por darse la circunstancia de necesidad de “La ejecución de programas de carácter temporal”, el nuevo texto “traslada” la mayor parte de un contenido laboral, el art. 15.1 a) de la Ley del Estatuto de los trabajadores, a la normativa administrativa, sólo que, obviamente, sin la protección de estabilidad de la relación contractual que la LET regula cuando se vulnera dicho precepto. En efecto, el nuevo epígrafe c) del EBEP considera como funcionarios interinos quienes sean nombrados para “La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto”.

Con este precepto se completa, salvo, insisto, en el ámbito de la protección frente al incumplimiento por parte del empleador de la relación contractual laboral, la aproximación iniciada por la redacción originaria del EBEP al art. 15 (modalidades contractuales de duración determinada) de la LET, que ya incorporó la con-

sideración de funcionario interino a quien fuera nombrado por darse la circunstancia de “exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses” (el primer inciso del art. 15 1 b de la LET regula como modalidad contractual de duración determinada “Cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa. En tales casos, los contratos podrán tener una duración máxima de seis meses, dentro de un período de doce meses, contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas”).

Pero además, tanto para los funcionarios interinos que sean nombrados al amparo de la nueva redacción del apartado c) del art. 10 como también para quienes lo sean de acuerdo a lo dispuesto en el apartado d), se introduce una movilidad favorable a la Administración y que habrá que estar muy atentos a su aplicación efectiva en cuanto a lo que pueda suponer de movilidad funcional y/o movilidad geográfica. No de otra forma puede entenderse a mi entender la incorporación de un nuevo apartado, número 6, al art. 10, con esta redacción: “El personal interino cuya designación sea consecuencia de la ejecución de programas de carácter temporal o del exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses, podrá prestar los servicios que se le encomienden en la unidad administrativa en la que se produzca su nombramiento o en otras unidades administrativas en las que desempeñe funciones análogas, siempre que, respectivamente, dichas unidades participen en el ámbito de aplicación del citado programa de carácter temporal, con el límite de duración señalado en este artículo, o estén afectadas por la mencionada acumulación de tareas.”.

3. UN APUNTE SOBRE LAS APORTACIONES DEL MAGISTRADO MANUEL RAMÓN ALARCÓN A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Hago referencia a continuación a tres sentencias que creo que deben merecer nuestra atención, y remito para un estudio más detallado de la doctrina de la que ha sido coautor Manuel Ramón Alarcón a la ponencia presentada el 18 de septiembre, así como también a la ponencia del magistrado Fernando Salinas referenciada con anterioridad⁹.

⁹ Vid en especial “Administraciones públicas, empleadoras y condiciones más beneficiosas: si concurren los presupuestos para su adquisición son plenamente válidas pese a la naturaleza pública del empleador e incluso de contrariarse las restricciones genéricas: SSTs/IV25-junio 2014 (rcud 1885/2013) y 25-junio-2014 (rcud 1994/2012). Tal como explica Fernando Salinas, “La doctrina jurisprudencial consistente en declarar que el hecho de tratarse de una Administración pública empleadora no exime del respeto a las reglas de adquisición de la condición más beneficiosa (CMB) pues con ello no se infringe ninguna norma sino que se respeta el ordenamiento jurídico laboral, se estableció de forma tajante en

1. Contratos administrativos y contratos laborales. Exclusión constitutiva y no declarativa. A propósito de la sentencia de 21 de julio de 2011 (Rec. 2883/2010)¹⁰

La sentencia se dicta dando respuesta, como así será en la mayor parte de las ocasiones, a un recurso de casación en unificación de doctrina. El resumen oficial de la sentencia es el siguiente: “Despido. Competencia del Orden Social. Contrato administrativo de consultoría y asistencia. Dependencia y ajeneidad. Diferencia entre contrato administrativo y laboral. Posible existencia de relación laboral”. En contra del criterio defendido por el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, la Sala estimó el RCU y declaró la competencia del orden jurisdiccional social por entender que el contrato cuya extinción motivó el litigio jurídico, concertado por la demandante con el Ministerio de Defensa (más exactamente dos: uno primero calificado como “contrato administrativo de consultoría y asistencia”, y uno segundo como “contrato de servicios) era laboral y no administrativo.

Se trata, muy probablemente, de una de las sentencias en las que mejor puede apreciarse el parecer del ponente sobre la necesidad de que aquellas relaciones de trabajo que cumplan con los presupuestos sustantivos característicos de las relaciones contractuales laborales sean sometidas al Derecho del Trabajo y no al Derecho Administrativo, y en donde queda demostrado que el innegable tono jurídico que ha de tener una resolución judicial no es incompatible en modo alguno con la claridad y precisión en la argumentación desde una perspectiva más práctica. Ejemplo palmario de aquello que he acabado de explicar queda reflejado en un fragmento del fundamento de derecho tercero, en el que, tras referirse a la necesidad de que la exclusión de relaciones jurídicas que en principio deberían estar sometidas al Derecho laboral por reunir los requisitos de ajeneidad y dependencia puedan quedar extramuros del mismo y sometidas al Derecho Administrativo siempre y cuando una ley permita esa exclusión, es decir se trate de una exclusión constitutiva y no meramente declarativa, afirma con contundencia a continuación que “Ahora bien, esa exclusión constitutiva no se produce en el vacío, esto es, no

dos asuntos análogos muy debatidos que concluyeron en las SSTs/IV 25-junio-2014 (rcud 1885/2013, Pleno, ponente Alarcón, Voto particular López García de la Serrana, Gilolmo, Luelmo y Souto) y 25-junio-2014 (rcud 1994/2012, Pleno, ponente Alarcón, Voto particular López García de la Serrana, Gilolmo, Luelmo y Souto), rechazando la tesis opuesta reflejada en otras sentencias del propio Tribunal Supremo (entre otras, la STS/IV 16-febrero-2009 rcud 1472/2008) que habían exigido que cuando se tratara de una Administración pública era necesario que la condición más beneficiosa se hubiere establecido por el órgano de la citada Administración pública que tuviera competencia para ello”. “El legajo jurisprudencial...”, ob. cit, pág. 7.

¹⁰ [http://](http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=6140091&links=%22MANUEL%20RAMON%20ALARCON%20CARACUEL%22&optimize=20111010&publicinterface=true)

www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=6140091&links=%22MANUEL%20RAMON%20ALARCON%20CARACUEL%22&optimize=20111010&publicinterface=true (última consulta: 10 de septiembre de 2015).

es un cheque en blanco que se conceda a la Administración Pública para que -cual nuevo Rey Midas que convertía en oro todo lo que tocaba- pueda convertir en contrato administrativo cualquier contrato materialmente laboral por el solo hecho de calificarlo como tal (a través de las sucesivas configuraciones legales y denominaciones que esos contratos administrativos de prestación de servicios han recibido por parte de las sucesivas leyes de la contratación administrativa que se reseñan en la propia sentencia recurrida: para trabajos específicos y concretos no habituales; de consultoría y asistencia, de asistencia o servicios, etc.). Por el contrario, esa exclusión constitutiva tiene que tener un fundamento, pues de lo contrario entraría en abierta contradicción con el artículo 35.2 de la Constitución que establece que “la ley regulará un estatuto de los trabajadores”, de la misma forma que el artículo 103.3 dice que “la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos”. Es decir, la Constitución establece un modelo bipolar (funcionarios y laborales) del personal al servicio de las Administraciones Públicas, modelo al que se han ido aproximando las sucesivas concreciones de la legislación ordinaria -y la que más lo hace es el Estatuto del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril, artículos 8 a 12), si bien ese modelo bipolar siempre ha permitido algunas excepciones de contratos administrativos de prestación de servicios personales que, como tales excepciones deben ser interpretadas restrictivamente y que, como decíamos, siempre se han autorizado sobre la base de alguna razón justificadora”. Este largo párrafo no sólo tendrá valor para el caso concreto, sino que será recogido en muchas sentencias posteriores de la Sala cuando deba abordar el conflicto de existencia de relación laboral o administrativa para fijar su posición.

Por mucho que existiera, en el momento en que se inició la relación contractual de la que conoció el TS, una regulación que permitía el contrato administrativo, lo cierto es que su existencia quedaba condicionada al cumplimiento estricto de la normativa de aplicación (en aquel momento el RDLeg 2/2000 de 16 de junio), y no tenía cabida en dicho supuesto, como recuerda la Sala, “que el profesional se inserte en el ámbito organizativo de la Administración contratante para, codo con codo con el resto del personal funcionario y laboral de la misma, y bajo la dirección de superiores jerárquicos de la propia Administración contratante y con los medios de ésta, participe, como es el caso, en tareas habituales de la propia Administración contratante, por mucho que las mismas se subdividan en proyectos concretos, por cierto de varios años de duración...”. Además, la importante aportación doctrinal de la sentencia se manifiesta también en la reflexión obiter dicta sobre la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de contratos del sector público, que no es de aplicación al caso, que requiere que el contrato administrativo sea efectuado con sujetos que acrediten “solvencia económica, financiera y técnica o profesional”, algo que demuestra claramente para la Sala que el legislador “está pensando en una organización empresarial que tenga capacidad de alcanzar el objeto del contrato y no en un trabajador que se inserta en la organización de la Administración empleadora para llevar a cabo una tarea profesional del tipo que sea”.

2. Igualdad de trato en el empleo público. Sobre la sentencia de 7 de diciembre de 2011 (Rec. 4574/2010)¹¹

El litigio versa sobre reclamación de cantidad por parte de una trabajadora que presta sus servicios para un ayuntamiento y que realiza tareas de categoría superior a las que corresponden por la retribución percibida. El resumen oficial de la sentencia es el siguiente: “Cantidad. Personal laboral indefinido no fijo de un Ayuntamiento. Exclusión del Convenio Colectivo. Violación del art. 14 CE y art. 15-6 y 17 ET”.

El interés doctrinal de la sentencia radica en la acreditación de la vulneración del principio de igualdad y de prohibición de la discriminación en relación con los arts. 15.6 y 17.1 de la LET, tratándose de un supuesto en el que la trabajadora no era temporal sino que tenía la condición de indefinida no fija, cuya naturaleza, afirma la Sala, “es mucho más próxima a la de un trabajador fijo que a la de un trabajador temporal como ha declarado esta Sala... en la sentencia de 4 de diciembre de 2008...”. Pero, en cualquier caso, y refiriéndose previamente a la posible justificación de diferencia de trato entre trabajadores temporales e indefinidos, la Sala, con apoyo en la doctrina constitucional, es tajante al respecto: “...la prohibición de trato desigual injustificado afecta de manera especial precisamente a las Administraciones Públicas, hasta el punto de convertirse en un auténtico deber de igualdad de trato que se basa no solamente en la prohibición de discriminación sino también en el principio de igualdad ante la ley y en la interdicción de arbitrariedad. Así, la STC 34/2004, de 8 de marzo, afirma en su Fundamento Jurídico nº 3 que “cuando la empleadora es la Administración pública, ésta no se rige en sus relaciones jurídicas por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), con interdicción expresa de la arbitrariedad (art. 9.3 CE). Como poder público que es, está sujeta al principio de igualdad ante la ley que concede a las personas el derecho subjetivo de alcanzar de los poderes públicos un trato igual para supuestos iguales (SSTC 161/1991, de 18 de junio, FJ 1; y 2/1998, de 12 de enero, FJ 3)”.

¹¹ <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=6247503&links=%224574%2F2010%22%20%22MANUEL%20RAMON%20ALARCON%20CARACUEL%22&optimize=20120127&publicinterface=true> (última consulta: 10 de septiembre de 2015).

3. La contratación para obra y servicio determinado no puede justificarse por vinculación a la disponibilidad presupuestaria. A propósito de la sentencia de 3 de febrero de 2015 (Rec. 37/2014)¹²

La interpretación pro operario o en favor del trabajador que siempre defendió el profesor Alarcón, tanto en su actividad académica como desde 2010 en su vida judicial de la normativa laboral, se pone claramente de manifiesto en la sentencia ahora referenciada, en este caso resolviendo un recurso de casación interpuesto por la federación agroalimentaria de CC OO en proceso de conflicto colectivo solicitando el cumplimiento de un acuerdo suscrito el 31 de marzo con la empresa pública “Empresa de medio ambiente y aguas de la Junta de Andalucía”, en virtud del cual pasarían a la condición de trabajadores fijos “los trabajadores que cumplan con los requisitos determinados en el mismo, esto es, que acumulen 54 meses de contratación continuada a la firma del acuerdo definitivo, entendiendo por continuada, que no existan interrupciones contractuales de periodos superiores a 50 días en cómputo global”. El resumen oficial de la sentencia es el siguiente: “Conflicto colectivo. Cumplimiento del acuerdo de transformación de contratos temporales en indefinidos, procede la transformación en indefinidos no fijos, sin que ello vulnere la previsión de la Ley de Presupuesto”.

La Sala desestima el recurso interpuesto por la parte empresarial contra la sentencia de instancia dictada por el TSJ (sede Granada) de 19 de septiembre de 2013. La alegación empresarial se basa en la imposibilidad jurídica de cumplir con el citado acuerdo por imperativo legal, ya que la Ley autonómica de presupuestos para 2013 disponía en su art. 11.3 la obligación de recabar autorización de la Consejería de Hacienda y Administración Pública para la contratación de personal fijo en las entidades de ámbito público citados en el mismo, y que dicha autorización no le fue concedida a pesar de haberla solicitado. El argumento contrario de los demandantes, y después recurridos, es que no estamos en presencia de “contratación”, ni de incorporación, ni de nuevo ingreso de trabajadores, sino simplemente de transformación de la modalidad contractual.

La tesis de la Sala es la de la parte recurrida, si bien pone de manifiesto que ciertamente esa transformación, tal como alega la parte recurrente, puede suponer algún coste adicional a la empresa derivado del abono del complemento de antigüedad o del de la indemnización legalmente debida en caso de producirse la extinción del contrato. Pero, una vez reconocido este posible trastorno económico, afirma con

¹² <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7336799&links=%2237%2F2014%22%20%22MANUEL%20RAMON%20ALARCON%20CARACUEL%22&optimize=20150327&publicinterface=true> (última consulta: 10 de septiembre de 2015).

una contundencia clara e indubitada que la norma presupuestaria que condiciona las nuevas contrataciones a la autorización en cuestión “debe ser interpretada restrictivamente por dos razones: primera, por su carácter excepcional pues contradice la regla general del art. 70 del EBEP (Ley 7/2007) sobre la oferta anual de empleo público; y segunda, porque -en su aplicación a un caso como el de autos- es una norma restrictiva de derechos. Por esa razón, donde dice “contratación”, “nuevo ingreso”, “incorporación”, no podemos entender comprendidos un supuesto de cambio en la calificación jurídica de un contrato ya existente, aunque dicho cambio conlleve un cierto -pero muy limitado- aumento de costes”.

4. RECAPITULACIÓN FINAL

¿Qué puede decirse, a modo de recapitulación final, cuando concluyo este artículo? Se me ocurren dos ideas que creo que han sido el leitmotiv de toda la explicación anterior y que permiten efectuar, así lo creo, una buena síntesis de todo ello.

En primer lugar el proceso de contaminación permanente desde mediados de los ochenta del siglo XX entre el Derecho Administrativo y el Derecho del Trabajo, y si para muestra reciente vale un botón véanse las modificaciones operadas en materia de conciliación de vida familiar y laboral, consistentes en una redacción prácticamente idéntica de modificación, por una parte, de la LET, y por otra, del EBEP. La profesora Nuria de Nieves Benito, con mención a los maestros del iuslaboralismo español Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar, afirmaba en un artículo publicado en la Revista del (entonces) Ministerio de Trabajo e Inmigración, titulado “El acceso al empleo público laboral”¹³, que “El Derecho Administrativo de la Función Pública y el Derecho del Trabajo se han influido recíprocamente en la ordenación del personal funcionario y del personal laboral lo que ha producido una progresiva aproximación de sus respectivos estatutos jurídicos. Así, por ejemplo, en un primer momento, instituciones administrativas como los sistemas de selección de personal o las excedencias fueron acogidas por la legislación laboral; más adelante, instituciones nacidas en el ámbito del Derecho del Trabajo, como la negociación colectiva, han acabado siendo implantadas en los dominios de la función pública”. De “ósmosis” entre ambos derechos ya había hablado el profesor Alarcón, muchos años antes, en 1985 en su obra “La nueva configuración legal de la relación de empleo público: funcionarios y contratos laborales”¹⁴, cuyo

¹³ http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/anyo2011/Revista_MTIM_93.pdf (última consulta: 10 de septiembre de 2015).

¹⁴ <http://opac.inap.es/OPAC/opac/FullDisplay.jsessionid=9F29DCAACE8D367E4223D3D875244F34?rpp=10&m=1&w=NATIVE%28%27AU+ph+words+%27%27ALARCON+CARACUEL++MANUEL+RAMON%27%27%27%29&order=CAT.MTYPE> (última consulta: 10 de septiembre de 2015).

resumen era el siguiente: “la Ley de bases del régimen local 30/84 y el proyecto de medidas para la reforma de la función pública ofrecen en el ámbito de la contratación un nuevo panorama, al suprimir el contrato administrativo de prestación de servicio, fuente de desigualdades frente a la contratación laboral, con la que coexistía”; y esa relación, ciertamente complicada, fue estudiada exhaustivamente por el profesor Xavier Boltaina en su tesis doctoral, presentada en la UAB en 2004, “Los procesos de funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”¹⁵. Pero, tal contaminación no ha llegado, al menos hasta este momento, a desvirtuar la diferente regulación, especialmente puesta de manifiesto tras la reforma laboral de 2012 y la plena aceptación por el legislador de la posibilidad de proceder a despidos colectivos en el seno de las AA PP, en punto a la estabilidad en el empleo entre el personal funcionario y el personal laboral.

En segundo lugar, las aportaciones del magistrado Manuel Ramón Alarcón en sus cinco años de vida judicial han sido muchas y relevantes, y en el ámbito objeto de mi estudio, el empleo público, han tenido especial relevancia en asuntos tan significativos como el fraude de ley, la aplicación de la LET y en concreto de sus arts. 51 y 52.c) a las extinciones de contratos de indefinidos no fijos por amortización de la plaza ocupada, y los trabajos de colaboración social con un uso de la norma que desvirtuaba su originaria finalidad.

Termino con un fragmento del texto escrito en mi blog el 27 de mayo¹⁶, un día después de su fallecimiento y que sigue teniendo, lo afirmo con contundencia, plena actualidad: “Manuel Ramón unió Andalucía y Cataluña, pasando por Madrid. Dije con ocasión de una tesis doctoral en la UAB hace varios años que la escuela sevillana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social creada por Miguel Rodríguez-Piñero había echado raíces también en Cataluña y que había incorporado a brillante profesorado de la Universidad Complutense, y es obvio que estaba refiriéndome a mis amigos Francisco Pérez Amorós, Julia López López, Agnès Pardell Veà y Vicente Martínez Abascal, a los que se uniría después mi discípulo Ferran Camas Roda, y que había llegado por avión y continuado en tren, y que sólo faltaba para hacer el recorrido geográfico de dicha escuela, desde Girona a Sevilla, que dispusiéramos del AVE. Hoy, en mayo de 2015, ese deseo se ha convertido en realidad y es algo más que un símbolo de esa muy estrecha relación que existe entre la mayor parte del profesorado de las universidades de toda Cataluña con la escuela sevillana”.

¹⁵ <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5220/XBB1DE2.PDF?sequence=1> (última consulta: 10 de septiembre de 2015).

¹⁶ <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2015/05/el-betis-en-el-cielo-manuel-ramon.html> (última consulta: 10 de septiembre de 2015).

LA INFLUENCIA DEL DERECHO DEL TRABAJO SOBRE EL RÉGIMEN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

MARÍA JOSÉ FEIJOO REY

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona*

Palabras, en homenaje a mi maestro, Manuel Ramón Alarcón Caracuel (D.E.P.)
Siempre estarás presente

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
 - 1.1. ELEMENTO A DESTACAR
 - 1.2. ELEMENTO A VALORAR
2. EVOLUCIÓN Y LA VISIÓN DE FUTURO: “EL PROCESO DE ÓSMOSIS”
 - 2.1. EL PUESTO DE TRABAJO, DE UNOS Y DE OTROS
 - 2.2. EL SISTEMA DE SELECCIÓN, DE UNOS Y DE OTROS
3. EL PLAN DE ORDENACIÓN DE RECURSOS HUMANOS: LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA, A MODO DE EJEMPLO DE LA INFLUENCIA LABORAL EN EL RÉGIMEN FUNCIONARIAL
4. UNA REFLEXIÓN FINAL

Su primera publicación al respecto de esta temática, data de 1986. En estas páginas, mayoritariamente, he puesto de relieve sus palabras, precursoras y de plena vigencia en 2016, tres décadas después, haciéndole protagonista de su propio homenaje.

1. INTRODUCCIÓN

Funcionario público es la persona que presta servicios profesionales (permanentes o no, según sea de carrera o interino) retribuidos para una Administración Pública, a quien en el desarrollo de esa relación jurídica, que nace mediante un nombramiento y la consiguiente toma de posesión, le es de aplicación un régimen jurídico de naturaleza pública administrativa.

En consecuencia, la relación jurídica público funcionarial, se regula por normativa de carácter administrativo, y ello supone, entre otras cuestiones, que, en caso de conflicto se residenciará en sede jurisdiccional contenciosa administrativa. Y, ciertamente, en esta vertiente de carácter profesional, entre el empleado –funcionario público– y el empleador –Administración Pública–, las funciones que realiza el funcionario público se circunscriben al ámbito de las relaciones laborales con su empleador de naturaleza pública, esto es, una Administración Pública.

En una época inicial, la Administración Pública presta las funciones que corresponden a un Estado que se responsabiliza de justicia, seguridad, recaudación... funciones de carácter esencial, lo cual no requiere un excesivo número de personal a su servicio y, en su caso, cuando lo precisa, puede articular los procesos de selección establecidos para el acceso de nuevo personal funcionario, ya que la necesidad no se produce de forma sobrevenida, sino más bien planificada en tiempo y forma, respetando todo el proceso establecido en el sistema de selección que contiene la normativa administrativa.

1.1. Elemento a destacar

Este escenario cambia sustancialmente cuando el Estado deviene un Estado Social, y, en consecuencia, el Estado pasa a ser un auténtico prestador de servicios, a destacar, educación, sanidad, servicios sociales... Esto es, *“se produce una progresiva transmutación en la Administración Pública contemporánea, que de ser mero brazo ejecutor de las funciones públicas dimanantes del principio de soberanía y que implican el ejercicio de “imperium” ha pasado a simultanear ese papel clásico con el de gestora de un creciente número de empleados públicos”* (ALARCÓN CARACUEL, 1986; p. 5).

Atender a los diversos servicios cuya prestación asume el Estado, supone la necesidad de un amplio número de personal a su servicio, que no lo tiene y, que

además, el sistema de selección funcional no es el adecuado para la celeridad que requiere un cambio como el que acontece en ese momento de transformación. *“Aquéllas funciones públicas requieren ser atendidas – al menos, esa es nuestra firmemente consolidada tradición jurídica, pero no es el caso de los países anglosajones- por funcionarios públicos (la concomitancia terminológica es bien expresiva), es decir, personas dotadas de un estatuto jurídico especial, una de cuyas principales características es la de salvaguardarles frente a eventuales vaivenes políticos, a cuyo fin se les otorga una estabilidad en el empleo notoriamente resistente y, como contrapartida, se los somete a unos sistemas de selección y de promoción especialmente rígidos”* (ALARCÓN CARACUEL, 1986; p.6).

No sin reticencias de carácter administrativo, se acude a la contratación laboral, como una forma diferente, y más flexible, de vinculación jurídica con la Administración Pública en ese rol de empleador –público- que adopta en este caso, considerando que la contratación laboral tiene un proceso de selección mucho más ágil y poniendo en valor, también, las posibilidades de contratación por la diversidad tipológica recogida en la normativa laboral. Ese es el elemento a destacar: la irrupción del Derecho del Trabajo en la Administración Pública empleadora. ¿Por qué? *“Porque las nuevas actividades de la Administración como prestadora de servicios públicos, no solamente no exige que se presten por ese tipo de empleado público sino que, muy al contrario, el modelo funcional resulta especialmente inadecuado, dada la rigidez que le caracteriza. De ahí que, aunque no fuera más que por un procedimiento más ágil que el tradicional de las oposiciones, la Administración Pública acudió al sistema de la contratación”*. (ALARCÓN CARACUEL, 1986; p.6).

1.2. Elemento a valorar

El rechazo frontal inicial, no impidió que la contratación laboral emprendiera un camino sin retorno, aunque, eso sí, tendrá oscilaciones en su mayor o menor aplicación y, desde luego, *“considerada como una técnica jurídica subsidiaria y excepcional, como un remedio extremo para cubrir plazas que, tarde o temprano, deberían ser ocupadas por funcionarios”* (ALARCÓN CARACUEL, 1986; p.6). Las sucesivas leyes, han contemplado al contrato de trabajo como una opción en la forma de vinculación jurídica del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Desde la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (1964), la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública - LMRFP - (1984 y sendas reformas en 1988 y 1993), hasta el actual Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público - EBEP -(2015), en su contenido relacionado con tipología de personal, incluyen el contrato laboral, así como su régimen jurídico, con más o menos detalle.

2. EVOLUCIÓN Y LA VISIÓN DE FUTURO: “EL PROCESO DE ÓSMOSIS”

Queda constatado que ambos colectivos, esto es, funcionarios públicos y contratados laborales, se regulan en la legislación denominada de “función pública”, primero, y de “empleo público” en la actualidad. Es inevitable que estas relaciones jurídico profesionales que van a prestarse por el funcionario público y /o por el contratado laboral para el mismo empresario, serán muchas veces en el mismo lugar de trabajo y, además, ejerciendo funciones similares, cuando no idénticas.

La legislación de empleo público, en su conjunto, tiene un denominador común, *“el diseñar el colectivo de personal permanente al servicio de las Administraciones Públicas, siguiendo un modelo bipolar: funcionarios públicos y contratados laborales, modelo que, por otra parte, coincide con el que se prefigura en la Constitución Española, donde únicamente se mencionan el “Estatuto de los funcionarios públicos” (art. 103.3) y el Estatuto de los trabajadores (art. 35.2), por lo que cualquier otra fórmula jurídica que se pretenda utilizar para cobijar a lo que desde el punto de vista material son prestaciones de servicios por cuenta ajena, sería, al menos, extraconstitucional.”* (ALARCÓN CARACUEL, 1986; pp. 11-12).

Funcionarios públicos y contratados laborales, son figuras jurídicas que en la regulación de los distintos textos legales, contienen diversas posibilidades, no idénticas según cada norma pero sí similares, que pueden sintetizarse en función de si la vinculación es de carácter permanente o temporal. Este será el modelo dual que viene caracterizando al empleo público español, en una evolución legal acorde con los preceptos constitucionales al respecto.

2.1. El puesto de trabajo, de unos y de otros

No ha sido una cuestión pacífica la de determinar cuál sea el puesto de trabajo que puede ser ocupado por un funcionario público o por un contratado laboral. El caso más destacable fue la redacción inicial que en esta cuestión establece la LMRFP, cuya fórmula de carácter excesivamente vago (*“en las relaciones de puestos de trabajo de la Administración del Estado deben especificarse aquellos puestos que, en atención a la naturaleza de su contenido, se reservan a funcionarios públicos”*) supone dejar amplio margen de actuación administrativa para la determinación de esa reserva funcionarial. Este artículo cambió su redacción, tras la sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, que supuso la primera reforma a este texto legal, en el año 1988, configurándose una clara opción hacia el funcionario público y sólo en unos determinados supuestos que se indican, será factible la contratación laboral.

Esta regulación aún está vigente mientras en esta materia no se produzca el desarrollo del EBEP.

En relación a qué puestos de trabajo pueden ser ocupados por personal con una u otra forma de vinculación jurídica, esto es, funcionario público o contratado laboral, serán las Administraciones Públicas quienes podrán acudir a muy determinados criterios siempre que no choquen explícitamente con cualesquiera normas del Ordenamiento jurídico, cuya unidad debe tenerse presente, alertaba también ALARCÓN.

2.2. El sistema de selección, de unos y de otros

“La formulación de un criterio general según el cual la contratación laboral es un procedimiento “menos fiable” que la reclutación funcional es sencillamente inexplicable. O mejor: solamente se puede explicar en base a la pervivencia de ese prejuicio antilaboralista que tiene una triple dimensión a analizar”.

“En primer lugar, muchos piensan que el reclutamiento de funcionarios se hace objetivamente mientras que la contratación laboral es el mundo del digitalismo... Lo importante es subrayar, que el criterio legal y constitucional es someter la selección de todos los empleados públicos a idénticos principios: los de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

En segundo lugar, quienes no ponen reparos al funcionario vitalicio abrigan, con frecuencia, una especie de alergia al contrato laboral indefinido. Eso solamente puede ser debido a desconocimiento u olvido de la extensa y razonable gama de causas de extinción del contrato de trabajo contenidas en la legislación laboral, algunas de las cuales no estará de más recordar: faltas repetidas de puntualidad, abuso de confianza en el desempeño del trabajo o disminución continuada y voluntaria en el rendimiento.

Y en tercer lugar, aunque se trata probablemente de la dimensión más importante de todas: lo laboral “suena” —y, con razón—, a una tríada de instituciones que algunos consideran incompatibles con la función pública: sindicatos, derecho de huelga, negociación colectiva. Avanza Alarcón su opinión: “Por distantes que hayan sido las bases de partida, el presente y sobre todo el futuro de la relación de empleo público se articulará en base a una creciente ósmosis entre los respectivos estatutos jurídicos de todos sus componentes, funcionarios y contratados laborales. Ese es el signo de los tiempos, que, por supuesto, tiene una base constitucional”. (ALARCÓN CARACUEL, 1986, pp. 23-24).

No son unas afirmaciones de carácter baladí, son afirmaciones y terminología del profesor Manuel Ramón Alarcón en el año 1986, hace treinta años, perfecta-

mente precursoras y premonitorias de lo que finalmente ha llegado a ser en el año 2016 el escenario del empleo público.

Es importante el encaje constitucional, a destacar en concreto, *el principio de igualdad y no discriminación del art. 14 (en base al cual, no va a ser sostenible que personas que realizan idéntica función tengan una remuneración diferente por el hecho de ser funcionario o contratado laboral). Y en el ámbito del art. 28.1 que reconoce el derecho de sindicación a “todos” y que sólo permite que la ley regule “peculiaridades” para los funcionarios públicos; el art. 28.2 que reconoce el derecho de huelga todos los trabajadores, de cuyo concepto no cabe excluir a los funcionarios públicos, puesto que al disfrutar éstos del derecho de libertad sindical no se les puede impedir el derecho de huelga, ya que éste forma parte del contenido esencial de aquél genérico derecho según la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional; y la misma interpretación debe hacerse del genérico derecho a la negociación colectiva reconocido en el art. 37, en aplicación de esa misma doctrina del Tribunal Constitucional que integra en el derecho de libertad sindical las principales manifestaciones de la “acción sindical” (ALARCÓN CARACUEL, 1986, p. 24).*

Concluye ALARCÓN, reitero, en el año 1986, hace treinta años: ...”*Sí insistiré en la conveniencia de abandonar definitivamente el prejuicio antilaboralista y de comprender que el Derecho del Trabajo, como ordenamiento común de las relaciones jurídicas de prestación de servicios personales, ofrece hoy por hoy una batería de instrumentos jurídicos –de carácter individual, colectivo y jurisdiccional – dotados de una flexibilidad que una Administración Pública a las puertas del siglo XXI no debería menospreciar. Y también señalaré que en el inevitable proceso de ósmosis entre el estatuto funcional y el laboral, presidido por el principio constitucional de igualdad, el centro de gravedad se sitúa del lado de lo laboral, como consecuencia lógica de la “vis” atractiva de todo ordenamiento común, sin perjuicio de la acción de contrapeso que, a través del principio de especialidad, seguirá ejerciendo el ordenamiento administrativo (ALARCÓN CARACUEL, 1986, pp. 26-27).*

3. EL PLAN DE ORDENACIÓN DE RECURSOS HUMANOS: LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA, A MODO DE EJEMPLO DE LA INFLUENCIA LABORAL EN EL RÉGIMEN FUNCIONARIAL

La repercusión del Derecho del Trabajo en el régimen del funcionariado público que, sin duda, se ha producido durante las últimas décadas, es ese proceso denominado por ALARCÓN de “ósmosis”, o “cruzado de acercamiento” (SALA FRANCO, 1989, p. 17) o “interpenetración” (SAINT-JOURS, 1986, p.7). La dimensión de estas reflexiones, limitada por razón de espacio, lleva a tratar sobre el cómo este proceso se ha producido en una única institución jurídica, en concreto en la movilidad geográfica.

La legislación vigente en materia de empleo público, el texto refundido de la ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, supone, finalmente, el desarrollo del mandato constitucional contenido en el artículo 103.3, con la entrada en vigor en 2007, del denominado “Estatuto Básico del Empleado Público”. Éste surge como un texto “*tardío*” en implementar un mandato constitucional del año 1978, que, además, aborda ese mandato constitucional “*por defecto*”, ya que se elabora un estatuto “básico”, cuando se indicaba que tenía que ser un estatuto (no básico) de los funcionarios públicos, y, a su vez, también se caracteriza “*por exceso*” pues, engloba a los “empleados públicos”, esto es, funcionarios públicos y contratados laborales, frente al que era un unívoco redactado constitucional “funcionarios públicos”.

El colectivo funcional destaca por sus “peculiaridades”, adjetivación del propio texto constitucional, y ahora también del EBEP. Tradicionalmente, la normativa ha abordado al colectivo funcional mediante contenidos de carácter muy rígido carentes de flexibilidad alguna, y en este tema el EBEP hace ciertamente poco, muy poco, pues de entrada mantiene en el listado de los “Derechos individuales de los empleados públicos” que tiene como destinatarios ambos colectivos funcional y contractual, el derecho de “inamovilidad en la condición de funcionario de carrera”, expresamente sólo para los funcionarios de carrera, aunque ciertamente se puede identificar más con el concepto de estabilidad en el empleo, que con la inamovilidad absoluta que, además, supone el derecho al puesto de trabajo en determinado lugar (GÓMEZ LÓPEZ, 2009, pp.34-36).

Interesa aproximarse a los mecanismos de ordenación, o en clave de futuro a la necesidad de planificación de los empleados públicos, y en ambos escenarios, las posibilidades de movilidad geográfica, por diversos motivos, adquiere una especial carta de naturaleza.

La Ley 22/1993, de 29 diciembre, de medidas fiscales de reforma de la función pública y del desempleo (BOE 31 diciembre 1993), que supone la segunda reforma de la LMRFP, implica el trasvase de determinadas instituciones jurídicas propias del empleo privado, desde éste al empleo público, al introducir los denominados “planes de empleo” que devienen un instrumento de planificación global (*integrales*, aunque también se prevén los *operativos* para cuestiones puntuales) y suponen el origen de potenciales procesos de movilidad, así como de sistemas de ajuste de personal a través de los denominados procesos de “reasignación de efectivos”. Los planes de empleo constituyen el antecedente del “plan de ordenación de recursos humanos” establecido en el EBEP (art. 69) con carácter potestativo, que junto con la alusión a la “eficacia en la planificación y gestión de los recursos humanos” (art. 1.3.f) son los dos únicos puntos en que se menciona la cuestión de gestión-planificación de personal, que puede implicar, en su caso, la movilidad geográfica, en aras de la optimización del personal que ya está al servicio de las Ad-

ministraciones Públicas, evitando la ampliación cuantitativa de personal con nuevas incorporaciones.

Actualmente, el plan de ordenación de recursos humanos, se erige en el eje vertebrador como documento que puede incluir una pluralidad de medidas de afectación a los empleados públicos. En relación al ámbito subjetivo, se trata de un instrumento jurídico que aúna a ambos colectivos, funcionarios públicos y contratados laborales, para ser destinatarios de una diversidad de medidas incluidas en un listado de carácter abierto (“*entre otras*”) a las que se pueden añadir otras diferentes que deriven de necesidades de una mejor y más flexible gestión, a la vez que planificada, de los empleados públicos.

Este instrumento de gestión de los empleados públicos, tiene un plus adicional a valorar de forma positiva, ya que se trata de un documento que podrá ser elaborado en el marco de la negociación colectiva, a través de un consenso entre las partes. En la actualidad, caracterizada por un escenario de contención económica con inherente dificultad- conflictividad para procurar una prestación de servicios públicos de calidad y con eficiencia, el plan de ordenación de recursos humanos, puede devenir un instrumento adecuado que propicie un clima laboral más óptimo y, a su vez, favorezca la productividad, a pesar del contexto de múltiples limitaciones y restricciones de carácter económico-presupuestario público.

El listado de potenciales medidas de un plan de ordenación de recursos humanos, incluye en el apartado c) del aludido artículo 69 punto 2: “*Medidas de movilidad, entre las cuales podrá figurar la suspensión de incorporaciones de personal externo a un determinado ámbito o la convocatoria de concursos de provisión de puestos limitados a personal de ámbitos que se determinen*”. Merece destacarse que, junto al plan de ordenación de recursos humanos, otros dos instrumentos jurídicos de gestión de los empleados públicos, esto es, los registros de personal y las relaciones de puestos de trabajo, asumen una importante función en relación a la “persona” y el “puesto de trabajo” respectivamente, en aras no sólo de facilitar sino también para objetivizar los potenciales procesos de movilidad, sea ésta voluntaria o forzosa. Repárese que sin una adecuada relación de puestos de trabajo, se hace difícil la optimización de los empleados públicos, que se hallen dotados presupuestariamente y disponibles en un momento y lugar determinados.

La movilidad a la que se refiere el art. 69.2.c EBEP, en tanto que es una medida que alude a la “*movilidad*” de forma “genérica”, permite incluir en ella, la diversa tipología de la movilidad, cuyos destinatarios sean indistintamente cualquiera de los dos tipos de personal, funcionario público y contratado laboral. En consecuencia, en el marco de un plan de ordenación de recursos humanos, se inserta la institución laboral de la movilidad geográfica, que parecía no poder llegar a impactar en el rígido régimen jurídico del funcionario público, incluso expresamente mencionando

la inamovilidad, como derecho exclusivo de los funcionarios públicos. También el propio EBEP, en el artículo 81.2., regula de forma expresa la movilidad forzosa del funcionario público, sometida a distintas condiciones que todas ellas requieren ser cumplidas y, desde luego, ha de tratarse de una decisión motivada por parte de la Administración Pública. Esta movilidad forzosa, alcanza, sin duda, a la movilidad geográfica en el sentido más pleno de la misma, en tanto que puede suponer un “cambio de residencia” en el destinatario.

En resumen, se puede afirmar que esta movilidad geográfica entendida en sentido laboralista, que llega a implicar cambio de residencia, tiene encaje, tanto en el artículo 69.2.c), que lo sitúa en los planes de ordenación de recursos humanos y considera de forma excepcional que supongan modificar el lugar de residencia, como también en el artículo 69.2.d) que alude de forma expresa a la movilidad forzosa y remite para ello al título III (artículos 78 y siguientes).

En definitiva, la movilidad geográfica de afectación al funcionariado público se caracteriza por un proceso de implementación progresiva y consecuencia de la negociación en el marco de un plan de ordenación de recursos humanos, siempre priorizando lo voluntario sobre lo forzoso, y que cuando suponga un cambio de residencia tendrá una caracterización excepcional, intentando, en la medida de lo posible, que se trate de movilidad geográfica que evite el cambio de residencia.

Y, la movilidad geográfica no sólo puede practicarse en el marco del régimen jurídico del funcionario público, sino que es una institución requerida en un contexto en el que se precisa de la “redistribución de personal”, desde áreas excedentes de personal a otras que son deficitarias, por lo tanto, hay que contemplar posibles instrumentos, no sólo que la hagan factible, sino que la favorezcan, con la mínima conflictividad posible. Se han de articular procesos de redistribución, que se incluyan en el propio plan de ordenación de recursos humanos, de corte similar al que en su día se estableció en el “plan de empleo”, en la segunda reforma de la LMRFP en el año 1993, a través del procedimiento denominado “reasignación de efectivos”.

4. UNA REFLEXIÓN FINAL

A modo de cierre, merece ser destacado que las coordinadas de crisis económica, han llevado a un último bloque normativo en materia de relaciones laborales (2010-2014), aplicable también al ahora denominado “sector público” (expresión que supone un mayor ámbito subjetivo más allá de las Administraciones Públicas, a destacar, organismos públicos), normativa que aunque sólo sea de aplicación al contrato de trabajo de la Administración Pública, se ubica en la búsqueda de una mayor *flexibilidad* en la gestión de los empleados públicos, similar y de “ósmosis” con la ya existente para el empleo empresarial privado.

Esta normativa, se mueve entre la defensa de la extinción de la relación contractual, inicialmente, y, otra muy distinta, posterior, que aboga por la conservación del puesto de trabajo, materializándose a través de la redistribución de los empleados públicos ya existentes, contemplando, también, la promoción interna. En este contexto adquiere importancia la movilidad del empleado público, en el marco de los procesos de redistribución de personal.

Esta última línea de actuación, también se halla presente en las recientes ofertas de empleo público que han sido publicadas, las cuales además de dar a conocer las escasas plazas que serán objeto de convocatoria para los procesos selectivos del año en curso, asumen también, y así se indica en el texto redactado en la parte introductoria a la misma, anterior al articulado, una función de planificación de los empleados públicos.

En ello, también abunda, la reciente publicación de la oferta de empleo público para el año 2016 (Real Decreto 105/2016, de 18 de marzo), al indicar literalmente *“el artículo 70 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, establece que el correspondiente real decreto por el que se apruebe la oferta de empleo público podrá contener medidas derivadas de la planificación de recursos humanos. En este sentido merece especial mención la promoción interna que el citado texto refundido configura como una de las medidas de planificación de recursos humanos que tiene como objetivo contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y que debe ser facilitada por la Administración como vía para la adquisición de las correspondientes competencias y requisito necesario para la progresión en la carrera profesional desde niveles inferiores a los superiores”*.

Se trata de medidas de movilidad de distinto signo, pero que todas ellas tienen un denominador común manifestado a través de un doble objetivo: primero, conseguir que en un contexto de reducción de gasto público, puedan destinarse más recursos humanos a aquellas unidades deficitarias; y en segundo lugar, posibilitar que las personas que trabajan en la Administración Pública, tengan otras vías de desempeño profesional para completar su carrera administrativa, a través de la promoción profesional.

En el contexto actual de contención económica, aunque con signos de tímida recuperación económica, el marco legal abandona la línea inicial de reducción de personal y aboga por mantener gastos, lo cual, por un lado, reduce tensión en materia de personal y, además, traslada el protagonismo a la planificación, materializados mayoritariamente a través de los procesos de redistribución, en los que la movilidad en general y la movilidad geográfica en particular, pueden tomar partido en el nuevo enfoque legalmente diseñado, para un nuevo escenario que va más allá

del tradicional empleo público. Un escenario que se caracteriza por una “difuminación” creciente entre aquello que es privado de lo que es público provocado por factores diversos (a destacar la pérdida de valor del concepto de servicio público) a lo que hay que sumar recientemente, esta imposibilidad de continuar asumiendo el crecimiento del sector público en momentos de restricciones financieras (SUBIRATS HUMET, 1989, p.10)

La carencia de planificación en el empleo público ha sido una constante en la evolución del mismo, el escenario se ha caracterizado por ausencia de criterios de gestión, falta de cultura directiva, nula exigencia de responsabilidades, utilización de plantillas en términos no estrictamente gestores, toda una situación poco adecuada para afrontar una crisis de gran entidad (PALOMAR OLMEDA, 2013, pp. 12-13). Es por ello que en este contexto se hace imprescindible la planificación, priorizando el personal existente, aun teniendo que modificar el lugar de prestación de sus servicios profesionales, para dar un mejor cumplimiento a los parámetros de actuación de las Administraciones Públicas: eficiencia, economizar, eficacia, productividad, coordinación y simplificación administrativa (PALMIERI, 1992, p. 2).

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CARACUEL, MR.,** *La nueva configuración legal de la relación de empleo público: funcionarios y contratados laborales*, Delegación Interprovincial del Instituto de Estudios de Administración Local, Sevilla, 1986, pp. 1-31.
- FEIJOO REY, MJ. ,** *Nuevos retos en la movilidad geográfica de los empleados públicos*. *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 49, enero-junio 2015, pp. 171-189.
- GÓMEZ LÓPEZ, J.M.,** *La relación laboral del empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*. Civitas, Madrid, 2009.
- PALMIERI, A.,** *Il rapporto di pubblico impiego*, Pirola Editore, Milan, 1992.
- PALOMAR OLMEDA, A.,** *El despido colectivo en las administraciones y entes públicos. Marco general, causas y procedimiento*. Estudios de Relaciones Laborales, Diputación de Barcelona, Barcelona, 2013.
- SALA FRANCO, T.,** *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la Función Pública*. MAP, Madrid, 1989.
- SAINT – JOURS, Y.,** *Manuel de Droit du travail dans le secteur public*, LGDJ, París, 1986.
- SUBIRATS HUMET, J.,** *Análisis de políticas públicas y eficacia en la Administración*, MAP, Madrid 1989.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO EN MATERIA SALARIAL EN EL ÁMBITO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

MARÍA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA
Magistrada del Tribunal Supremo. Sala IV

ÍNDICE

- 1.- INTRODUCCIÓN
- 2.- LOS HECHOS
- 3.- LA SENTENCIA DE INSTANCIA
- 4.- LA SENTENCIA DICTADA EN SUPPLICACIÓN
- 5.- LA SENTENCIA DICTADA EN CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA
- 6.- LA SENTENCIA DE CONTRASTE
- 7.- LA CONTRADICCIÓN
- 8.- LA SENTENCIA COMENTADA
- 9.- DOCTRINA

1. INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones que más ha preocupado al magistrado Manuel Ramón Alarcón, como no podía ser de otra manera, dadas sus profundas convicciones sociales, ha sido la protección de los derechos fundamentales, que se ha plasmado en las importantes sentencias dictadas en cuestiones atinentes a la libertad sindical y a la reparación del daño producido por la vulneración de los citados derechos, especialmente la forma de fijar el quantum indemnizatorio.

Ningún asunto, por nimio que pudiera parecer, escapaba a su profundo estudio y dedicación, atendiendo al principio básico, que siempre tuvo muy presente, de que la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental que exige a los magistrados, como órganos del Estado a los que se les encomienda la tarea de administrar justicia, el atender con el máximo rigor y dedicación, todas las peticiones de los ciudadanos, dándoles una respuesta ajustada a derecho, debidamente motivada.

2. LOS HECHOS

Los hechos de los que hay que partir para la resolución del asunto son los que aparecen consignados en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia. Los hechos relevantes para la resolución del asunto son los siguientes:

a.- La actora, Doña Ana, presta sus servicios laborales como personal laboral fijo en el C.A.B.E. “Arco Iris” de Albacete, dependiente de la Consejería de Salud y Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, con antigüedad de 1 de octubre de 1992, categoría profesional de Personal de Limpieza y Servicios Domésticos, y con jornada laboral en régimen de turnos, siendo de aplicación el VI Convenio Colectivo para el Personal Laboral al Servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, (D.O.C.M. de 11 de junio de 2009).

b.- El puesto de trabajo desempeñado por Doña Ana tiene adjudicado el código de puesto 02534, siendo su denominación “Servicios Domésticos”, categoría “Personal de Limpieza y Servicios Domésticos”, con un Complemento de Puesto de 838,20 € anuales, siendo el centro de trabajo C.A.B.E “Arco Iris” de Albacete, tal y como consta en la RPT de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, publicada en el D.O.C.M. de 12 de febrero de 2010.

En el mismo centro de trabajo, C.A.B.E. “Arco Iris” de Albacete, el puesto de trabajo con código 02535 tiene idéntica denominación, (Servicios Domésticos), categoría (Personal de Limpieza y Servicios Domésticos), teniendo adjudicado un complemento de puesto de 3.259,56 € anuales, según la RPT.

c.- La sentencia de fecha 18 de abril de 2000, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla La Mancha, estimó el recurso de suplicación interpuesto por Doña. María Cristina, Doña. Adela, Doña. Alicia, Doña. Apolonia y Doña. Belén contra la sentencia de fecha 1 de febrero de 1.999 dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Albacete, en los autos número 297/98, sobre Derechos y Cantidad, revocándola parcialmente y reconociendo a las citadas trabajadoras el derecho a percibir el plus de penosidad en cuanto Personal de Servicio Doméstico que presta sus servicios en el C.A.B.E. “Arco Iris” de Albacete, dependiente de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha.

d.- El 24 de enero de 2002, Doña. Ana presentó escrito ante la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha por el que solicitó el reconocimiento del plus de penosidad y el abono de la cantidad correspondiente por este complemento en el periodo comprendido entre el día 6 de marzo de 2001 y el día 31 de diciembre de 2001, dictándose Resolución por la Consejería de Administraciones Públicas, en fecha 3 de abril de 2002, desestimatoria de la citada reclamación administrativa previa.

e.- Por el Juzgado de lo Social número 3 de Albacete se dictó sentencia en los autos número 488/00 por la que se reconoció a Doña. Ana, a Doña. Inmaculada y a Doña. Juliana, todas ellas con la categoría profesional de Personal de Servicios Domésticos en el C.A.B.E. “Arco Iris” de Albacete, el complemento de penosidad, toxicidad y peligrosidad, sentencia que fue confirmada en suplicación por sentencia de la Sala de lo Social del TSJ. de Castilla La Mancha de fecha 23 de marzo de 2004 .

f.- El 2 de julio de 2002, Doña. Ana presentó ante la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla- La Mancha reclamación previa a la vía judicial por la que interesó el reconocimiento del complemento de penosidad, toxicidad y peligrosidad, así como el abono de este complemento en el periodo comprendido entre el día 1 de octubre de 2002 y el día 30 de junio de 2004, dictándose Resolución por la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla- La Mancha, de fecha 19 de julio de 2005, desestimatoria de la citada reclamación administrativa previa.

g.- Por el Juzgado de lo Social número 1 de Albacete se dictó sentencia el 23 de octubre de 2002, en los autos 14º 388/02, tramitados a instancia de Doña. Ana, por la que se desestimó su demanda, previa estimación de la excepción de incompetencia de jurisdicción, sentencia que fue revocada en suplicación por sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla- La Mancha de fecha 28 de septiembre de 2004, al declarar la nulidad de la sentencia de la instancia, dictándose, nuevamente, por el Juzgado de lo Social número 1 de Albacete sentencia en los referidos autos número 388/02, el 28 de diciembre de 2004, en la que, entrando a conocer el

fondo de la cuestión litigiosa, se desestimó la pretensión de Doña Ana, sentencia que fue confirmada en suplicación por sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla La Mancha de fecha 15 de junio de 2006 .

h.- El 12 de noviembre de 2010, Doña Ana presentó escrito dirigido a la Comisión Mancha interesando se le reconociese el derecho a percibir el complemento específico modalidad “O”, anterior complemento de peligrosidad y penosidad.

i.- El 14 de enero de 2011, Doña Ana presentó ante la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla- La Mancha reclamación previa a la vía judicial, interesando la modificación del complemento de puesto, adjudicándosele en la misma cantidad que el resto de sus compañeras del centro donde presta servicios, agotando la vía administrativa.

j.- A tenor de la certificación emitida el 26 de abril de 2011, por la Jefa del Servicio de Relaciones de Puestos de Trabajo de la Dirección General de la Función Pública y Calidad de los Servicios de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, Doña Ana está adscrita al puesto de trabajo con código 02534. Doña. Angustias, Doña. Candelaria, Doña. Coro, Doña. María, Doña. Esperanza, Doña. Flora, Doña. Guadalupe, Doña. Leonor y Doña. Margarita están adscritas al puesto de trabajo con código 02535, ostentando, todas ellas, la categoría profesional de Personal de Limpieza y Servicios Domésticos en el centro de trabajo el C.A.B.E. “Arco Iris” de Albacete.

Las funciones que realizan son: Cuidar que todas las dependencias del Centro estén en perfectas condiciones higiénicas; Lavado, planchado y organización de la ropa de los menores; Preparado y recogida de los comedores de los niños; Limpieza y recogida de cubiertos y vajilla; Recogida de la comida de los menores a la llegada del Catering; Limpieza del menaje del catering. Todo el Personal de Limpieza y Servicios Domésticos en el C.A.B.E. “Arco Iris” de Albacete, según dicha certificación, realiza su trabajo en régimen de turnos de mañana (de 8 a 15 horas) y tarde (de 15 a 22 horas).

k.- Las trabajadoras que en los años 2008, 2009 y 2010 han sido contratadas para sustituir en las vacaciones estivales y navideñas a los trabajadores del Centro de Acogida y Breve Estancia “Arco Iris” de Albacete, han percibido el complemento de puesto conforme a lo atribuido al código de puesto del puesto de trabajo en el que han efectuado la sustitución, así Doña. Marí Juana, única trabajadora que consta que fue contratada para sustituir en el puesto de trabajo cuyo código es el 02534, percibió el complemento de puesto de trabajo conforme a lo atribuido a dicho puesto de trabajo, percibiendo igual cantidad que Doña Ana.

1.-El artículo 74.1 del VI Convenio Colectivo para el Personal Laboral al Servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, (D.O.C.M. de 11 de junio de 2009), bajo la rúbrica de “complemento específico” establece:

“Es la retribución fija mensual asignada a algunos puestos de trabajo, que percibirán las personas trabajadoras que los ocupan. Puede ser: 1. Complemento de puesto de trabajo. Es la retribución asignada en atención a las características o condiciones de desempeño particulares que concurren en algunos puestos de trabajo o la pertenencia a determinadas categorías profesionales. Cada categoría profesional tendrá reservados los puestos tipo que se determinarán en la correspondiente Relación de Puestos de Trabajo. La Relación de Puestos de Trabajo también establecerá la cuantía total asignada, en su caso, a cada uno de los puestos tipo existentes en concepto de complemento específico de puesto, cantidad que englobará el conjunto de circunstancias valoradas a las que se ha hecho referencia en el párrafo anterior. Cualquier plaza de nueva creación se adecuará a alguno de los puestos tipo reseñados, en función de la categoría profesional a la que se reserve dicha plaza. En el supuesto de creación de una nueva categoría profesional, la Comisión Paritaria, por mayoría de cada una de las partes que la componen, determinará el o los puestos tipo a desempeñar por el personal que obtenga la nueva categoría profesional”.

A partir del V Convenio Colectivo para el Personal Laboral al Servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, (D.O.C.M. de 13 de enero de 2006), en la regulación del complemento de puesto ya no se hace mención a la peligrosidad, penosidad o toxicidad como elementos concurrentes en el puesto de trabajo que pudieran justificar la percepción de este complemento específico de puesto de trabajo.

m.- La cuantía económica del complemento de puesto en el centro de trabajo C.A.B.E. “Arco Iris” de Albacete, para los puestos de trabajo existentes en dicho centro de trabajo con la categoría profesional de Personal de Limpieza y Servicios Domésticos, cuyo código de puesto es 02535 fue, de enero a mayo de 2010, de 3.259,56 €/año y, de junio a diciembre de 2010, de 3.096,60 €/año, siendo, en el año 2011, la cuantía económica de este complemento de puesto de 3.096,60 €/año.

El complemento de puesto para los puestos de trabajo existentes en dicho centro de trabajo con la categoría profesional de Personal de Limpiezas y Servicios cuyo código de puesto es el 02535 fue, de enero a mayo de 2010, de 838,20 €/año y, de junio a diciembre de 2010, de 796,32 €/año, siendo, en el año 2011, la cuantía económica de este complemento de puesto de trabajo de 796,32 €/año”.

3. LA SENTENCIA DE INSTANCIAS

La sentencia de instancia fue dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Albacete el 6 de mayo de 2011, en autos 264/2011, seguidos a instancia de Doña Ana contra la Consejería de Salud y Bienestar Disocial de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sobre Derechos Fundamentales.

La sentencia absolvió a la demandada Consejería de Salud y Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de todas las pretensiones en su contra formuladas “al no considerarse que se haya producido conculcación alguna al derecho fundamental a la igualdad en su manifestación de prohibición de trato discriminatorio en materia salarial”.

4. LA SENTENCIA DICTADA EN SUPLICACIÓN

Es la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha el 2 de noviembre de 2011, recurso de suplicación número 906/2011.

Dicha sentencia desestimó el recurso de suplicación interpuesto por Doña Ana contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Albacete el 6 de mayo de 2011, en autos 264/2011, seguidos a instancia de la citada recurrente contra la Consejería de Salud y Bienestar Disocial de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sobre Derechos Fundamentales.

La sentencia razona que no es lo mismo la discriminación que el derecho al trato igual. La primera exige la conexión con alguna de las circunstancias que están especialmente protegidas, conforme al listado del artículo 14 de la Constitución (por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social), y de otros textos legales nacionales (artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores: edad, discapacidad, sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a un sindicato y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa, y lengua dentro del Estado Español, así como garantizando la indemnidad del ejercicio de sus derechos), LO de 22-3-07 (para la igualdad efectiva de mujeres y hombres), etc. Y Comunitarias, tanto por razón de sexo (como la actual Directiva 2006/54, de 5-7-06) o por otras circunstancias (Directivas 2000/78, de 27-11-00 y 2000/43, de 29-6-2000), conjunto normativo que, relacionado con la interpretación que tanto el Tribunal Constitucional como los órganos judiciales ordinarios han venido elaborando, conforman una rígida protección de la evitación de la discriminación.

El derecho al trato igual (que inicialmente se consideró que no cabía imponer

de modo alguno en la relación laboral, permitiendo así una amplia arbitrariedad al empleador), o bien está relacionado con alguna otra distinta referencia normativa, como la condición de contratado temporal, como deriva de la Directiva 99/70, de 28-6-99, supuesto en el que la comparación sobre existencia o no de un distinto trato prohibido, se realiza con respecto a otro personal contratado como personal fijo, o respecto al trabajo a tiempo parcial (Directiva 97/81, de 15-12-97, STS de 23-2-09), y algunos otros supuestos, también de origen comunitario, como de origen convencional. Siendo de destacar al respecto la elaboración que la intervención del TJCE está suponiendo en la construcción del principio, al señalar que es necesario que exista una justificación suficiente para aceptarse la imposición de un trato desigual, al considerar que el principio de igualdad forma parte del basamento esencial de la construcción europea (así por ejemplo, entre otras, STJCE de 12-12-02, caso Rodríguez Caballero). A todo ello, debe de añadirse la especial implicación de la Administración Pública en la consolidación de un trato igual para el personal a su servicio, en atención a su sometimiento al principio de legalidad, y a la interdicción de la arbitrariedad, lo que comporta un trato igual, tanto para con los ciudadanos, como para el personal a su servicio (artículo 9.3 CE), lo que se ve reflejado en la regulación general que el Estatuto Básico del Empleado público supone. De tal modo que, poco a poco, se ha venido introduciendo la exigencia de que deba de existir un motivo razonable para el distinto trato dispensando por el empleador entre unos y otros trabajadores, de tal modo que la actuación patronal meramente arbitraria o inmotivada va viendo desaparecer su ámbito de actuación (ejemplo de ello, la STS de 10-12-09, entre otras), aunque en el ámbito privado, deba de compatibilizarse con el principio de autonomía de la voluntad (STS de 9-6-09), y en algunos supuestos, con el de condición individual más beneficiosa (STS de 3-11-08, entre otras).

Tras dicha reflexión sobre la distinción entre no discriminación y derecho a la igualdad de trato, la sentencia pone de relieve que, en el supuesto examinado, de una parte, las plazas con las que la recurrente pretende compararse, si bien estén ocupadas por personal de su misma categoría, tienen en la RPT una distinta identificación numérica, y resulta que, además, las trabajadoras que utiliza como referente comparativo, junto a esa distinta identificación de la plaza, obtuvieron el plus pretendido como consecuencia de la intervención judicial que analizó su concreto puesto de trabajo y que consideró que el mismo era acreedor del complemento retributivo que nuevamente es objeto de la contienda, aunque sea bajo este indirecto planteamiento ahora utilizado por la recurrente, del trato desigual. Mientras que, precisamente a la recurrente, se le desestimó también por la intervención judicial, la reclamación en su momento realizada de ese mismo Complemento Específico de Puesto de Trabajo. Quiere ello decir que aparece, al menos como suficientemente razonable, la distinta situación retributiva, pese a ser el mismo el centro de trabajo y la misma categoría profesional, ante la existencia de esas dos circunstancias diferenciadoras, que justifica el distinto trato, aunque la empleadora sea

una Administración pública (STS de 30-6-08). Sin que se haya alegado la concurrencia en la demandante de ninguna de las circunstancias diferenciadoras que, constitucional o legalmente, están especialmente protegidas y en su consecuencia, prohibida la discriminación por alguna de ellas.

Concluye llamando la atención sobre el hecho de que puede parecer algo confusa la situación existente, en cuanto que concurren diversas trabajadoras, de la misma categoría, en el mismo centro de trabajo, y que sin duda sería aconsejable, en el proceso de determinación de las condiciones de trabajo, conseguir una mayor aproximación en la situación retributiva de unas y otras trabajadoras, evitando así con ello la percepción subjetiva de existencia de una situación de desvalor de alguna de ellas con respecto a otras. Pero ello no entra, en opinión de este Tribunal, más que en el ámbito de lo deseable de cara a una más adecuada y eficaz gestión de los recursos humanos, y a un mejor entendimiento de su funcionamiento, que pasa por el alcance de la negociación de condiciones de trabajo. Pero sin que pueda considerar que, con la situación actualmente existente, concurre la vulneración normativa que denuncia la recurrente.

5. LA SENTENCIA DICTADA EN CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

La sentencia que se va a comentar es la de fecha 14 de febrero de 2013, recaída en el recurso de casación para la unificación de doctrina número 4264/2011.

Es una sentencia que se deliberó en Sala de cinco y en la que hay un voto particular de la Magistrada Milagros Calvo Ibarlucea.

El recurso de casación para la unificación de doctrina se interpone por la trabajadora contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha el 2 de noviembre de 2011, recurso de suplicación número 906/2011.

Dicho recurso de suplicación se interpuso contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Albacete el 6 de mayo de 2011, en autos 264/2011, seguidos a instancia de Doña Ana contra la Consejería de Salud y Bienestar Disocial de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sobre Derechos Fundamentales.

6. LA SENTENCIA DE CONTRASTE

La sentencia contradictoria es la dictada el 1 de junio de 2004, por la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el recurso de suplicación número 540/2004, que confirma la sentencia de instancia que había reconocido a los demandantes el plus reclamado.

La sentencia resolvió la reclamación de trabajadores/as de un centro asistencial dependiente de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, situado en Ciudad Real, que solicitan un complemento de puesto de trabajo, concretamente el plus de peligrosidad, penosidad y toxicidad, en la misma cuantía que otros trabajadores del mismo centro que, con la misma categoría profesional y desempeñando idénticas funciones si lo cobran.

La Sentencia, invoca la STC de 12 de enero de 1.998, que argumenta que *“cuando el empresario es la Administración Pública, esta no se rige en sus relaciones jurídicas por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1 C.E.), con interdicción expresa de la arbitrariedad (art. 9.3 C.E.). Como poder público que es, está sujeta al principio de igualdad ante la Ley que, como hemos declarado, concede a las personas el derecho subjetivo de alcanzar de los poderes públicos un trato igual para supuestos iguales”*.

A la vista de dicha doctrina la sentencia concluye que en el ámbito de la Administración Pública, cuando ésta se ubica en la posición de empresario, la vulneración del principio de igualdad en el aspecto salarial no solo se produciría cuando la diferenciación se sustentase en un criterio prohibido por la Constitución, determinante de un trato discriminatorio en sentido estricto, sino también cuando el principio general de igualdad no fuese respetado, lo que implicaría la obligación del pago de iguales salarios para trabajos iguales, de lo que se colige que existiendo identidad de situaciones o condiciones de trabajo, la diferenciación del salario abonado determina la vulneración del principio de igualdad y justifica la procedencia de imponer judicialmente, si así es demandado, su equiparación.

Señala que, interrelacionando la doctrina constitucional y jurisprudencial explicitada, con las circunstancias particulares del caso que se examina, se impone el rechazo de los motivos analizados y la confirmación de la sentencia impugnada, en tanto que no existe la más mínima base argumental, racional o lógica que pueda justificar el distinto tratamiento salarial que la entidad demandada otorga a los actores respecto a otros compañeros que llevan a cabo su trabajo en las mismas condiciones de peligrosidad, siendo así que si todo el personal de cocina desempeña sus funciones en un único recinto, la cocina, manteniendo el mismo contacto con los usuarios o residentes del centro, estando expuestos a idénticos riesgos, tanto respecto a estos, como en orden a los utensilios que utilizan, no se alcanza a comprender, ni se explicita tampoco, donde se puede residenciar la causa o justificación para que a los cocineros, pinches y camareros, se les reconozca el derecho a percibir el complemento 0 de peligrosidad y/o toxicidad y no se haga lo mismo con los ayudantes de cocina y con el encargado-cocinero, máxime cuando al efecto solo se indica que, respecto a estos, no se alcanzó acuerdo por la Comisión Paritaria en orden al carácter peligroso o no de sus puestos de trabajo.

Acaba consignando que no habiéndose acreditado que la diferencia de trato retributivo con respecto a los actores resulte objetivamente justificada, no superando razonablemente las posibles excepciones que se podrían hacer valer frente al principio general de que a igual trabajo, igual salario, basadas en circunstancias realmente diferenciadoras, se debe colegir que efectivamente el distinto trato retributivo analizado se configura como vulnerador del derecho de igualdad, proclamado con carácter general en el artículo 14 de la CE.

7. LA CONTRADICCIÓN

Entre la sentencia recurrida y la invocada como contradictoria se aprecia por la sentencia de la Sala de 14 de febrero de 2013, recurso 4264/2011, que existe contradicción.

Se razona que en ambos casos la pretensión es idéntica, a saber, cobrar un complemento de puesto de trabajo, concretamente un plus de peligrosidad, penosidad y toxicidad, en la misma cuantía que otros trabajadores del mismo centro que, con la misma categoría profesional y desempeñando idénticas funciones, sí lo cobran. Y en los dos casos se esgrime el mismo fundamento, el artículo 14 de la CE, y se plantea a través de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales. Concorre, pues, la identidad sustancial en los hechos, pretensiones y fundamentos que exige el artículo 217 de la LPL –hoy 219 LRJS-. Y se dan también los pronunciamientos contradictorios que justifican el recurso de unificación pues, mientras la sentencia recurrida desestima, confirmando la sentencia de instancia, por apreciar que no se ha conculcado el derecho constitucional de igualdad, la sentencia de contraste, confirmando también la correspondiente de instancia, estima la pretensión deducida por entender que sí se ha producido la violación de dicho derecho constitucional.

8. LA SENTENCIA COMENTADA

La sentencia de la Sala, de 14 de febrero de 2013, recurso 4264/2011, ponente, Manuel Ramón Alarcón Caracuel, estima el recurso formulado por la trabajadora y, tras revocar la sentencia impugnada, resolviendo el debate planteado en suplicación, estima el recurso de esta clase interpuesto por la actora, Doña Ana y estima la demanda.

La sentencia razona que la categoría profesional y las funciones desempeñadas por la recurrente, Doña Ana, son idénticas a las que realizan sus compañeros de trabajo (ver hecho j) identificándose el puesto de trabajo de Doña Ana en la RPT, con el número 02534, mientras que el de sus compañeras tiene el número 02535 y esta simple diferencia, a la que la empresa demandada no ha dado ninguna explicación, acarrea una diferencia retributiva que supuso más de 2.000 euros anuales: concre-

tamente, para el periodo objeto de reclamación la demandante percibía 838,20 euros anuales mientras que sus compañeras percibieron 3.259,56 euros anuales.

La sentencia recuerda la jurisprudencia constitucional, invocando la STC 161/1991, de 18 de julio, en cuyo FJ 1 1, se afirma: “ ... *mientras que en la STC 34/1984 el problema se planteaba en el ámbito de las relaciones entre particulares en el presente caso no es así, ya que el empleador o empresario es la Administración Pública, que en sus relaciones jurídicas no se rige precisamente, por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 C.E) con una interdicción expresa de arbitrariedad (art. 9.3 C.E).* Así, pues, como poder público que es, está sujeta al principio de igualdad ante la ley que, como hemos declarado, constitucionalmente concede a las personas el derecho subjetivo de alcanzar de los poderes públicos un trato idéntico para supuestos iguales (ATC 233/1983). Aplicando este principio al caso que nos ocupa; hay que concluir que los médicos del Centro de Asistencia Canteros tienen derecho a alcanzar de los poderes públicos, en concreto, del Instituto Catalán de la Salud un trato retributivo idéntico al aplicado a los médicos que están en condiciones iguales a las suyas“.

Asimismo señala que esta doctrina -posteriormente reiterada: STC 2 /1998, de 12 enero y STC 34/2004, de 8 de marzo- es recogida por esta Sala Cuarta del TS. Así, la STS de 8 de noviembre de 2010, RCU 4032/2009, concluye “3.- *La jurisprudencia social, en el mismo sentido interpretativo, ha destacado (entre otras, STS/IV 26-octubre-2009 -rc 26/2008) que “... es preciso distinguir entre el principio de igualdad y la prohibición de trato discriminatorio ...” y que “Esta distinción tiene ... especial relevancia cuando se trata de diferencias de trato que se producen en el ámbito de las relaciones privadas, pues en éstas, como señala la STC 34/1984 , la igualdad de trato ha de derivar de un principio jurídico que imponga su aplicación, lo que no ocurre cuando la desigualdad se establece por una norma del ordenamiento o por la actuación de una Administración Pública (SSTC 161/1991 y 2/1998)“.* 4.- *En el presente caso, partiendo de la existencia de indicios de tal vulneración del derecho a la igualdad a la vista de la expuesta interpretación del Convenio colectivo aplicable y de la concreta actuación empresarial, resulta que la Administración pública empleadora, a la que incumbía la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación, no ha acreditado que las diferencias de trato efectuadas entre uno y otro colectivo con trabajo de igual valor, tengan una justificación objetiva y razonable“.*

Entiende la sentencia que, a la vista de la doctrina parcialmente transcrita, la mera adjudicación al puesto de trabajo de la actora de un número diferente en la RPT al asignado al puesto de trabajo de otras compañeras de trabajo, que tienen su misma categoría profesional y desempeñan idénticas funciones, no puede constituir una “justificación objetiva y razonable” de la diferencia de trato salarial entre

la primera y las segundas. De seguirse semejante conclusión equivaldría a dejar al arbitrio de una de las partes contratantes -en el caso la entidad empleadora- la efectividad del principio constitucional de igualdad, que desaparecería por completo por la simple decisión empresarial de asignar números diferentes a puestos de trabajo idénticos.

Añade la sentencia que el hecho de que la actora hubiera planteado una reclamación de cantidad por los mismos conceptos, que fue desestimada por sentencia del Juzgado de lo Social, confirmada en suplicación por sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha de 15 de junio de 2006 (hecho e), no impide la solución que se ha alcanzado en esta sentencia ya que ésta nunca podría ser el canon para resolver un asunto planteado desde la óptica de su dimensión constitucional, que seguramente no se tuvo suficientemente en cuenta en aquel precedente judicial.

Analiza si en relación con esto, cabría plantearse una posible aplicación del principio de cosa juzgada, lo que es rechazado con acierto por el juzgador de instancia, argumentando que nos encontramos ante un proceso de tutela de derechos fundamentales y no ante una mera reclamación de cantidad, siendo ésta una cuestión que no se vuelve a plantear en suplicación, quedando firme el pronunciamiento del juzgador de instancia en este aspecto de la no aplicación de la cosa juzgada.

9. DOCTRINA

La sentencia, siguiendo la estela de las STC y de las de la propia Sala Cuarta del Tribunal Supremo, anteriormente citadas, establece con toda rotundidad la prohibición de trato diferente en materia salarial -complemento de puesto de trabajo- a una trabajadora en el seno de una Administración Pública sin que exista una justificación objetiva y razonable debidamente acreditada por la empleadora.

Considera que no reúne los requisitos de objetividad y razonabilidad el mero dato formal de que el puesto de trabajo de la recurrente tiene un número de identificación diferente del resto de las trabajadoras y que a ese número se le asigna un complemento de puesto de trabajo sensiblemente inferior al fijado para los trabajadores que ocupan un puesto de trabajo identificado con el otro número. Dado que ambos grupos de trabajadores tienen la misma categoría profesional y realizan idénticas funciones el que sus respectivos puestos de trabajo tengan un número diferente, sin que la empleadora acredite a que obedece dicha atribución de diferentes números, no justifica un trato desigual en materia retributiva.

EL DERECHO AL TRABAJO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA¹

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

Senior Counsellor de PwC

ÍNDICE

- 1.- PRESENTACIÓN
- 2.- EL DERECHO AL TRABAJO EN EL ARTÍCULO 35 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978
 - 2.1. LO QUE LA CONSTITUCIÓN NOS DICE SOBRE EL DERECHO AL TRABAJO
 - 2.2. EL DESARROLLO CONSTITUCIONAL
- 3.- EL DERECHO AL TRABAJO EN EL MOMENTO CONSTITUYENTE
- 4.- EL DERECHO AL TRABAJO Y EL ESTATUTO JURÍDICO DEL DEMANDANTE DE EMPLEO
- 5.- DERECHO AL TRABAJO Y ECONOMÍA COLABORATIVA
- 6.- CONCLUSIÓN

¹ Este trabajo es un resultado científico del proyecto de investigación Der 2015-63701-C3-3-R, “Instrumentos normativos sociales ante el nuevo contexto tecnológico”

1. PRESENTACIÓN

En su comentario al artículo 35 de la Constitución Española, que fue uno de los primeros de los que se dispuso y desde luego pionero en la comunidad iuslaboralista española, Manuel Ramón Alarcón afirmó con rotundidad que “*si hay un precepto constitucional que provoca reacciones de escepticismo generalizado, se trata sin duda de este artículo 35*” (ALARCÓN CARACUEL, 6). El tiempo le ha dado la razón, y una lectura de la abundante bibliografía emanada desde entonces confirma su afirmación, dándose además la paradoja de que éste es el utilizado generalmente como ejemplo precisamente para dudar de la eficacia de la categoría de derechos en que se incluye, la de los económicos y sociales.

Había muchos factores para no tomárselo muy en serio: el destino de sus antecedentes históricos; el tratamiento recibido en la CE; la postura de quiénes lo habían estudiado en sistemas jurídicos cercanos al nuestro, que inspiraron la redacción del precepto; el debate sobre la naturaleza de los derechos económicos y sociales; la realidad del sistema económico y social español... En su estudio analizó todos estos aspectos, con rigor y amplitud, incluyendo un estudio de las construcciones jurídicas socialistas que ha faltado en la mayoría de los posteriores. Aun así, Manuel Ramón tuvo una cosa muy clara, que nos transmitió: “*el jurista que se enfrenta a ese fenomenal divorcio entre realidad social y norma jurídica no puede contentarse con unir su voz al coro de los escépticos, actitud legítima pero insuficiente en sí misma, so pena de abdicar de su función social*” (ALARCÓN CARACUEL, 6). Nuestro amigo tuvo siempre muy clara la función que como jurista había asumido cuando decidió dedicarse a la Universidad y al Derecho del Trabajo; la aplicó y la enseñó toda su vida. También en este estudio.

2. EL DERECHO AL TRABAJO EN EL ARTÍCULO 35 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

2.1. Lo que la Constitución nos dice sobre el derecho al trabajo

El derecho al trabajo aparece recogido en el apartado 1º del artículo 35CE, en el que se afirma que “*todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo*”. Se trata de un precepto que recoge una serie de derechos, limitados en principio a los españoles en su faceta de trabajadores, que se ejercitan en dos sedes diferentes: unos, en el mercado de trabajo; otros, en el desarrollo de la relación laboral. También se incluye un deber, el de trabajar, que no por común en los textos constitucionales ha resultado más efectivo en la práctica. Dentro de los vinculados con el mercado de trabajo, el derecho al trabajo aparece íntimamente vinculado con la

libre elección de profesión u oficio, el primero de todos en aparecer históricamente y que en su momento cumplió la función de liberalizar el mercado y reconocer a los ciudadanos la capacidad para acudir a éste a ofrecer sus servicios. Alarcón Caracuel consideraba que éste representaba el pasado de la institución, mientras que el que estudiamos constituía el presente, perteneciendo el deber de trabajar *“más bien al futuro de una sociedad en que, justamente, el trabajo sea la primera angular y los trabajadores la clase hegemónica”* (ALARCÓN CARACUEL, 5).

El artículo 35, de por sí rico en contenidos, enlaza con otros preceptos de nuestra Constitución que se refieren igualmente a los derechos de los ciudadanos en el mercado de trabajo. Por un lado, el artículo 25 recoge una modalidad especial del mismo derecho, de mayor alcance, específica para el colectivo de condenados a penas de privación de libertad. A estos ciudadanos se les reconoce expresamente el *“derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social”*, con una formulación mucho más exigente para el Estado tanto por su rango jurídico como por su contenido, no siendo ya un abstracto *“derecho al trabajo”*, como el de cualquier ciudadano, sino un verdadero *“derecho a un trabajo asalariado”*. Por otro, el artículo 40, ya dentro de los *“Principios Rectores de la Política Social y Económica”*, dispone que los poderes públicos *“de manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”*. Finalmente, en el Título IV, dedicado al Gobierno y a la administración, el artículo 103.2 señala que *“la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”*.

Todos estos preceptos constitucionales vienen a constituir, junto con el artículo 39 sobre libertad de empresa y el 36 sobre Colegios Profesionales y ejercicio de las profesiones tituladas, la base constitucional de nuestro mercado de trabajo y de la posición del ciudadano en éste. El que nos ocupa juega un papel fundamental actuando como fundamento de algunos de los demás (del artículo 40), y como límite de otros (del artículo 36). Su colocación en medio de un listado de derechos y deberes de distinto alcance y contenidos no le hace justicia.

La Constitución nos indica, además de estas conexiones, la eficacia del derecho al trabajo. Por su ubicación, en el Capítulo segundo del Título I, dispone que vinculará a todos los poderes públicos. Y le hace objeto de reserva de ley, una ley que en todo caso deberá respetar su contenido esencial. No podrá fundamentar, por el contrario, un recurso de amparo, ni su tutela ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad. Todo esto ha condicionado directamente su desarrollo en la práctica constitucional española, con un marcado protagonismo del legislador y un papel relativamente menor de los jueces.

2.2. El desarrollo constitucional

La construcción del TC sobre este precepto no es muy amplia, consecuencia sin duda de su tutela tiene vetada el recurso de amparo. El pronunciamiento más conocido es la STC 22/1981, que como es sabido distingue dos ámbitos o niveles en este derecho, uno individual y otro colectivo. Por lo que se refiere a la vertiente individual, se entiende que del artículo 35 puede derivarse un derecho a un puesto de trabajo, además de una libertad de trabajar. Este derecho es relativo en su alcance, no absoluto, y en la práctica va a tener dos contenidos: por un lado, el derecho a acceder al trabajo en igualdad de condiciones, “*el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación*”; por otro, el derecho a la estabilidad en el empleo, que supone que sea necesaria la existencia una justa causa para que el trabajador pueda ser despedido. Derecho a la estabilidad en el empleo que, curiosamente, no se pudo introducir en el artículo 35 durante el debate constituyente, pero que de cualquier manera el TC extrajo del precepto. Por lo que se refiere al ámbito colectivo, éste sería el propio de las políticas de empleo, reconocidas también por el artículo 40.1 de la Constitución.

Esto no supone exigir mucho al legislador: en la medida en que el ordenamiento jurídico garantice la causalidad del despido se estaría dando satisfacción a este derecho en lo individual; en lo colectivo, bastaría con la puesta en práctica por el Estado de una política de empleo, en sus vertientes activa y pasiva, con el objetivo final de garantizar el pleno empleo en nuestro mercado de trabajo. Elementos todos ellos presente en nuestra tradición jurídica y fáciles de cumplir por ello, al menos para el Derecho del Trabajo del siglo XX.

Jurisprudencia constitucional posterior fue enlazando el precepto con otras instituciones laborales: con el derecho a la ocupación real y efectiva; con el derecho a la no discriminación en el trabajo; con la reserva de puestos de trabajo para determinados colectivos; con el acceso a las indemnizaciones mínimas por extinción... (NOGUEIRA, 936). No mucho, en realidad, aunque si se completa con la doctrina sentada en relación con los otros contenidos del artículo 35 CE entonces quizás podamos pensar que empezamos a contar con algunos elementos con los que construir un modelo constitucional de mercado de trabajo.

Esta escasa virtualidad contrasta con el buen momento de este derecho en otros desarrollos constitucionales posteriores a 1978, que no sólo lo reconocen sino que incorporan nuevos contenidos expresos que lo definen y enriquecen. Cuando digo constitucionales me refiero a normas calificables como tales por su función en el ordenamiento jurídico, aunque formalmente no puedan considerarse como tales, de acuerdo con un modelo de constitucionalismo material y de “tutela multinivel de los derechos fundamentales” (VALDÉS DAL-RE, 2).

La Carta Social Europea renovada de 1996 abre la vía a este enriquecimiento del derecho al trabajo. En su Parte I las Partes firmantes reconocen como objetivo de su política, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el establecimiento de las condiciones en que puedan hacerse efectivos una serie de derechos y principios, entre los que se encuentra el de que *“toda persona tendrá la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido”*.

Posteriormente, el artículo 1 dedicado al “Derecho al trabajo”, establece que *“para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las Partes se comprometen:*

- 1.- a reconocer como uno de sus principales 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.”*

El artículo 15 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, trasunto de otro precepto de contenido similar del Proyecto de Constitución Europea, afirma que *“toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada”*, con una redacción que supone un debilitamiento frente a la formulación tradicional, cambiando el “derecho al trabajo” por el mero “derecho a trabajar”. Pero a la vez actualiza también su contenido con dos nuevas facetas: un derecho a la movilidad laboral, afirmando que *“todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro”* (art.15.2); y un derecho al auxilio en el mercado de trabajo, estableciendo que *“toda persona tiene derecho a acceder a un servicio gratuito de colocación”* (art.29).

Los Estatutos de Autonomía de segunda generación, aprobados ya en el siglo XXI, se hicieron eco de esta ampliación de contenidos. Así lo hace el de Andalucía de 2007, cuyo artículo 63 dispone que *“en el ejercicio del derecho constitucional al trabajo, se garantiza a todas las personas: a) El acceso gratuito a los servicios públicos de empleo. b) El acceso al empleo público en condiciones de igualdad y según los principios constitucionales de mérito y capacidad. c) El acceso a la formación profesional”*.

De esta manera, la institución que nos ocupa, que nace con una serie de “derechos hermanos” en el artículo 35 CE, ha completado su familia con otros poste-

rioros, “derechos hijos”, derivados suyos e instrumentales para su consecución: derechos vinculados con el apoyo a la búsqueda de empleo; con el acceso a los servicios relacionados con el empleo; con la movilidad en busca de ocupación. El mismo Alarcón Caracuel habló en su momento del “derecho a inmigrar” como uno de los que había que desarrollar (ALARCÓN CARACUEL, 2006, 503), y hoy son muchos los que apoyan esta visión.

3. EL DERECHO AL TRABAJO EN EL MOMENTO CONSTITUYENTE

Se ha dicho que la segunda década del siglo XXI está suponiendo un verdadero momento constituyente en España, en el que no sólo se está planteando una reforma de nuestra Constitución sino que, yendo más allá de este texto formal, se promueve un cambio en algunos elementos estructurales de nuestro sistema político y social. Estas tendencias coinciden con cambios profundos en la ordenación de las relaciones económicas y laborales, consecuencia en nuestro país de la interacción entre una tremenda crisis y las presiones deudocráticas de organismos internacionales. Ataques y defensas al Estado del Bienestar y a la legislación social se suceden, en un animado debate en el que la comunidad iuslaboralista está teniendo mucho que decir.

Durante este período las leyes laborales del Gobierno Popular han conformado una reforma diferente a las anteriores por su carácter extremo, llegando al límite de la capacidad de ajuste de nuestro Derecho del Trabajo dentro de las líneas marcadas por la Constitución Española y el Derecho Internacional. Por ello tanto la una como el otro han sido usados para disputar la legitimidad de algunas de sus medidas, generando una importante litigiosidad resuelta por órganos nacionales y supranacionales. En ésta el artículo 35 actuó como una de las fundamentaciones de estas iniciativas, especialmente las relacionadas con los cambios en la contratación laboral y en el despido; como el baluarte para la defensa constitucional ante medidas extremas de la reforma.

En su sentencia 119/2014, de 16 de julio de 2014, y frente a la acusación de que el contrato para el fomento de emprendedores, extraña criatura que combinaba la fijez con un período de prueba de un año, violaba este precepto, el Tribunal, aun partiendo de que “*el período de prueba admitido y regulado por el legislador puede actuar como una limitación del derecho a la estabilidad en el empleo –mayor cuanto más amplia sea su duración–, y que, por tal razón, entra en conexión con el art. 35.1 CE*”, concluyó admitiendo su validez. A esto llegó partiendo de que el derecho al trabajo reconocido en el art. 35.1 CE no es absoluto ni incondicional, sino que puede quedar sujeto a limitaciones justificadas en atención a la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionales dignos de tutela. Y de que una determinada restricción al derecho individual al trabajo sería constitucional siempre que con ella se asegurase la finalidad perseguida por la política de empleo. La figura controvertida

se presenta como “una medida coyuntural, vinculada a una concreta situación del mercado de trabajo de muy elevado desempleo y que, sin duda, conecta con el ya comentado deber de los poderes públicos de realizar una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE)”, y que tiene como objetivo “disponer de un período de tiempo, superior en principio al previsto con carácter común, durante el que poder constatar no sólo la aptitud y capacidad del trabajador contratado, sino también la sostenibilidad económica del nuevo puesto de trabajo creado”. Existiendo de esta manera una finalidad legítima en la medida, el TC analiza si ésta supera “las debidas exigencias de razonabilidad y proporcionalidad”. Y se llega a una conclusión positiva, sobre la base de los siguientes aspectos de su regulación: la limitación temporal a la posibilidad de utilizar esta modalidad contractual (sólo hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por ciento); la limitación en cuanto al tipo de empresas en que puede hacerse efectiva; las cautelas dirigidas a disuadir a los empresarios de ejercer la facultad de desistimiento antes de que transcurra el período de prueba de un año; y la existencia de otras previsiones normativas que pueden contribuir a atemperar el carácter gravoso que para el trabajador. En consecuencia, y “con independencia de la valoración que pueda merecer la oportunidad y eficacia de una medida legal de esta naturaleza, que no nos corresponde efectuar”, para el TC “es preciso concluir que se trata de una disposición que no vulnera el art. 35.1 CE; en términos razonables y proporcionados pretende favorecer el acceso de desempleados a un puesto de trabajo estable, en el marco de una excepcional coyuntura de emergencia, caracterizada por elevadísimos niveles de desempleo, en ejecución del mandato que a los poderes públicos dirige el art. 40.1 CE.”

La STC 8/2015, de 22 de enero de 2015 analiza la constitucionalidad de la nueva redacción del artículo 51 ET, a las que se achaca prescindir del elemento de causalidad en la delimitación de los motivos económicos y empresariales del despido, al haber suprimido la obligación empresarial de acreditar la concurrencia de la causa extintiva y de justificar que de ella se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva. Para responder a esta tacha, el TC parte de que el derecho al trabajo se concreta, entre otras cosas, «en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, en el derecho a no ser despedido sin justa causa». Ahora bien, en la medida en que la regulación de las relaciones de trabajo se ha deferido por la Constitución al legislador, es a éste a quien corresponde la determinación de las causas de extinción del contrato, no siendo función del TC la de enjuiciar la oportunidad o conveniencia de la elección hecha por el legislador para valorar si es la más adecuada o la mejor de las posibles, sino únicamente la de determinar si la opción asumida por el legislador en el ejercicio de la competencia que le atribuye el texto constitucional sobrepasa o no el margen razonable de libertad que le reconoce el precepto constitucional.

Analizando la regulación del artículo 51 ET, y comparándola con sus antecedentes legislativos, concluye que “no puede afirmarse que el precepto impugnado

haya consagrado un despido colectivo no causal o ad nutum, como defienden los recurrentes, basado en un libérrimo arbitrio o discrecionalidad empresarial, sino que ha condicionado la decisión extintiva, como ha sucedido desde sus orígenes, a la concurrencia «fundada» de una causa «económica», «técnica», «organizativa» o «productiva», cuyo contenido y alcance delimita, con el objeto de facilitar tanto la aplicación de la norma (por el empresario con los representantes legales de los trabajadores en el período de consultas), como el posterior control judicial de la decisión extintiva en función de las circunstancias concurrentes”. En consecuencia, no es posible apreciar que la nueva delimitación de lo que ha de entenderse por «causas económicas, técnicas, organizativas o de producción» vulnere el art. 35.1 CE.

De esta manera, la pretensión de deslegitimar algunas de los cambios más incisivos en el Derecho individual del Trabajo a partir de este concreto artículo no tuvo éxito. Podría pensarse que esto apunta a un nuevo fracaso de nuestro derecho al trabajo, que ha sido irrelevante en un momento crítico de la legislación social española. Pero esta sensación no resultaría a mi juicio justa si no se ampliara el foco de atención, más allá del Tribunal Constitucional y sus fallos, para valorar su impacto en otras zonas de este momento constituyente. Porque en éste no sólo importa lo que se ha hecho, sino también lo que se está proponiendo hacer; en este nivel de propuesta el derecho del artículo 35 CE sí ha producido efectos notables. Veámoslo.

Durante la crisis han surgido diversas propuestas dirigidas, bajo diversas denominaciones y usando instrumentos distintos, a garantizar a todos los ciudadanos unos ingresos adecuados para poder afrontar sus necesidades vitales con un mínimo de dignidad y de seguridad. Especialmente difundida ha sido la que procura establecer la conocida como “renta básica”. Esta propuesta ha pasado de los movimientos sociales a los programas de algunas formaciones, y de ahí al debate político, presentándose como una verdadera alternativa en el tratamiento de la crisis económica a las políticas aplicadas en Europa. Junto a ésta han surgido otras de “trabajo garantizado”, con unos objetivos similares aunque procurándolos con un medio radicalmente distinto. Pues bien, en ambos casos se ha acudido al artículo 35 CE como base constitucional para las ideas que se defienden (REY PÉREZ, 249), siendo el establecimiento de un ingreso universal a la vez la compensación a los ciudadanos por una prestación defectuosa del Estado, y la adaptación del derecho al trabajo a una sociedad postsalarial en la que el empleo ni se puede garantizar ni exigir. Se ha producido así un curioso cambio de perspectiva: cuando se introdujo el derecho que nos ocupa en nuestro sistema jurídico, en un momento tan tardío como 1978, se advertía contra la tentación de verlo reducido a la justificación de una política pasiva de empleo, en lo que se consideraba una lectura asistencial de un mandato constitucional susceptible de tener un alcance mucho mayor. Cuarenta años después, cuando la renta universal no se considera como caridad sino como manifestación de solidaridad y de justicia, es precisamente el artículo 35 el que permite encontrar un soporte constitucional para esta exigencia.

La virtualidad del artículo 35 CE se ha puesto de manifiesto desde una perspectiva completamente diferente, no para fundamentar una propuesta sino para evitar otra. Me refiero a las distintas proposiciones que han circulado para reformar nuestra contratación laboral en torno a un modelo de contrato único. Propositiones que fueron primero académicas para después convertirse en elementos centrales de programas políticos, aunque sin éxito en ninguna de estas dos facetas. La idea, como es sabido, tiene más que ver con la regulación del despido que con la de la contratación, sustituyendo la actual por otra con un despido acausal, por libertad de empresa (GOERLICH PESSET, 1205) y una indemnización con una progresividad más marcada que la actual. Al margen de otras críticas desde un principio se planteó que estas propuestasserán contrarias a nuestra Constitución, que aunque no recoge expresamente en ninguna de sus disposiciones la protección contra el despido como un derecho de los ciudadanos, sí reconoce un derecho al trabajo que el TC sabido vincular con esta figura. En sus palabras, que en nuestro ordenamiento, por estar en juego este derecho del artículo 35 CE, «rige el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma» (STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 4). Este argumento fue decisivo para desechar esta idea, en sus diversas variantes, a pesar de la campaña lanzada en su favor, de tal modo que las posibilidades de que se llegue a introducir son, a día de hoy, escasas.

De esta manera, el artículo 35 CE ha estado presente en algunos de las más relevantes disputas sobre cómo gobernar la crisis, como soporte o como crítica. No ha sido en modo alguno irrelevante. Nada mal, para un precepto constitucional que según la opinión más generalizada no sirve para mucho.

4. EL DERECHO AL TRABAJO Y EL ESTATUTO JURÍDICO DEL DEMANDANTE DE EMPLEO

Al margen de esta vitalidad en el momento presente lo cierto es que el derecho recogido en el artículo 35 CE ya había venido siendo reivindicado como la matriz para construir no ya otros derechos derivados, como se ha visto, sino también algo más, un estatuto jurídico completo para el ciudadano que acude al mercado de trabajo buscando de ocupación, en el marco de un Estado social (CALVO GALLEGOS & RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, 55). A éste se le suele conocer como el demandante de empleo, *job-seeker* en la terminología internacional, la persona que acude al mercado de trabajo en busca de una colocación, ofreciendo sus servicios a los potenciales empleadores que operan en éste. A éste se le ha reconocido su estatus social y económico, pero no todavía, o al menos no por completo, su estatus jurídico (FERNÁNDEZ PÉREZ, 491). La idea de muchos de quienes estamos trabajando en el campo del Derecho del Empleo es completar esta carencia construyendo esta figura, identificando las situaciones en las que se pueden encontrar las personas en el mercado de trabajo, qué derechos se tiene en cada una, y qué mecanismos están disponibles para su defensa.

La relevancia y actualidad de esta figura es fácil de entender para un jurista del trabajo: es en los momentos previos a la contratación laboral cuando la dependencia económica de las personas las coloca en una situación de mayor vulnerabilidad, pudiendo ser objeto de abuso y explotación; la antigüedad de las primeras normas sobre colocación refleja la realidad de estos riesgos, y la temprana preocupación del Estado por hacerles frente. Este factor se ve incrementado por otro, el cambio en el funcionamiento del mercado de trabajo, que opera en el siglo XXI como un mercado transicional, en el que las transiciones laborales constituyen un aspecto ordinario de éste y algo frecuente para los demandantes de empleo, que más que una carrera profesional en una empresa van a experimentar una sucesión de transiciones entre empleos, períodos de formación y procesos de reciclaje profesional.

La principal dificultad de construir su estatuto jurídico, algo que un iuslaboralista también comprende fácilmente, es que en esta fase del desarrollo de la relación laboral falta un contrato de trabajo, y por lo tanto una contraparte responsable de la garantía de sus derechos, como hace el empleador respecto del trabajador *stricto sensu*. Sin empleador la dependencia de prestaciones de sujetos públicos es mayor; como lo es también la dificultad de definir las relaciones jurídicas que se establecen con otros actores del mercado, empleadores potenciales y prestadores de servicios.

El mismo concepto de demandante de empleo requiere atención. Nuestro Derecho positivo suele confundir esta figura con la del receptor de prestaciones por desempleo, de tal modo que cuando en las leyes se habla de aquél muchas veces se está refiriendo a éste. Otras veces se utiliza la expresión “trabajador” de manera indistinta para mencionar al que lo es de verdad y al que pretende serlo. La posición de la persona en el mercado de trabajo cambia también, y no es igual la del empleado que pretende nueva ocupación, la del que concursa para un empleo público, la del que busca oportunidades de trabajo o la del que ya está participando, como candidato, en un concreto proceso de selección. En cada una de estas situaciones las necesidades de tutela jurídica y de servicios de apoyo de los ciudadanos varían.

Para esta tarea el principal instrumento jurídico del que se dispone es el derecho al trabajo, que actúa como el anclaje constitucional del régimen del demandante de ocupación. Éste es, en realidad, no es sino el ciudadano titular de este derecho que pretende ejercitarlo obteniendo un empleo, y que requiere de soporte en esta tarea. Este derecho actúa como el fundamento de su acceso al mercado de trabajo, eliminando las restricciones que puedan impedir llegar a éste; y también para apoyar la posibilidad de llegar a ocupar una vacante concreta, pasado de demandante de empleo a candidato, y de éste a empleado. También sirve de justificación para las distintas políticas públicas relacionadas con la ocupación, que se dirigen a hacer posible el ejercicio de este derecho, y de las posibles pretensiones de beneficiarse de éstas que pudiera elevar cada ciudadano individual.

No es, desde luego, el único derecho fundamental a considerar. Es claro que el derecho a la igualdad y no discriminación se ve especialmente afectado por los procesos de colocación y de selección en las empresas, de la misma manera que otros derechos como los relacionados con la intimidad y la protección de datos, con la propia imagen y la libertad ideológica, pueden ser lesionados por empleadores potenciales en procesos de contratación. El derecho reconocido por el artículo 35 CE, aun así, se presenta como uno de especial utilidad para el ciudadano que busca ocupación, porque sirve de soporte tanto para gestionar su tránsito por el mercado, como para la exigibilidad de políticas y de servicios que le apoyen para concluir éste con éxito. Esto se comprueba con los derechos que se han derivado de éste en las últimas décadas, como el derecho al acceso a los servicios públicos de empleo, a la formación profesional y al auxilio económico durante el desempleo, además de aquellos vinculados a la movilidad de la mano de obra. Todos éstos están apareciendo de manera expresa en los textos más recientes sobre derechos humanos, completando al original derecho al trabajo. ICHINO, en su conocido libro sobre *“Il Lavoro e il Mercato”* resumió este abanico de derechos en tres ámbitos: formación, información y movilidad (ICHINO, 100).

5. DERECHO AL TRABAJO Y ECONOMÍA COLABORATIVA

La economía colaborativa en sus diversas manifestaciones (trabajo a demanda y en plataforma, trabajo 3.0, empleos “uberizados”) marca el próximo desafío para el Derecho del Trabajo tradicional (TODOLI, 1). Con una complejidad que excede con mucho de nuestros enfoques clásicos de procurar su laboralización, nos plantea la necesidad de buscar esquemas contractuales y regulatorios para ordenar un conglomerado de formas de empleo en las que la determinación de la dependencia y la identificación de la legislación aplicable resultan enormemente complejos. Es oportuno mencionarlo en este homenaje a Manuel Ramón Alarcón, porque uno de sus trabajos capitales, el dedicado a la construcción de la ajenidad en el mercado, está siendo utilizado en estos momentos para soportar doctrinalmente el estudio de este fenómeno (ALARCÓN CARACUEL, 1986).

Desde otra perspectiva ¿resulta útil el artículo 35 CE en la tarea de ordenarlo? Seguramente sí: frente a los intentos de restringir determinadas manifestaciones de estas formas de empleo, prohibiéndolas o regulándolas rígidamente, el derecho al trabajo se presenta como un instrumento de defensa de las personas que usan estos nuevos canales de acceso al mercado. Cualquier regulación que se plantee deberá partir de este derecho, de la posibilidad legítima y constitucionalmente protegida de ofrecer la propia actividad por estas nuevas vías. Lo que no quiere decir, lógicamente, que no deba someterse este acceso a reglas laborales, fiscales y de seguridad social, así como a otras exigencias técnicas en función del sector en que se desarrollen. No es éste el debate; de lo que se trata es de reconocer las posibilidades que las plataformas de contratación y el internet 3.0 ofrecen a las personas

para, a partir de ahí, diseñar mecanismos regulatorios adecuados teniendo en cuenta los intereses de los trabajadores, sus clientes, los consumidores, los demás operadores del mercado y la sociedad en su conjunto.

Curiosamente, en el siglo XXI este precepto constitucional vuelve a ser relevante en su vertiente de libertad de trabajar, en un momento en que surgen modalidades de prestación de servicios que chocan las tradicionales en actividades fuertemente reguladas. La tentación de excluirlas se ve confrontada con este derecho de las personas, que en nuestro sistema económico y social resulta cada vez más fundamental. Esto dirige el debate a otro plano, el de su ordenación para evitar ocasiones para la competencia desleal, la economía sumergida y la explotación laboral. Superando la dicotomía fundamental del trabajo, la que distingue el autónomo del subordinado, el jurista del trabajo, volviendo a su papel original de reformador social, debe estar en condiciones de proponer esquemas jurídicos que faciliten el desarrollo de la economía colaborativa con dignidad, seguridad y solidaridad.

6. CONCLUSIÓN

La tragedia del derecho al trabajo en las Constituciones contemporáneas ha sido la de verse condenado a sufrir a la vez el desdén de quienes creen en él, pero se resienten de su escasa eficacia, y la burla de los que desprecian este tipo de derechos, poniéndolo como mal ejemplo. Poco valorado por unos y otros, un estudio atento y con un mínimo de cariño nos muestra por el contrario una institución jurídica con amplio recorrido y múltiples posibilidades.

Intentando sistematizar su eficacia, “más allá de lo programático”, ésta se ha encontrado en tres momentos de la relación laboral: en el inicio, condicionando el acceso al empleo; en su desarrollo, imponiendo un derecho a la ocupación efectiva y el ascenso; y en su terminación, convirtiéndose en un derecho a la conservación del empleo (BLANCAS BUSTAMENTE, 340). Se proyecta en tres momentos fundamentales de la prestación de servicios laborales, afectando a segmentos fundamentales del Derecho del Trabajo: Derecho del Empleo, contratación laboral y despido, nada menos. No es tan poco. Pro futuro, está sirviendo de base para propuestas que pretenden mejorar la condición del ciudadano en el mercado de trabajo y en la propia sociedad, en el marco de un Estado social que no renuncia a cumplir sus objetivos: de la renta básica universal al trabajo garantizado, nada menos.

Manuel Ramón Alarcón dijo en 1979 algo que podría haber dicho hoy con la misma razón y acierto que entonces: “*el derecho al trabajo constituye, sin lugar a dudas, uno de los puntos neurálgicos de nuestro tiempo: un tiempo de crisis social, un tiempo de agotamiento de un determinado modelo de desarrollo, pero un tiempo, también, en el que el advenimiento de una nueva era aparece cada vez más com-*

plicado, lo que nos obliga a exprimir el jugo de los frutos de la transición" (ALARCÓN CARACUEL, 7). Sirvan sus palabras para terminar este estudio, en modesto homenaje a su memoria y a su contribución al Derecho del Trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CARACUEL, M.R., "Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar", *Revista de Política Social*, nº 121, 1979, pg.5.
- ALARCÓN CARACUEL, M.R., "La ajenidad en el mercado: Un criterio definitorio del contrato de trabajo", *REDT*, nº 28, 1.986, pg. 495
- ALARCÓN CARACUEL, M.R., "El derecho a inmigrar", en AA.VV., "*Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*", La Ley, Madrid, 2006, pg.503.
- BLANCAS BUSTAMENTE, C., "*La Cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*", Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011.
- CALVO GALLEGO & RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (dirs.), "*Colocación y servicios de empleo*", Consejo Económico y Social, Madrid, 2010.
- GOERLICH PESSET, J.M., "¿Contrato único o reforma del despido por causas empresariales?", *Relaciones Laborales*, nº 1, 2010, pg.1205.
- ICHINO, P., "*Il lavoro e il mercato*", Mondadori, Milán, 1996.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M., "Artículo 25", en CASAS BAAMONDE & RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, "*Comentarios a la Constitución Española*", Kluwer, Madrid, 2008, pg.930.
- PÉREZ DOMÍNGUEZ, F., "Persona y mercado de trabajo: nuevas coordenadas del derecho al trabajo", en AA.VV., "*Derechos sociales y principios rectores: Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*", Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pg. 491.
- REY PÉREZ, J.L., "La renta básica, la fuerza de trabajo y la crisis", *Revista Internacional de Pensamiento Político*, nº 6, 2011, pg.241
- SASTRE IBARRECHE, R., "*El derecho al trabajo*", Trotta, Madrid, 1996.
- TODOLI, A., "El impacto de la "UBER economy" en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo", *IUSLabor* 3/2015
- VALDÉS DAL-RÉ, F., "Constitucionalismo laboral europeo y protección multi-nivel de los derechos laborales", *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº2, 2016.

LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

FERRAN CAMAS RODA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Director de la Cátedra de Inmigración, Derechos y Ciudadanía
Universidad de Girona*

ÍNDICE

1. PRESENTACIÓN SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS MOVIMIENTOS MIGRATORIOS Y SU PERCEPCIÓN
 2. LA URGENCIA DE POLÍTICAS COMUNES DE INMIGRACIÓN E INTEGRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA
 3. COMO CONCLUSIÓN, UNA CITA ORAL DEL DR. MANUEL RAMÓN ALARCÓN
- BIBLIOGRAFÍA

1. PRESENTACIÓN SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS MOVIMIENTOS MIGRATORIOS Y SU PERCEPCIÓN

Iniciaré y finalizaré esta contribución al libro homenaje a quién tuve la fortuna de admirar como profesor y disfrutar como amigo, el Dr. Manuel Ramón Alarcón Caracuel, aportando su palabra, no derivada de su innumerable labor investigadora recogida por escrito, sino oral, producto de conversaciones informales o de ponencias a las que tuve la suerte de asistir. En esta introducción, quiero recordar un encuentro en el que le hice llegar mi designación como Director de la Cátedra de Inmigración, Derechos y Ciudadanía de la Universidad de Girona allá por el año 2008, relevando a quién fue su primer director, el Dr. Eduardo Rojo Torrecilla. Tras decírselo, Manuel Ramón me explicó un intercambio de puntos de vista que años atrás había tenido con D. Manuel Alonso Olea sobre la cuestión del nacimiento del Derecho del Trabajo, haciéndome llegar la conclusión de éste plenamente compartida por ambos, donde si bien podía pensarse que los sucesos que fueron causa del ordenamiento laboral tenía su origen en el pasado, la inmigración era la cuestión de futuro, añadiendo que el Derecho de las Migraciones sería el Derecho por excelencia del Siglo XXI.

D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel me animaba así a seguir los pasos iniciados por el Dr. Rojo Torrecilla en la Cátedra de Inmigración gerundense, abordado un tema que, justamente con el inicio de aquella centuria estaba redibujando visiblemente la sociedad española con el acceso de millones de inmigrantes, la mayoría de carácter extracomunitario pero, con el acceso de diversos países del Este de Europa a la Unión, cada vez con una mayor presencia de ciudadanos que pasarían a ser comunitarios. Fenómeno este el de los movimientos migratorios que no sólo afectaba naturalmente a España sino que afectaba en mayor o menor medida al resto de países europeos y naturalmente, al ámbito mundial.

De hecho, superada la primera quincena del S. XXI, debe traerse a colación los datos de derivados de sendos informes del Fórum Económico Mundial de diciembre de 2015 en los que se contienen los resultados de encuestas realizadas a miembros de entidades y asociaciones de ámbito mundial sobre los principales riesgos a los que se enfrenta el mundo, a corto plazo (hasta mediados del 2017) y a más largo plazo, en los próximos diez años¹.

¹WORDL ECONOMIC FORUM: *Europe: What to watch out for in 2016-2017* [publicado en Diciembre de 2015] , en: <https://www.weforum.org/events/world-economic-forum-annual-meeting-2016/sessions/the-future-of-europe-c530363c-915a-4ce0-9b55-bd342ded8ff9> En el marco del encuentro de esta asociación se ha publicado también el informe: *The Global Risc Report 2016* <http://www3.weforum.org/docs/Media/TheGlobalRisksReport2016.pdf> (última consulta de ambos artículos, en febrero de 2016).

De los resultados obtenidos se deriva que la primera de las cinco principales preocupaciones para los próximos 18 meses son las migraciones involuntarias a gran escala, donde se incluyen las inducidas por conflictos, desastres, medio ambiente o por razones económicas. De hecho, al expresar los riesgos específicos que se prevén a 10 años, si bien no aparece los movimientos involuntarios en masa, los que se elevan son justamente las causas que los pueden provocar, por orden la crisis del agua (39.8%), el fracaso en la mitigación del cambio climático (36.7%), las situaciones climatológicas extremas (26.5%), las crisis alimentarias (25.2%) y las crisis profundadas de inestabilidad social (23.3%).

Cómo ponen de manifiesto estos informes que se están reseñando, los movimientos migratorios tienen un alcance mundial, que en los momentos actuales está siendo visualizado por los flujos de personas que buscan asilo o refugio, ya que en el año 2014 se alcanzó la cifra de 59.5 millones de personas desplazadas en el mundo por comparación a los 40 constatados durante la Segunda Guerra Mundial. Estos datos nos hacen ver que pese a la comprensión que se hace sobre la crisis europea que se está viviendo derivada de la llegada de refugiados a las islas griegas principalmente provenientes de conflictos políticos y bélicos en el cercano oriente, el reto respecto de estas personas es global ya que hay muchas otras regiones afectadas por esta situación, las cuales por cierto la viven con mayor intensidad disponiendo por lo demás de un nivel de desarrollo inferior al europeo.

El Fórum Económico Mundial reconoce que la arquitectura humanitaria global no es capaz de responder satisfactoriamente a este reto de las migraciones involuntarias a gran escala, entre otros motivos, porque numerosos países no han firmado la Convención de Ginebra sobre refugiados.

Pero también la Comisión Europea, en el marco del programa político adoptado en mayo de 2015 que va a ser objeto de comentario con posterioridad, en el que expresa su Agenda Europea sobre Migración, reconoce que ningún Estado miembro puede abordar la migración por sí sola con eficacia y que se necesita “un nuevo enfoque, más europeo”², lo que debe pasar por fortalecer los principios que, fijados en los propios Tratados originarios, deben por ello constituir el numen de la actuación de la UE en el desarrollo de sus políticas de asilo y migraciones.

Por esa razón, partiendo de esta premisa me propongo comentar en este trabajo

²COMISIÓN EUROPEA: *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions a European Agenda on Migration*. 13/05/2015.

http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/communication_on_the_european_agenda_on_migration_en.pdf (última consulta: febrero de 2016).

hasta qué punto son necesarias las políticas de migración comunitarias, recordar a partir de los Tratados originarios cuáles son los principios que debe seguir la Unión en su adopción y ejecución, que políticas se prevén y bajo que perspectiva principal deben abordarse.

Empezando ya por el primer punto, debe manifestarse como a finales de 2015 la preocupación más importante de los europeos a la que debe hacer frente la Unión es la inmigración (alcanzando el 58% de las respuestas en este sentido, si bien era España el país con nivel más bajo respecto de esta preocupación, con un 39% de los encuestados), resultado que la Comisión Europea, autora de este Eurobarómetro, hace derivar de la llamada crisis de refugiados que estalló con fuerza a partir del verano de aquel año³. Esta percepción ante la inmigración probablemente no disminuirá en los próximos años ante la sensación que nos encontramos ante la apertura de un eón derivado de la situación social y política en muchos países de oriente o África, así como por el propio movimiento de personas que, en muchos casos uniéndose en la propia Europa a los flujos de los que buscan de asilo de otros continentes, desean permanecer en Europa por razones económicas.

2. LA URGENCIA DE POLÍTICAS COMUNES DE INMIGRACIÓN E INTEGRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

En primer lugar, es conveniente deslindar el objeto de este trabajo al recordar que el objeto de las políticas de inmigración previstas por los Tratados europeos no incluyen los movimientos migratorios dentro de la Unión Europea de nacionales de Estados miembros de esta organización. Si bien históricamente el porcentaje relativo de personas que disponiendo de la nacionalidad de un país de la UE vivían en otro Estado miembro se acerca al 3% aunque con una tendencia al aumento en los últimos años, no cabe pasar por alto que eso suponía en 2014 un total de 14,3 millones de personas que disponiendo de la nacionalidad de un Estado miembro residían en otro⁴. Estas personas disfrutaban del principio de libre circulación de personas que es fundamento de la Unión, y en especial una de sus derivaciones, la propia de los trabajadores que está recogida al máximo nivel normativo en los artículos 45 a 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea como manifestación básica de no discriminación por razón de nacionalidad en la entrada, permanencia o salida de los Estados miembros por motivos laborales (sus principales concreciones normativas son el Reglamento 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los

³ COMISIÓN EUROPEA: *Standard Eurobarometer 84. Autumn 2015* <http://ec.europa.eu/COMM-FrontOffice/PublicOpinion/index.cfm/Survey/getSurveyDetail/yearFrom/1973/yearTo/2015/surveyKy/2098> (última consulta: marzo de 2016).

⁴ Eurostat: *Statistiques sur la migration et la population migrante* (Mai 2015).

trabajadores dentro de la Unión, y la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros).

Es importante enfatizar este principio de libre circulación ante las tensiones que está sufriendo, por un lado por la exclusión por los Estados miembros de beneficios sociales a los ciudadanos comunitarios no nacionales de dichos países que no dispongan de recursos, como al efecto acepta la Sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2014 (Asunto C-333/13, *Dano v. Jobcenter Leipzig*), en la cual, al amparo de la Directiva 2004/38/CE, admite que Alemania deniegue prestaciones de asistencia social a los ciudadanos de la Unión que habiéndose desplazado a su territorio, no dispongan de recursos, no acrediten voluntad de encontrar trabajo y no ejerzan actividad económica, a fin de preservar equilibrio financiero de la Seguridad Social. A ello se ha de sumar el acuerdo adoptado entre los Jefes de Estado o de Gobierno y el Consejo Europeo concerniente a un nuevo estatuto para el Reino Unido dentro de la Unión Europea, de 2 de febrero de 2016, cuyo punto de partida es la limitación de flujos de trabajadores ejercientes de su libertad de circulación con un impacto negativo en los países receptores y de origen, ya que con esa motivación se establecen, entre otras propuestas, la modificación del Reglamento 492/2011 de forma que se permita la restricción a los trabajadores comunitarios que hubieran accedido al mercado de trabajo a la obtención de prestaciones sociales hasta un período de 4 años desde la consecución de un empleo⁵.

Ambos casos el rango preferente que se otorga a los fundamentos anclados en las libertades económicas de la normativa europea respecto a los derechos sociales de los ciudadanos que ejercen su libre circulación y por tanto, su expectativa a recibir un trato igual que los ciudadanos nacionales. Es a partir de la igualdad entre los ciudadanos, en particular, entre los trabajadores de la UE, así como al disfrute de sus derechos laborales y sociales, reconocidos al amparo del Título de “Solidaridad” en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como se avanza hacia una mayor integración europea y no al contrario, como al efecto impulsan las tendencias mencionadas.

La conclusión que debe realizarse antes de pasar al auténtico núcleo de este trabajo es que las personas nacionales de un Estado miembro de la UE que se mueven a otro país de esta organización no tienen la calificación de inmigrantes, y por tanto, se debe ser prudente al calificar su movilidad como propia de las po-

⁵ Véase CONSEJO EUROPEO: *Draft Decision of the Heads of State or Government, meeting within the European Council, concerning a New Settlement for the United Kingdom within the European Union*. 2 February 2016.

líticas de inmigración, ya que éstas están pensadas para las personas extracomunitarias. Por esa razón no cabe asimilar las causas migratorias de ambos colectivos, aunque puedan compartir el mismo trasfondo económico en muchos casos, ya que debe salvaguardarse el principio de igualdad que, particularmente en materia laboral gozan los ciudadanos de la Unión, aunque ello no tiene porqué significar una restricción de los derechos de los extranjeros no comunitarios, que como se pasa a exponer requieren de una mayor amplitud de miras de la UE.

Respecto de los nacionales de terceros países, Eurostat nos muestra que a 1 de enero de 2014, se encontraban en la UE-28 un total de 33,5 millones de personas que habían nacido fuera de su territorio y 19,6 millones nacionales de terceros países que residían en él, es decir el 3,9% de la población total⁶. Los ciudadanos extracomunitarios, siempre que estén autorizados a trabajar del derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión así como, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, podrán obtener la libertad de circulación y residencia si residen legalmente en un Estado miembro (arts. 15.3 y 45.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, además de la normativa derivada prevista en la Directiva 2011/98 por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro y respecto de los nacionales de terceros países con residencia de larga duración, la Directiva 2003/109).

En este sentido, tras la atribución por el Tratado de Ámsterdam en 1999 de determinadas competencias a la Comunidad en materia de asilo y cuestiones migratorias, y su reformulación posterior por el Tratado de Lisboa en 2007, el TFUE delimita el marco de actuación de la UE respecto de los extranjeros extracomunitarios en función básicamente de los arts. 67 y ss. de dicha norma originaria atribuyendo a la Unión la garantía de ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y el desarrollo de una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países.

El común denominador que une las políticas comunes de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores es la adopción como referente de dos principios vinculantes, el de la “solidaridad entre los Estados miembros” y que la política adoptada sea “equitativa respeto de los nacionales de terceros países”. Así lo enfatiza el art. 80 del TFUE por el cual estas políticas así como su ejecución “se regirán por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad

⁶ Eurostat: *Statistiques sur la migration et la population migrante* (Mai 2015).

entre los Estados miembros, también en el aspecto financiero”, y añade un aspecto que debería ser activado por la Unión, ya que establece que “cada vez que sea necesario, los actos de la Unión adoptados en virtud del presente capítulo contendrán medidas apropiadas para la aplicación de este principio”. A los principios de solidaridad, responsabilidad y trato equitativo se imantan al valor de la dignidad humana intrínseco a la Unión Europea por cuanto sitúa a la persona, cualquiera que sea su nacionalidad, en el centro de su actuación, y que, por añadidura, se vincula directamente de forma expresa con la política exterior de la Comunidad y por tanto a la acción de esta en el ámbito internacional.

Con estos fundamentos, el Tratado originario otorga al Consejo Europeo y al Parlamento la competencia para adoptar medidas en determinadas áreas pertenecientes al asilo, la inmigración y el control de las fronteras exteriores, si bien en este ámbito la UE restringe su capacidad de actuación en un campo específico, el de la integración, y se autoexcluye en su capacidad de abordar un ámbito importante en inmigración, el del establecimiento de contingentes de acceso.

Respecto a la política de integración, el TFUE excluye que de ella puedan derivarse legislaciones armonizadoras entre los Estados miembros pero permite al Parlamento Europeo y el Consejo la posibilidad de adoptar medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros destinada a propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio (art. 79.4). La importancia que los movimientos migratorios están suponiendo, en particular el volumen de refugiados a las puertas de Europa que como se ha dicho anteriormente se prevén para los próximos años, llevan a concluir que las políticas de integración van a configurarse como un eje esencial de la inmigración, ello haría necesario una reformulación del Tratado para otorgar a la Unión mayor posibilidades de actuación en este ámbito.

Por otra parte, la UE se autolimita en el propio TFUE respecto del establecimiento de volúmenes de admisión en el territorio de cada Estado miembro de nacionales de terceros países procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, lo cual se residencia exclusivamente en la potestad soberana de aquellos. En todo caso, este límite a la legislación europea no debería ser un obstáculo, como al efecto señala el Comité Económico y Social Europeo que comparto, para “que la Unión alcance un alto grado de armonización legislativa para la admisión de inmigrantes económicos, que puede ser progresiva, permitiendo a los Estados períodos de adaptación”⁷.

⁷Dictamen del COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO *sobre el Libro Verde: El planteamiento de la UE sobre la gestión de la inmigración económica* COM(2004) 811 final, de 9 de junio de 2005: http://eurored.ccoo.es/comunes/recursos/99999/doc1754_Dictamen_del_CESE_694-2005.pdf

Debe afirmarse que al margen de lo certero de las ópticas adoptadas que van a ser objeto de comentario a continuación, la labor de la UE a través del procedimiento legislativo adoptado en el TFUE ha ido aumentando progresivamente en la ejecución de las competencias que le dispensa el Tratado, tanto en materia de asilo como de materias propias de la inmigración.

1. Respecto de las políticas sobre ausencia de control de las fronteras interiores y su activación en las exteriores (art. 77 del TFUE), la norma germinal de la que derivan no sólo estas cuestiones, sino la política de inmigración en general es el Tratado de Schengen, en vigor desde el 14 de junio de 1985 y su derivada, el Reglamento 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), que adoptan dos ejes básicos, la supresión de las fronteras interiores para permitir la libre circulación a través del territorio de la Unión y el control común de las personas que entran en el territorio europeo a través de sus fronteras exteriores.

La situación que desde el 2015 se está viviendo con la denominada crisis de los refugiados ha llevado a algunos Estados miembros a llevar a cabo el cierre de sus fronteras al amparo de lo alegado por ellos la situación excepcional que se constata, cuando la adopción de esta situación no solo debe ampararse en una situación crítica aceptada, sino que debería derivar de la puesta en marcha de una solución común adoptada por los Estados miembros, solución que tal vez no debiera pasar por el cierre temporal de fronteras sino por otras medidas (Comisión: visados).

Los puntos críticos son en política de fronteras devienen por la necesidad de fortalecer los países que por su situación geográfica tienen que hacer frente a emergencias relativas a flujos migratorios o refugiados, tema en el cual resulta necesario la concurrencia del principio de solidaridad entre los Estados miembros, y derivado de ello, la asunción de una responsabilidad compartida sobre su control y vigilancia y la salvaguarda de los principios y derechos en su administración. Punto decisivo debería ser la atribución a la Agencia de Fronteras Exteriores (FRONTEX) de un nuevo estatuto: de su configuración como ente de apoyo a los Estados miembros a su configuración como servicio común de guardia de fronteras compuesto por un contingente europeo de agentes de guardia de fronteras⁸, con el otorgamiento de un mayor equilibrio en sus objetivos, de vigilancia de las fronteras exteriores hacia el salvamento y rescate.

⁸ COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (CESE): *Las políticas europeas de inmigración*. Dictamen de 3 de septiembre de 2014. REX: 414.

2. El art. 78 del TFUE prevé el desarrollo de una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. El precepto garantiza que esta política se ajuste a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, verdadero punto débil en el ámbito internacional para garantizar una protección adecuada a los refugiados por los Estados que no han ratificado dicha Convención.

La UE ha adoptado un arsenal de Directivas y otras medidas normativas en el marco de las competencias que aquel precepto prevé, una de las cuales el Reglamento n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o apátrida, conocido como Convenio de Dublín, está atravesando por momentos de contestación ante los movimientos masivos de personas en busca de refugio que se está viviendo, que afectan al sistema de asilo diseñado por la UE en su conjunto. Las críticas a esta normativa venían siendo objeto de tratamiento por propias instituciones comunitarias⁹ que insistían en la discrecionalidad de los Estados miembros en la aplicación de dicha normativa, lo que no permite alcanzar altos niveles de protección, los obstáculos a un acceso a la tutela judicial efectiva por parte de los solicitantes de asilo de manera que los derechos y principios sean accesibles en la práctica, o también la discordancia entre los Estados en relación a la determinación por el Convenio de Dublín sobre el Estado que es responsable de examinar las solicitudes de asilo. En este punto, a los problemas de interpretación que se están produciendo sobre cuál es el Estado que debe examinar la solicitud, por ejemplo si el solicitante se registró inicialmente en otro país, se une el hecho de que la propia indicación de que sólo un único Estado ha de ser el responsable de ello se adoptó sobre la creencia de que todos los sistemas de asilo son similares cuando esto no es así, lo que provoca la soledad del Estado que recibe más solicitudes ante la indiferencia o ya más directamente falta de solidaridad de los restantes.

Ante la crisis desatada en el 2015 en relación a los movimientos de personas que desde Turquía, país receptor de un ingente número de personas provenientes de países en conflicto como Siria, empezaban a llegar a las costas griegas a través del Mar Egeo, y la ausencia de una gestión adecuada a su llegada de su registro y posterior tramitación de su solicitud, su ascenso a través de los Balcanes hacia el norte de Europa, la Comisión Europea aprobó ya en mayo de dicho año la Agenda Eu-

⁹*Idem.*

ropea de Inmigración¹⁰, donde proponía varias medidas, entre ellas la activación por vez primera del mecanismo de emergencia en virtud del artículo 78.3 del TFUE, de forma que el Consejo adoptase medidas provisionales para ayudar a los Estados miembros que se vean enfrentados a afluencias repentinas de migrantes, a través de la adopción de un mecanismo de distribución temporal para las personas en clara situación de necesidad de protección internacional dentro de la UE. En todo caso, en su Agenda la Comisión se dirigía a los Estados para que aceptasen una reubicación de un numero prefijado de personas refugiadas, es decir, la asunción de personas ya asiladas de un Estado miembro a otro de la UE, así como también de las personas que ya hayan realizado su solicitud en el Estado miembro de llegada hacia otro Estado que resuelva su demanda de protección internacional, así como la previsión de un programa de reasentamiento en toda la UE para ofrecer 20.000 plazas (debe entenderse a refugiados establecidos en países terceros) distribuidas en todos los Estados miembros para las personas desplazadas en clara necesidad de protección internacional dentro de Europa con una financiación adicional de 50 millones de euros para 2015 y 2016.

La quiebra de estas propuestas, entre otras cuestiones principalmente por la disposición voluntaria de los Estados miembros a aceptarlas, así como la incesante llegada de personas con riesgo para sus vidas, llevaron finalmente a la UE a llegar a un acuerdo con Turquía el 18 de marzo de 2016 en el que se incluyen como cláusulas el retorno a este país tercero de “todos los migrantes irregulares que pasen de Turquía a las islas griegas a partir del 20 de marzo de 2016”; en segundo lugar, la cláusula *one-in, one-out*, por la cual “a cada sirio retornado a Turquía desde las islas griegas, se reasentará a otro sirio procedente de Turquía en la UE”; también, la previsión de que una vez cesado el paso irregular entre Turquía y la UE se ponga en marcha un régimen voluntario de admisión humanitaria y, por último, *last but not least*, la previsión de un régimen de liberalización de visados para los ciudadanos turcos a más tardar a finales de junio de 2016.

Al margen de los problemas de aplicación que un Acuerdo como este puede conllevar ante la posible deficiencia de los recursos técnicos y humanos que ello supone, debe hacerse una valoración crítica por permitir una mezcla entre migraciones económicas y por asilo, lo cual se plasma en la asimilación entre la denominada inmigración irregular y las llegadas de personas por motivos de refugio, lo que puede dar a entender que estas últimas no tienen derecho a ser protegidas cuando ello no es así; también, por la lesión que se puede producir en el principio

¹⁰ COMISIÓN EUROPEA: *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions a European Agenda on Migration*. op. cit, de 13/05/2015.

de no devolución reconocido en el propio Tratado como antes se ha hecho mención, que implica la necesidad de estudiar cada situación de búsqueda de refugio de forma individual, así como la imposibilidad de expulsiones colectivas. Finalmente, no cabe pasar por alto la importancia que puede tener para la UE la liberalización de visados para los ciudadanos turcos y con ello la movilidad de personas turcas hacia Europa al margen de procedimientos de asilo.

La política de asilo requiere hacerse común, solidaria entre los Estados miembros y equitativa con los extranjeros en búsqueda de refugio, primero garantizándoles el respeto a sus derechos fundamentales enmarcados en el valor de la dignidad como principio de actuación de la UE. Para solventar la actual situación, debe replantearse la normativa sobre asilo adoptada por la Unión Europea de forma que se aplique el principio de solidaridad con los Estados que mayor presión sufren así como solventar la asimetría en la aplicación de la normativa de asilo por parte de los Estados miembros.

3. El art. 79 del TFUE prevé que la Unión desarrolle una política común de inmigración destinada a garantizar, “en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas”, base de la que deriva la atribución a la Unión de competencias normativas sobre aquellos que han sido concretadas con la adopción de directivas de carácter fragmentado y disperso.

En relación a la política adoptada tras la Agenda Europea de Inmigración del 2015 respecto a la trata de seres humanos el enfoque adoptado es el de luchar contra estas situaciones desde una óptica de Seguridad y Defensa, abogando incluso por operaciones en el Mediterráneo para identificar, capturar y destruir barcos usados por traficantes, de conformidad con el Derecho internacional. Como ya se advierte desde diferentes foros, es probable que una acción de estas características no influya decisivamente en el desvío de rutas de inmigración hacia otras vías, y en todo caso, para evitar que esta medida fuese vista como la prueba de una política europea zangolotina, debería complementarse con el aumento del grado de cooperación con los países de origen o tránsito de los migrantes en su desarrollo y en la reducción de las condiciones que facilitan el desplazamiento intenso de personas hacia el norte. En todo caso, en este ámbito debería fortalecerse la necesidad del respeto a la legislación humanitaria y de protección de las personas, ya sean víctimas de tráfico o trata, ya sean también inmigrantes irregulares.

En relación a la lucha contra la inmigración irregular, el referente política lo ha constituido la preferencia por las medidas de expulsión cuyo principal exponente es la Directiva 2008/115/CE, relativa a normas y procedimientos comunes en los

Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Al margen de que en otras Directivas se pueden encontrar previsiones antidiscriminatorias y ciertas garantías jurídicas para el inmigrante irregular, por ejemplo para denunciar a su empleador (Directiva 2009/52/CE), lo cierto es que no se ha realizado una sola norma cuyo objeto exclusivo sea la cuestión de la protección de los derechos del trabajador inmigrante en situación irregular¹¹. En este ámbito, debe recordarse la necesidad del respeto a la legislación humanitaria y de protección de las personas, ya sean víctimas de tráfico o trata, ya sean inmigrantes irregulares.

Respecto de la gestión de los flujos migratorios y el trato equitativo respecto de los nacionales de terceros países, la realidad de la que ha de partirse es, por un lado la crisis económica que asola a Europa, lo que habría provocado una contracción de los Estados miembros en la aceptación de reglas robustas en materia de migración laboral¹², pero también la previsión de que el principal factor de las migraciones es, y continuará estando relacionada con el empleo¹³, dicho de otra forma, lo que mueve a los inmigrantes a irse de su país es la búsqueda de trabajo y derivado de ello de la perspectiva de unas mejores condiciones de vida. Pese al indudable impacto que estamos viviendo respecto de la crisis de los refugiados así como la constatación en algunos países como en España en estos últimos años de la entrada de personas por razones no laborales (como la reagrupación familiar), ello no debe hacernos perder de vista que las políticas migratorias deben tener como eje básico la vinculación de las migraciones con el empleo. Las políticas migratorias de la UE deben asumir la evidencia de las migraciones económicas y reformular el carácter restrictivo en materia de dotación de derechos sobre el empleo y el trabajo de los inmigrantes extracomunitarios, más aún ante el desafío que todos los datos de futuro constatan del declive demográfico en Europa.

Los movimientos migratorios de carácter laboral han emergido como la mayor cuestión global, y en este sentido, añadido, no sólo deben ser objeto de las agendas de las organizaciones internacionales sino que las políticas nacionales deben hacerse eco de ello, tanto en los acuerdos que pueden acordar con otros países como

¹¹INTER-PARLIAMENTARY UNION: *Migration, human rights and governance*. Handbook for Parliamentarians N° 24. 2015.

¹² *Idem*.

¹³INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT; WORLD BANK GROUP: "The contribution of Labour Mobility to Economic Growth". September 2015. La contribución de la movilidad laboral al crecimiento económico).

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/dgreports/-/dcomm/-/publ/documents/publication/wcms_398078.pdf (última consulta: febrero de 2016).

también para plantearse las medidas restrictivas que, como es el caso de España, fundamentan la base de su política migratoria.

En todo caso, la UE está respondiendo desde el Plan de política en materia de migración legal de 2005 ante la situación planteada con un enfoque sectorial más que horizontal, es decir frente a la posibilidad de una directiva única aplicable a todas las categorías de trabajadores migrantes, optó por una estrategia progresiva y diferenciada, basada en cuatro directivas sectoriales que definieran las condiciones y procedimientos de admisión de unas categorías determinadas de inmigrantes¹⁴, los altamente cualificados (Directiva 2009/50/CE), los estacionales (Directiva 2014/36/UE), trabajadores trasladados por sus empresas (Directiva 2014/66/UE) y en prácticas remuneradas (en fase de propuesta que puede acabar cristalizando en función de lo que dice la Agenda Europea de Inmigración de 2015, como se verá posteriormente, aunque véanse algunas previsiones sobre trabajo por cuenta ajena se reconocen a extranjeros a efectos de estudios o prácticas no remuneradas en la Directiva 2004/114/CE). Ante esta situación, se debería apostar por un marco legislativo global (horizontal) por ejemplo, como propone el Comité Económico y Social, incluyendo las condiciones de entrada y residencia de los inmigrantes que ejercen un trabajo por cuenta ajena, trabajo por cuenta propia u otras actividades económicas durante más de tres meses en el territorio de un Estado miembro¹⁵.

Frente a esa previsión, la Agenda Europea de Inmigración de 2015 mantiene la estrategia diseñada apostando, en particular, por la inmigración cualificada. La Comisión europea parte del mantenimiento de una Europa en declive demográfico así como una progresiva escasez de mano de obra cualificada en el mercado de trabajo, en particular en sectores como la ciencia, la tecnología, ingeniería y sanidad. Por esta razón, la Comisión Europea presentará un “Paquete de Movilidad de los Trabajadores” y una nueva iniciativa sobre “Cualificaciones” en 2015, cuestión que a mi modo de ver es trascendental para promover el acceso al mercado de trabajo y la integración laboral no solo de personas migrantes por motivos económicos, sino también por otras causas, como las derivadas de asilo o refugio. En todo caso, hay que destacar que la Comisión pondrá en marcha una consulta pública de la Directiva sobre la Tarjeta Azul para atraer a un mayor número de na-

¹⁴Véase un estudio de este Plan en AAVV: *Inmigración y mercado de trabajo en la era de la globalización* (Coordinador: E. ROJO TORRECILLA), Editorial Lex Nova, 2006, o también M.L. RODRÍGUEZ COPÉ: “La política comunitaria de inmigración. Los extranjeros en el marco de la legislación laboral europea”, en AAVV. (Coordinado por F. NAVARRO, M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO y J.M. GÓMEZ): *Manual de Derecho Social de la Unión Europea*, Tecnos 2011.

¹⁵ Véanse las propuestas del CESE en su Dictamen, ya citado, sobre *Las políticas europeas de inmigración*, de 3 de septiembre de 2014

cionales de terceros países altamente cualificados, así como se impulsará una Directiva sobre Estudiantes e Investigadores con el objetivo de dar a estos grupos una nueva movilidad y “oportunidades laborales”.

De hecho, la Comisión plantea la posibilidad de desarrollar, conjuntamente con los Estados miembros, un «sistema de manifestación de interés» donde se crearía una bolsa de potenciales candidatos a migrar y se la vincularía a empresarios interesados en seleccionarlos de toda la UE. En la Comunicación publicada por la Comisión Europea de 13 de mayo de 2015, también se prevé el desarrollo de una nueva política de migración legal con el objeto de modernizar la Política de visados, y en este sentido se propondrá el establecimiento de un nuevo tipo de visado para personas que tengan interés legítimo en viajar por más de 90 días en un período de 180. Desde luego esta expresión no es un ejemplo de laya, pero debería profundizarse más en este concepto y abrirse a la posibilidad de estos visados, pensando, también, en que sirviesen para encontrar trabajo.

En mi opinión esta visión sigue sin ver los intereses a medio y largo plazo de la Unión Europea en materia de recepción de migrantes en función del declive demográfico europeo, así como también he de mostrar mi disconformidad en el hecho de que la Comisión enfoque la mejora de las vías de migración legal de forma sectorial, es decir, pensando en determinados colectivos de migrantes (cualificados, o investigadores), y no de forma horizontal, facilitando también la posibilidad de que otros trabajadores tengan oportunidades de buscar trabajo tanto de alta, media como baja cualificación.

3. COMO CONCLUSIÓN, UNA CITA ORAL DEL DR. MANUEL RAMÓN ALARCÓN CARACUEL

La situación que a efectos migratorios se está viviendo en la Unión Europea, principalmente derivada de la crisis de los refugiados provenientes del cercano oriente y oriente medio, al que se suman también migrantes económicos, europeos o de otros países, no puede esconder que a efectos numéricos otros países menos desarrollados la están sufriendo con mayor intensidad y sobre todo, que no se trata de una cuestión transitoria o cíclica, sino que, por un motivo u otro, los movimientos migratorios van a ser un factor caracterizador del Siglo XXI, y derivado de ello, van a modular enormemente nuestras sociedades.

La Unión Europea se ha dotado de un arsenal legislativo en materia de libre circulación de trabajadores de la Unión Europea, basada en el principio de igualdad entre nacionales comunitarios, así como de inmigración de nacionales de terceros países y asilo que se fundamenta en los principios de solidaridad, trato equitativo a los nacionales de terceros países y de dignidad para todos, valor en el que se ancla la UE, que implica colocar a la persona en el centro de sus actuaciones.

La insuficiencia en la aplicación de algunos de dichos valores a través de los actos adoptados por la UE, de forma visible el relativo a la solidaridad entre Estados miembros, la constatación de una falta de vocación por los Estados miembros por políticas comunes de asilo e inmigración, así como la restricción en una política comunitaria en favor de la migración económica junto a la rigidez y dispersión de las medidas normativas adoptadas hasta el momento, llevan a dar la razón a lo que el Comité Económico y Social ha señalado su Dictamen de 3 de septiembre de 2014 ya mencionado anteriormente en el sentido que muchas veces las ambiciones y los valores europeos se quedan en grandes palabras, y que las prácticas y las leyes contradicen dichos valores.

En todo caso, esos valores son los que están en riesgo a tenor de las actuaciones de los Estados miembros de la UE ante los movimientos migratorios, tanto de ciudadanos de la UE en su acceso a otros Estados, como de extranjeros en búsqueda de refugio político, y es en el respeto a dichos valores a lo que no se debe ceder si la UE quiere ser reconocible. Llegar a asumirlos legislativa y políticamente no fue fácil, ahí está el S. XX para demostrarlo.

El día 19 de febrero de 2015, en el marco de las Jornadas Catalanas de Derecho Social celebradas en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, fue la última vez que compartí unos momentos académicos y humanos con Manuel Ramón. Ese día, a las 12:30 h., me senté en la sala habilitada para las ponencias para escuchar al Dr. Manuel Ramón Alarcón impartir una sesión magistral sobre los Principios del Derecho del Trabajo. Como suelo hacer ante maestros del Derecho, y Manuel Ramón ocupaba una posición preeminente en esta calificación, abrí mi diario personal y preparé mi bolígrafo porque siempre tenía la seguridad que fuese cual fuese la duración de su intervención, iba a expresarme una idea que, o bien compartiría o bien tendría suficiente fundamento para abrir una nueva vía de argumentación jurídica. Aquél día no me defraudó, empezó su intervención expresando que “lo que ha costado mucho conseguir, cuesta aún más mantenerlo”, y finalizó recordando que “los principios están ahí”, y que “solo queda reflexionar sobre su código genético”. Estas ideas, más que nunca, son aplicables a los valores, principios y responsabilidades que están en la base del espíritu europeo.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV: *Inmigración y mercado de trabajo en la era de la globalización* (Coordinador: E. ROJO TORRECILLA), Editorial Lex Nova, 2006,
- COMISIÓN EUROPEA: *Standard Eurobarometer 84. Autumn 2015* <http://ec.europa.eu/COMMFrontOffice/PublicOpinion/index.cfm/Survey/getSurveyDetail/yearFrom/1973/yearTo/2015/surveyKy/2098> (última consulta: marzo de 2016).
- COMISIÓN EUROPEA: *Communication from the Commission to the European*

- Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions a European Agenda on Migration*. 13/05/2015. http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/communication_on_the_european_agenda_on_migration_en.pdf (última consulta: febrero de 2016).
- COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. *Dictamen sobre el Libro Verde: El planteamiento de la UE sobre la gestión de la inmigración económica* COM(2004) 811 final, de 9 de junio de 2005: http://eurored.ccoo.es/comunes/recursos/99999/doc1754_Dictamen_del_CESE_694-2005.pdf
- COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (CESE): *Las políticas europeas de inmigración*. Dictamen de 3 de septiembre de 2014. REX: 414.
- CONSEJO EUROPEO: *Draft Decision of the Heads of State or Government, meeting within the European Council, concerning a New Settlement for the United Kingdom within the European Union*. 2 February 2016.
- EUROSTAT: *Statistiques sur la migration et la population migrante* (Mai 2015).
- INTER-PARLIAMENTARY UNION: *Migration, human rights and governance*. Handbook for Parliamentarians N° 24. 2015.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT; WORLD BANK GROUP: "The contribution of Labour Mobility to Economic Growth". September 2015. La contribución de la movilidad laboral al crecimiento económico). http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/-dcomm/-publ/documents/publication/wcms_398078.pdf (última consulta: febrero de 2016).
- RODRÍGUEZ COPÉ, M.L.: "La política comunitaria de inmigración. Los extranjeros en el marco de la legislación laboral europea", en AAVV. (Coordinado por F. NAVARRO, M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO y J.M. GÓMEZ): *Manual de Derecho Social de la Unión Europea*, Tecnos 2011.
- WORLD ECONOMIC FORUM: *Europe: What to watch out for in 2016-2017* [publicado en Diciembre de 2015], en: <https://www.weforum.org/events/world-economic-forum-annual-meeting-2016/sessions/the-future-of-europe-c530363c-915a-4ce0-9b55-bd342ded8ff9> En el marco del encuentro de esta asociación se ha publicado también el informe: *The Global Risk Report 2016* <http://www3.weforum.org/docs/Media/TheGlobalRisksReport2016.pdf> (última consulta de ambos artículos, en febrero de 2016).

LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO*

JAIME CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

ÍNDICE

1. LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO COMO LÍNEA DE INVESTIGACIÓN
2. TRANSFERENCIA DE CONOCIMIENTOS
3. MANUEL RAMÓN ALARCÓN, MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO

“En mi libro *La ordenación del tiempo de trabajo*, expresión que a partir de entonces hizo fortuna y que hacía referencia a que dentro de un tema tan clásico –se encuentra en la misma raíz del movimiento obrero y en los inicios de las normas laborales- como es el de la jornada de trabajo, hay escondido, detrás del mero aspecto cuantitativo, un aspecto cualitativo de enorme importancia: la distribución de la jornada”.

* El presente texto es la versión escrita, con las correspondientes notas, de “Tiempo de Trabajo, en el equilibrio de intereses entre las partes”, palabras pronunciadas en el Acto Académico en homenaje a Manuel Ramón Alarcón Caracuel, organizado por el Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla y celebrado el 18 de septiembre de 2015.

1. LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO COMO LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

Estas palabras de Manuel Ramón Alarcón Caracuel, expresan la relevancia que le confería al tema y fueron formuladas ante la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial con motivo de un acto especialmente importante para él, el concurso para la cobertura de una plaza de Magistrado de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que obtuvo¹. En dicho acto llevó a cabo una exposición de la relación circunstanciada de méritos, publicaciones y títulos, de su curriculum-vitae profesional para “iluminar” los fríos y pocos expresivos datos “destacando lo que a juicio del propio candidato puede resultar más relevante o mejor definidor de su propio perfil como jurista y del trabajo que, como tal, ha desarrollado a lo largo de su vida profesional”.

Pues bien, en lo que llamó una “lectura guiada de mis publicaciones”, hizo hincapié “en mi indisimulada preferencia por los trabajos de investigación de corte claramente conceptual”, entre los que se encuentran los referidos a la ordenación del tiempo de trabajo, que parten del libro citado con anterioridad². En él considera que la ordenación del tiempo de trabajo supone tener en cuenta el aspecto cualitativo, que incluye “desde el mero horario de trabajo hasta los mal denominados descansos (en realidad son “tiempo no contratado de trabajo”), tanto diario como semanal como anual (vacaciones y festivos) y que nos lleva, a través del trabajo a tiempo parcial y de la modalidad de fijo discontinuo, hasta una sutil frontera con la otra gran dimensión del tiempo de trabajo: la duración de los contratos. En definitiva, fue una reflexión en profundidad sobre algo tan esencial como el “tiempo” (que no es sino el contador de nuestra propia vida) y su relación con el trabajo”. Esta larga cita textual nos permite conocer, en palabras del propio autor, los ambiciosos objetivos de su trabajo, que veintiocho años después de ser escrito sigue de actualidad por lo que respecta a la problemática analizada y las propuestas realizadas, aunque la normativa posterior y la realidad social hayan ido, en muchos supuestos, por otros derroteros de los auspiciados por el autor.

El libro parte de la contraposición entre ocio y negocio, que se define en negativo en relación con el primero, y del elemento coercitivo del trabajo, necesidad para la inmensa mayoría de la población, independientemente de que se pueda encontrar en él “una mayor o menor – acaso ninguna- satisfacción.” Estudia el contrato de trabajo como de duración preferentemente indefinida y la crisis de dicha

¹ Ver Memoria comprensiva y resumen de trabajos en el campo de la investigación científico-jurídica, ejemplar mecanografiado, enero de 2010, en la que hace una “lectura guiada” de sus publicaciones.

² Alarcón Caracuel, M.R., *La ordenación del tiempo de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1988.

preferencia al pasar el contrato temporal de excepcional a normal, lo que en estos tiempos es cada vez más acusado³. En el momento de escribir este comentario, el porcentaje de contratos temporales es inferior al comienzo de la crisis, sobre el 26%, pero el número de contratos alcanzó una cifra record en 2015, aunque la población ocupada es menor que con anterioridad a la crisis, circunstancia que se explica porque los contratos temporales tienen una duración media de 53'4 días, en lugar de los 79 de 2006, según el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Todo ello supone un importante incremento de la precariedad, acentuada porque muchos de los contratos temporales lo son a tiempo parcial, lo que lleva a que en el año 2014, el 23% de los trabajadores con contrato temporal se encontraban en riesgo de pobreza en España, mientras que en la Unión Europea era el 15'6%, sin embargo el riesgo descendía al 5'9% en los trabajadores con contrato indefinido. Por otra parte, las tasas de transición son bajas, ya que solo el 12% de los trabajadores temporales en España pasó a tener un contrato indefinido, frente a un 23% en la UE⁴.

Asimismo realiza el Prof. Alarcón una sugerente propuesta, teniendo en cuenta la normativa vigente en 1988, en relación con la jornada de trabajo y su distribución⁵, así como sobre la racionalización de la regulación cuantitativa y cualitativa, criticando la mixtificación del “descanso pagado”. Para ello propone la generalización del salario hora, resultado de dividir el salario previsto del trabajador -legal, convencional o contractual- por el número de horas que se deberá trabajar al año legal o contractualmente establecidas, la jornada anual, para superar el artificio conceptual del “descanso pagado, explicando también las excepciones en los supuestos de interrupciones, horas con recargo y salario a rendimiento⁶. Además adelanta que la generalización del módulo salario-hora, sería de gran utilidad en el supuesto de un mercado de trabajo caracterizado “por la presencia no excepcional de trabajadores temporales y a tiempo parcial”.

Por lo que respecta a los contratos a tiempo parcial⁷, el autor analiza el estado de la cuestión, que en la actualidad ha llegado a desbordar las previsiones más pesimistas. Tras las últimas reformas legales introducidas, se mantiene con una leve disminución el porcentaje de contratos temporales, pero ha aumentado la tasa de parcialidad hasta casi alcanzar el 16% del empleo total con la circunstancia añadida de que existe una importante proporción de contratos a tiempo parcial de carácter involuntario que oscila alrededor del 60% del total, lo que aumenta más el riesgo

³ Alarcón Caracuel, ob. cit., pág. 41 y ss.

⁴ Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión, Informe sobre España 2016, SWD (2016) 78 final, pág. 47.

⁵ Alarcón Caracuel, ob. cit. pág. 98 y ss.

⁶ Alarcón Caracuel, ob. cit. pág. 106 y ss.

⁷ Alarcón Caracuel, ob. cit. pág. 111 y ss.

de pobreza. A esta situación hay que añadir que más de la mitad de todas las horas extraordinarias no fueron abonadas (55'6%), según los datos de la última Encuesta de Población Activa (EPA), creciendo de manera especial el incumplimiento por lo que se refiere a las realizadas por los trabajadores a tiempo parcial, que en la actualidad ya pueden realizar horas extraordinarias y no exclusivamente complementarias.

La contratación a tiempo parcial en España conlleva un elevado riesgo de pobreza, que ha aumentado drásticamente desde el 18'7% en 2013 hasta el 22'9% en el 2014, lo que ha contribuido al aumento de pobreza entre la población ocupada, desde un 10'6% en 2013 a un 12'6% en 2014⁸. A esta alta tasa de temporalidad y de contratación a tiempo parcial, que nos está llevando a que estén en riesgo de pobreza trabajadores ocupados, hay que sumar que continúa existiendo e un porcentaje superior al 20% de la población activa en situación de desempleo, de los cuales en el tercer trimestre de 2015 el 51% del desempleo total lo formaban desempleados de larga duración, superior a un año, mientras el 34'6% lo constituían los de muy larga duración, de más de dos años. Con estas cifras de desempleo cualitativo, continúa existiendo una incapacidad contrastada de todas las administraciones de organizar subsidios de desempleo generalizados, o rentas básicas o como quiera denominárseles, que permitan la vuelta al mercado de trabajo de los desempleados.

Con todo, el Profesor Alarcón concluye con una visión de futuro sobre la orientación protectora del Derecho del Trabajo⁹, en el que el tema de la jornada de trabajo debe situarse en una nueva dimensión colectiva, la del reparto equitativo de un bien escaso, el trabajo y en esta perspectiva debe estar el hilo conductor de la acción protectora referida a los dos aspectos del tiempo de trabajo, la duración de los contratos y la regulación de la jornada, elementos básicos del nuevo “Derecho del mercado de trabajo”. Considera que este nuevo Derecho debería superar algunas dicotomías del viejo Derecho del Trabajo; en primer lugar la rígida dicotomía trabajo autónomo y trabajo subordinado, y dentro de éste, entre formas normales y anómalas, debiéndose recurrir para ello a la protección del contratante débil como fundamento último del ordenamiento jurídico laboral, suponiendo la superación de esa dicotomía “la posibilidad de sacar a flote la economía sumergida” al equipararse progresivamente la protección, además de que “también el sometimiento a disciplina de una y otra forma de trabajo, quitaría el sustento socio-jurídico a tan preocupante fenómeno”.

⁸ Documento de Trabajo cit., pág. 48.

⁹ Alarcón Caracuel, ob. cit. pág. 154 y ss.

En segundo lugar plantea, con anterioridad a que se pusiera de moda la llamada flexiguridad, la superación de la polémica entre garantismo y flexibilidad poniendo de manifiesto lo erróneo de la política normativa que considere que todo garantismo es rígido o de que la flexibilidad exige la “desregulación” de las relaciones laborales. Propone la fórmula del “garantismo dinámico” que permite proporcionar el marco jurídico flexible que la revolución tecnológica en marcha exige y, al propio tiempo mantener e incluso desarrollar el nivel de protección de sus derechos conseguidos por los trabajadores a lo largo de su historia. Con este fin, la acción sindical debe orientarse a la reivindicación de la gestión colectiva del mercado de trabajo, “en lugar de limitarse a la simple defensa de unas normas jurídicas que, si operan sobre un mercado de trabajo desarticulado y precarizado, pueden resultar perfectamente inútiles”, aunque, termina afirmando, citando a Alleva, que “antes de menospreciar las “garantías estáticas” hay que asegurarse de que las “garantías dinámicas”, que podrían sustituirlas, son eficaces”.

En tercer lugar propone la superación del viejo esquema de relación entre el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, fundamentalmente por lo que se refiere a la protección por desempleo, a causa de que la flexibilidad en el uso de la mano de obra va a ser la regla de oro del mercado de trabajo, por lo que hay que introducir también la flexibilidad en el sistema protector de la Seguridad Social. Esta flexibilidad debería tener “dos vectores básicos: aligeramiento de los requisitos necesarios para obtener las prestaciones y máxima adaptabilidad de éstas a los concretos estados de necesidad”, interpenetrándose progresivamente los períodos de disfrute de rentas salariales y los de percepción de prestaciones económicas de Seguridad Social, especialmente los de desempleo, “fluidez que sólo será económicamente posible en la medida en que dichas prestaciones se configuren primordialmente sobre el modelo de *mínimum vital* garantizado indefinidamente y no sobre el aseguramiento del nivel anterior pero limitado en el tiempo”. Desgraciadamente, a pesar de los años transcurridos, poco se ha avanzado en la solución del problema expuesto.

El libro inició una fecunda línea de investigación que dio origen a una copiosa bibliografía entre las que el Prof. Alarcón destacó, seleccionándolas en su Memoria citada, las siguientes: “Formas de reordenación y reducción del tiempo de trabajo”¹⁰; “El tratamiento del tiempo de trabajo, en el marco de la ley, por la negociación colectiva”¹¹ y “El papel de la ley y la negociación colectiva en la determinación de la jornada de trabajo”¹².

¹⁰ Economía y Sociología del Trabajo, nº 15-16, enero junio 1992, pág. 20 a 27.

¹¹ En *Empleo, contratación y negociación colectiva, XI Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999, pág. 107 a 128.

¹² Osuna Guerrero, R, y Román del Río, C., *El problema del empleo en el Siglo XXI*, Instituto de Desarrollo Regional y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Málaga, 2000, pág. 189 a 199.

Como continuación de la línea de investigación abierta, publicó una variada serie de trabajos sobre la ordenación del tiempo de trabajo¹³; “Tiempo de Trabajo”¹⁴; “Fomento y defensa del empleo y ordenación del tiempo de trabajo”¹⁵; “Duración del contrato, jornada y salario”¹⁶; “Comentario a los artículos 34, 35, 36, 37 y 38 del Estatuto de los Trabajadores”¹⁷; “La jornada de trabajo en la Ley y en la negociación colectiva”¹⁸ y “La jornada ordinaria de trabajo y su distribución”¹⁹.

2. TRANSFERENCIA DE CONOCIMIENTOS

Además de los trabajos de investigación enumerados, el Prof. Alarcón tuvo una significativa actividad en la transferencia del conocimiento y de la investigación, desarrollando una importante actividad divulgativa mediante ponencias y conferencias que, desgraciadamente, no constan por escrito pero sin duda merecen una reseña²⁰.

De todas formas, en relación con esta materia, hay que hacer especial mención de un contrato de investigación que dirigió por encargo de una institución pública²¹, el Instituto de Desarrollo Regional de la Universidad de Sevilla, con el título “Implantación por ley de la jornada de 35 horas en Andalucía”. El In-

¹³ En un libro homenaje como este parece conveniente enumerar toda la bibliografía del autor en una línea de investigación.

¹⁴ AAVV, *Comentarios al Convenio General de la Construcción*, Fundación Anastasio de Gracia, Madrid, 1993, pág. 263 a 287.

¹⁵ AAVV, *La flexibilidad laboral en España*, Instituto Universitario de Relaciones Laborales, Zaragoza, 1993, págs.. 435 a 460.

¹⁶ AAVV, *La reforma laboral de 1994*, Marcial Pons, Madrid, 1994. Reproducido parcialmente bajo el título “Tiempo de trabajo en la reforma laboral”, Relaciones Laborales 17/18, 1994.

¹⁷ AAVV, Monereo Pérez, J.L. coordinador, *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998, págs.. 445 a 473.

¹⁸ AAVV, *La jornada de seis horas*, Centro Andaluz del Libro, Sevilla, 2001, págs.. 19 a 31.

¹⁹ AAVV, *Tiempo de Trabajo*, Aparicio Tovar, J y López Gandía, J., coordinadores, Bomarzo, Albacete, 2007, págs.. 33 a 55.

²⁰ “Jornada de trabajo y reparto de empleo”, Encuentro sobre “Políticas de creación y distribución del empleo”, Universidad Internacional Menéndez Pelayo y Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, CARL, Sevilla, 9 de abril de 1997; “La relación Ley-convenio en la regulación del tiempo de trabajo”, Seminario del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, CARL, Sevilla 4 de diciembre de 1998; “Las claves de la ordenación del tiempo de trabajo”, Ciclo de Conferencias sobre la ordenación del tiempo de trabajo en el empleo público (en torno a las 35 horas de trabajo semanal), Instituto Andaluz de Administración Pública, Almería, 18 de septiembre de 2000; “El tiempo de trabajo en la negociación colectiva”, Jornadas sobre Negociación Colectiva organizadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, CARL, en colaboración con la Facultad de Ciencias del Trabajo de la Universidad de Huelva, Huelva, 27 de noviembre de 2008 y “Tiempo de Trabajo y racionalidad horaria: una visión desde el Gender Maistreaming”, Seminari del Area de Dret del Treball de la Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 29 de mayo de 2009.

²¹ Año 1999. En el estudio participaron los Profesores Jaime Castiñeira Fernández, José Manuel Gómez Muñoz y Patrocinio Rodríguez Ramos.

forme sobre la reducción del tiempo de trabajo tenía por objeto el análisis de los aspectos jurídicos de ese fenómeno estructurándose en ocho grandes apartados cuyo hilo conductor era doble: por un lado, se trataba de describir la regulación jurídica de la jornada de trabajo en aquel momento, partiendo de una somera exposición de sus antecedentes históricos para llegar a la situación actual; y, por otro, se intentaban detectar las que entonces eran más recientes líneas de tendencia en torno a la reducción de la jornada de trabajo como medida de creación de empleo, algunas de ellas cristalizadas ya en concretas disposiciones normativas (Ley Aubry en Francia, disposiciones de Comunidades Autónomas en nuestro país), haciendo finalmente una ligera incursión sobre el debate en curso relativo a la efectividad de tales operaciones normativas y, en concreto, a la polémica sobre la alternativa ley-negociación colectiva como instrumento más idóneo para la reducción de jornada.

En definitiva, consideraba que en los términos en que estaba planteada la reducción de la jornada de trabajo como medida de creación de empleo, trabajar menos para trabajar todos, las medidas a adoptar no podrían triunfar si no era a través de la concertación social. Se trataba, en suma, de poner en pie un gran pacto social en el que cada actor habría de desempeñar su papel bajo las reglas de la buena fe: el legislador proveyendo el marco global indispensable; los agentes sociales suscribiendo a través de la negociación colectiva los compromisos necesarios (en términos de reducción efectiva de la jornada, reorganización del tiempo de trabajo, pactos de productividad y moderación salarial) y, en fin, los poderes públicos aportando parte de la financiación que la operación requiera y controlando su correcta ejecución. Una financiación que, desde luego, no es a fondo perdido: “los beneficios de la creación de empleo son indiscutibles en términos económicos (nuevos cotizantes a la Seguridad Social en lugar de perceptores de prestaciones de desempleo; que, además, contribuirán al desarrollo de la demanda de bienes y servicios y, con ello, al crecimiento económico; y que pagarán más impuestos) y, sobre todo, en términos sociales y políticos: es difícil imaginar una tarea política más importante que la de terminar con la lacra del paro.”

La implantación de la jornada de 35 horas se generalizó en las administraciones de las Comunidades Autónomas y en la Administración Local, no así en el conjunto del sector privado aunque existían excepciones. En Andalucía, tras un acuerdo entre las organizaciones sindicales más representativas y la Junta de Andalucía, en el que se consideraba que era una medida que tenía por objeto la creación de empleo y, a la vez, servir de referencia a otras Administraciones y al sector privado, se promulgó el Decreto 150/1999 de 29 de junio, que fijó la jornada ordinaria de trabajo en 35 horas en cómputo semanal, quedando establecida en 1.582 horas la jornada ordinaria anual máxima de trabajo, adoptándose la medida por la mayoría de las administraciones locales. La Administración General del Estado continuó

con las 37'5 horas semanales²² y de acuerdo con la DA 71 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012, la jornada general de trabajo del personal del Sector Público no podrá ser inferior a treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, delimitando claramente el ámbito de aplicación de la medida y fijando su carácter básico²³, aunque haya tenido dificultades en su aplicación práctica. La justificación del aumento de la jornada, un recorte más de los muchos que se llevaron a cabo, fue la situación de crisis por la que atravesamos, habiéndose adoptado recientemente por algunas comunidades autónomas medidas para volver a la jornada de 35 horas en su sector público, como Castilla la Mancha y el País Vasco para el año 2016²⁴.

Por el contrario, en el sector privado, no existe una preocupación social demandando reparto de trabajo o disminución de jornada, habiéndose acogido con muchas reticencias por las organizaciones empresariales la disminución de jornada en las comunidades que la han adoptado. A esto se añade que la jornada media pactada en los convenios colectivos, no ha dejado de subir en los últimos años, desde 1737'0 horas en el año 2011 hasta las 1757'8 del año 2015²⁵, por lo que parece difícil extender esa vía de reparto del empleo al sector privado.

En estos momentos, considero que estas medidas pueden seguir siendo útiles, pero deberían alentarse al menos a nivel de la Unión Europea para ser eficaces, aunque en la abanderada de la jornada de las 35 horas, Francia, existe en la actualidad un intento legal de revertir dicha jornada y la propia UE parece muy alejada de estas cuestiones. Sin embargo, por lo que respecta a la disminución de la jornada de trabajo en un contexto global, no hay que olvidar la función que siempre ha tenido la internacionalización del derecho del trabajo para evitar el dumping social,

²² En el año 2000, la jornada media pactada en los convenios colectivos era de 1.761'3 horas en cómputo anual, según la Estadística de Convenios Colectivos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Tabla CCT-2.1.

²³ Entre las que incluyen a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local. b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social. Además de organismos autónomos, agencias, sociedades mercantiles etc.

²⁴ Excede con mucho del objetivo de este trabajo la exposición de la justificación de las competencias de las comunidades autónomas para adoptar esta medida. Las posibles actuaciones contra ella de la Administración General del Estado ya han comenzado a producirse, el Consejo de Ministros de 15/4/2015 ha solicitado al presidente del Gobierno la interposición de un recurso de inconstitucionalidad en relación con la Ley de Castilla-La Mancha que introducía la medida, al igual que solicita que se proceda a suspender la disposición impugnada, lo que se producirá cuando el Tribunal Constitucional admita a trámite el citado recurso.

²⁵ Ver Estadística de Convenios Colectivos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Tabla CCT-2.1..., en el año 2012 fueron 1738'4 horas, en el año 2013 1740'2 horas, y en el 2014 1754'4, cifra provisional al igual que la del año 2015.

pero no parece que los efectos sociales de la globalización y la deslocalización productiva sean objeto de interés ni para los países llamados desarrollados, ni para aquellos en vías de desarrollo, con jornadas de trabajo muy alejadas de las europeas. La distribución de la riqueza, que ayudaron a implementar el derecho del trabajo y los movimientos sociales, va a ser un reto de las primeras décadas del Siglo XXI.

3. MANUEL RAMÓN ALARCÓN, MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO

Una cuestión que considero interesante es escrutar en su etapa de Magistrado del Tribunal Supremo en las sentencias de las que ha sido ponente, más de ochocientas, además de las emanadas de la llamada Sala especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para comprobar su forma de afrontar su papel como Magistrado. Para ello hemos elegido tres por su directa relación con la ordenación del tiempo de trabajo.

La primera de ellas es la de STS de 25 de enero de 2011 (RJ/2011/2111), en proceso de impugnación de convenio colectivo. La cuestión debatida procedía de una demanda de oficio planteada por la Autoridad Laboral al entender que el Convenio Colectivo de la empresa demandada, concretamente la regulación de los permisos por razón de muerte o enfermedad grave de parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, conculca el artículo 37.3.b) del ET al establecer un número de días de permiso inferior al legalmente establecido: un día natural en lugar de los dos días que impone el ET. El Convenio, tampoco incluía otros aspectos de la regulación estatutaria: los supuestos de hospitalización, aunque no sea por enfermedad grave, ni la ampliación del permiso a cuatro días cuando el trabajador necesite hacer un desplazamiento. La sentencia de instancia estima la demanda por aplicación del artículo 3.3 del ET, según el cual las normas pactadas “deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario”, naturaleza que tiene el artículo 37.3 del ET, y considera que la regulación convencional no mejora la contenida en la norma estatutaria. Contra esta sentencia se interpone por la empresa recurso de casación, planteando un motivo único de casación, por errónea interpretación y aplicación de los artículos 3 y 37.3 del ET, en relación con los artículos 37.1 de la Constitución y 82 y siguientes del ET.

El ponente, muy didáctico, considera que *“la denuncia de infracción legal hecha por la empresa demandada se basa sobre un error conceptual que conduce inevitablemente al rechazo del recurso. Dicho error consiste en afirmar que, puesto que el artículo 37.3 no es una norma de derecho necesario sino de derecho necesario relativo -lo cual es cierto- ello significa que los preceptos contenidos en el mismo son disponibles para la contratación colectiva, lo cual es erróneo. En efecto, las normas de derecho necesario absoluto son aquellas que no pueden ser*

ni mejoradas ni empeoradas ni, en definitiva, alteradas en modo alguno ni por la negociación colectiva ni por la individual: por ejemplo, la que dice que la acción de despido caduca a los 20 días hábiles. Por el contrario, las normas de derecho necesario relativo permiten su mejora, pero no su empeoramiento -en ambos casos desde el punto de vista del trabajador- vía convenio colectivo o contrato individual de trabajo. En eso exactamente consiste el mandato contenido en el artículo 3.3 del ET de “respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario”, que no es sino una manifestación más del principio de jerarquía normativa (art. 9.3 de la Constitución) y de su plasmación en la ordenación de fuentes del Derecho Laboral (arts. 3.1 y 85.1, primera línea, del ET), lo que en absoluto conculca el derecho a la negociación colectiva (art.37.1 CE) como se ha encargado de precisar en numerosas ocasiones el Tribunal Constitucional (especialmente, en la STC 210/1990, de 20 de diciembre), con cita de SSTC 58/1985,177/1988 y 171/1989).

Continúa explicando la diferencia entre norma mínima y norma más favorable²⁶, concluyendo que “, a diferencia de lo que ocurre cuando lo que aplicamos es el principio de norma más favorable (de acuerdo con el último inciso del artículo 3.3 del ET), para aplicar el principio de norma mínima no procede, en absoluto, la comparación global entre la norma legal que contiene esos mínimos -en el caso, el artículo 37.3 del ET - con la norma convencional que regula los diferentes aspectos concernidos por esos mínimos -en el caso, la Cláusula 10ª del Anexo II del Convenio Colectivo en cuestión-.” Para terminar afirmando que “en consecuencia, resulta fuera de lugar, por irrelevante, toda la argumentación del recurso -y también de la sentencia recurrida- en torno a si es o no más favorable la Cláusula Décima del Anexo II del Convenio Colectivo que el artículo 37.3 del ET. En definitiva, en virtud del principio de norma mínima, deben ser respetados todos y cada uno de los mínimos establecidos en la norma legal de derecho necesario relativo, que en nuestro caso es el artículo 37.3 del ET. Y eso no es ningún “espiguelo”, como entiende el recurrente, sino, como hemos dicho, un proceso de depuración de las cláusulas convencionales que no respeten íntegramente esos mínimos, conculcando por ello el artículo 3.3 del ET.”

²⁶ “Así pues, junto a la tradicional dicotomía entre normas de *ius cogens* y de *ius dispositivum*, es muy característico del Derecho del Trabajo esta tercera categoría de normas de derecho necesario relativo: imperativas “hacia abajo” y dispositivas “hacia arriba”. Esto es lo que la doctrina ha calificado como principio de norma mínima que, a diferencia del principio de norma más favorable -el otro gran principio característico del sistema de aplicación de fuentes del Derecho Laboral- no obliga a escoger entre dos normas, seleccionando una, la más favorable en su conjunto, y desechando la otra sino que, en el juego del principio de norma mínima, al aplicar la norma convencional que respeta y supera el mínimo establecido por la norma legal estamos al mismo tiempo aplicando ésta. La operación jurídica que llevamos a cabo al implementar el principio de norma mínima consiste en un proceso de depuración de la norma convencional, eliminando de ella, uno por uno, todos los aspectos que no respeten los mínimos establecidos en la norma legal de derecho necesario relativo que ha establecido dichos mínimos”

La segunda sentencia es la STS 2/10/2012, (RJ/2012/11232), en proceso de conflicto colectivo, en un supuesto de descanso semanal en las semanas que coinciden con el inicio o con la finalización de las vacaciones o de un periodo de incapacidad temporal. La sentencia de instancia condena a la empresa demandada a reconocer a los trabajadores su derecho a disfrutar de los 2 días consecutivos de descanso semanal en aquellas semanas en las que se inician o finalizan los periodos de vacaciones anuales o los periodos de Incapacidad Temporal en que permanezcan sus trabajadores. En el recurso de casación la representación de la empresa argumenta que un trabajador de nuevo ingreso que comience a prestar sus servicios profesionales en viernes no tiene derecho esa semana a descanso de dos días ya que no ha devengado ni tan siquiera una unidad de descanso, en este supuesto esa semana de trabajo compuesta de un sólo día tendrá su liquidación mediante la compensación en metálico de la parte proporcional de descanso. Lo mismo ocurre respecto del personal en situaciones de incapacidad temporal o vacaciones que no se reincorporan al trabajo el primer día de la semana. La sentencia de instancia concluía sosteniendo que “el derecho a la remuneración de los días de descanso semanal se va generando durante los periodos de trabajo efectivos anteriores a su disfrute, debiendo existir una adecuada correspondencia entre la prestación de trabajo en los días laborables de la semana y el período de descanso semanal retribuido”.

Y razona la sentencia del Supremo: *“Efectivamente, así es. Lo que ocurre es que, en lugar de sacar la consecuencia lógica de tal conclusión, que no es otra que la validación de la práctica empresarial antes descrita, de manera sorprendente la sentencia recurrida condena a la empresa, rechazando implícitamente la licitud de dicha práctica empresarial”*. Además aclara que no es de aplicación al caso la doctrina del TJCE referida a la necesidad de no disminuir la duración del disfrute efectivo de las vacaciones cuando se produce una coincidencia de las mismas con una incapacidad temporal del trabajador, *“por el contrario, es claro que la coincidencia durante el período vacacional de lo que serían días de descanso semanal -habitualmente, sábados y domingos- no da derecho a añadir a las vacaciones esos hipotéticos días de descanso semanal no disfrutados. Y lo mismo cabe decir respecto al descanso semanal no disfrutado durante un período de incapacidad temporal del trabajador.”*

La tercera es la STS 17/9/2014, (RJ/2014/5215), en unificación de doctrina, en relación con la consideración como extraordinarias de todas las “horas de toma y deje”, confirma la jurisprudencia consolidada: *“esta cuestión ha sido resuelta -en sentido contrario al que pretenden los recurrentes- por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo en numerosa sentencias a cuya doctrina debemos estar por respeto al principio de seguridad jurídica mientras no exista motivo alguno para cambiarla. Así, en la reciente STS, IV, de 16/7/2014 (RJ 2014, 4077), que reitera la doctrina de las sentencias que la misma cita, se afirma lo siguiente:*

“ a) el problema se plantea porque las Tablas salariales no se han actualizado desde que se aprobó el Convenio y por ello tampoco lo fue la cuantía fijada para las horas de «toma y deje»;

b) ante tal deficiencia, no procede aceptar -del art. 229 citado- las previsiones convencionales sobre la cualidad de horas extraordinarias para las referidas de «toma y deje» y su incremento con el 75 %, pero a la vez rechazar la determinación cuantitativa que el mismo precepto hace con remisión a los valores establecidos en las Tablas Salariales del mismo Convenio Colectivo , pues con ello con ello se olvida que la aplicación del criterio de la norma más favorable ha de hacerse respetando la unidad de regulación de la materia y que lo contrario implica rechazable técnica de «espigueo» (SSTS 04/03/96 (RJ 1996, 1965) -; ... 12/12/12 (RJ 2013, 1601); 19/12/12 (RJ 2013, 1765); y 18/06/13 (RJ 2013, 5365).

Y concluye:

“Las anteriores precisiones nos llevan a la triple conclusión obtenida en los precedentes más arriba citados [SSTS 20/10/1, 13/11/13, 21/01/14 (RJ 2014, 2084) y 08/04/14 (RJ 2014, 2969)]:

a) el tiempo de «toma y deje» se retribuirá con arreglo al valor de las Tablas Salariales, cuando su importe exceda del valor de la hora ordinaria calculada con arreglo al art. 35.1ET ;

b) por el contrario, el tiempo de «toma y deje» se retribuirá con arreglo al valor de la hora ordinaria calculada con arreglo al art. 35.1ET , en el supuesto de este importe supere el valor establecido en las Tablas Salariales; y

c) en todo caso ha de excluirse una normativa «ad hoc», partiendo del valor de la hora ordinaria calculada con arreglo al art. 35.1ET y aplicando sobre ésta el recargo contemplado en el art. 229 del Convenio”.

Por esta razón, el posterior Acuerdo entre empresa y trabajadores al que se refiere el escrito de impugnación y en virtud del cual, según se afirma, se ha convenido pagar las horas de toma y deje a un valor superior al de las horas ordinarias no deja sin efecto la doctrina recién expuesta ni vacía de contenido este recurso.”

Muy en relación con esta sentencia y con la doctrina en ella establecida es la sentencia de 10 de septiembre de 2015 del TJCE, sala tercera, atendiendo una petición de decisión prejudicial de la Audiencia Nacional española sobre consideración de “tiempo de trabajo” del tiempo de desplazamiento entre el domicilio de los trabajadores y los centros del primer y último cliente en interpretación del artículo 2.1 de la Directiva 2003/88CE, de 4 de noviembre de 2003, cuyo tenor literal es “A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) *tiempo de trabajo*: todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales”.

La empresa carece de centros de trabajo en las diferentes provincias, que habían sido previamente cerrados, con anterioridad a dicho cierre el tiempo de trabajo se consideraba desde que se recogía el coche de las oficinas provinciales. La empresa aducía que durante el tiempo de desplazamiento domicilio-clientes “dichos trabajadores no están en ejercicio de sus actividades o de sus funciones.”. Considerando la Sentencia que esta alegación no puede estimarse, “*los desplazamientos que los trabajadores que desempeñan un trabajo como el controvertido en el litigio principal realizan para dirigirse a los centros de los clientes que les asigna su empresario son el instrumento necesario para ejecutar prestaciones técnicas por parte de los trabajadores en los centros de estos clientes. No tener en cuenta estos desplazamientos conduciría a que un empresario... pudiera reivindicar que sólo estuviera comprendido en el concepto de «tiempo de trabajo», en el sentido del artículo 2, punto 1, de la Directiva 2003/88, el tiempo destinado al ejercicio de la actividad de instalación y de mantenimiento de sistemas de seguridad, lo que tendría como efecto la desnaturalización de este concepto y el menoscabo del objetivo de protección de la seguridad y de la salud de estos trabajadores.*”. Considerando, además, que antes de cerrar las oficinas provinciales se consideraban tiempos de desplazamiento los de los trabajadores desde o hacia los centros de los clientes y que la naturaleza de los desplazamientos no ha cambiado a partir de la supresión de las oficinas provinciales, sólo ha cambiado el punto de partida de estos desplazamientos.

Una vez aclarado que toda vez que los desplazamientos son consustanciales a la condición de trabajador que carece de centro de trabajo fijo o habitual, el centro de trabajo de estos trabajadores no puede reducirse a los lugares de intervención física de estos trabajadores en los centros de los clientes de su empresario, la relación con la jurisprudencia sobre las horas de toma y deje se encuentra en el punto 47,” *aunque, en las circunstancias concretas del asunto controvertido en el litigio principal, el tiempo de desplazamiento debe considerarse tiempo de trabajo, la empresa XXX sigue siendo libre para determinar la retribución del tiempo de desplazamiento domicilio-clientes.*”, lo que en España puede llevarse a cabo mediante la negociación colectiva.

Quiero terminar estos comentarios sobre las diferentes perspectivas desde las que abordó la ordenación del tiempo de trabajo el Profesor Alarcón, reproduciendo el final de un artículo suyo “La jornada ordinaria de trabajo y su distribución²⁷”,

²⁷ AAVV, *Tiempo de Trabajo*, Aparicio Tovar, J y López Gandía, J., coordinadores, Bomarzo, Albacete, 2007, pág. 55.

en el que tras reproducir el artículo 13 de la Directiva 2003/88, traspuesto por el artículo 36.5 ET, sobre el ritmo de trabajo que deberá tener en cuenta el principio general de adaptación del trabajo a la persona, concluye:

“Pues eso: procuremos adaptar el trabajo a la persona más que la persona al trabajo porque –como dice la palabra evangélica- “se hizo el sábado para el hombre y no el hombre para el sábado”.

EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL: ENTRE LA FLEXIBILIDAD EMPRESARIAL Y LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y FAMILIAR

VICENTE-ANTONIO MARTÍNEZ ABASCAL
*Catedrático y Profesor Emérito de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social
Universidad Rovira i Virgili*

ÍNDICE

1. DELIMITACIÓN DEL TEMA E INTERESES CONCURRENTES EN LA REGULACIÓN DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL
2. LA VOLUNTARIEDAD EN LA ELECCIÓN DEL CONTRATO Y EN LA CONVERSIÓN CONTRACTUAL: INCIDENCIA EN LA CONCILIACIÓN
 - 2.1. LA VOLUNTARIEDAD EN LA ELECCIÓN DEL CONTRATO
 - 2.2. LA VOLUNTARIEDAD EN LA NOVACIÓN CONTRACTUAL
3. DURACIÓN DEL CONTRATO Y CONCILIACIÓN
4. DURACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO Y CONCILIACIÓN
 - 4.1. HORAS COMPLEMENTARIAS PREVIAMENTE PACTADAS
 - 4.2. HORAS COMPLEMENTARIAS DE CARÁCTER VOLUNTARIO
5. CODA CONCLUSIVA

1. DELIMITACIÓN DEL TEMA E INTERESES CONCURRENTES EN LA REGULACIÓN DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

La fenomenología del trabajo a tiempo parcial responde a un carácter marcadamente heterogéneo, si por tal clase de trabajo se entiende, en un sentido amplio, el que se desarrolla en virtud de una reducción de la jornada de trabajo que tenga por finalidad o por resultado conciliar el trabajo con la vida personal y familiar. En esa noción se incluirían, por una parte, las limitaciones de jornada de trabajo que experimenta la relación laboral ya establecida, configuradas como derechos de los trabajadores obedientes a distintas causas articuladas básicamente mediante técnicas de reducción del tiempo de trabajo debido y de interrupción y suspensión del contrato de trabajo. Por otra parte, la prestación del trabajo a tiempo parcial mediante el contrato de trabajo formalizado inicialmente bajo esta modalidad o derivado de su novación por conversión voluntaria de un trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial, apareciendo aquí la propia relación contractual como una fórmula susceptible de favorecer la conciliación entre trabajo y vida personal y familiar¹, y sin perjuicio de que, en el marco de dicha relación, puedan ejercerse, conforme al principio de proporcionalidad, los derechos de limitación de la jornada de trabajo concebidos con aquella finalidad conciliadora.

En el reducido espacio de esta contribución, el análisis que sigue se centrará en el trabajo a tiempo parcial prestado mediante dicha modalidad contractual y, más en concreto en la que puede considerarse sujeta a régimen común —con exclusión por tanto de la jubilación parcial y del contrato de relevo—, sin perjuicio de las eventuales referencias a aquellas otras formas de realizarlo sin la formalización o conversión mencionadas. Situados en ese marco contractual, desde una perspectiva teórica el trabajo a tiempo parcial prestado mediante la modalidad específica que lo encauza ofrecería un equilibrio óptimo entre los tres principales sujetos que intervienen en su regulación general y en la formalización de correspondiente relación contractual; sujetos que, por lo demás, suelen identificarse como los protagonistas del inestable equilibrio de intereses que, según criterio doctrinal ampliamente compartido, es buscado por el ordenamiento laboral prácticamente desde sus orígenes. Desde ese prisma de nivelación de intereses, el trabajo a tiempo parcial facilitaría al trabajador la posibilidad de compaginar en mayor grado la obtención de un salario y el desempeño de una actividad laboral con sus actividades personales o responsabilidades familiares; permitiría al empleador adaptar el tiempo de trabajo a sus necesidades productivas acomodándolas a las oscilaciones de la demanda, adecuando la retribución salarial al tiempo de trabajo requerido o

¹ DAVIS, A. (2009): *Perspectives on Labour Law*. Cambridge University Press, 2ª ed., p. 115.

ajustando las cotizaciones sociales a las horas efectivamente trabajadas², y, en fin, podría favorecer la reducción de la tasa de paro y el incremento de las cotizaciones a la Seguridad Social, aspectos éstos en los que todo gobierno democrático ha de estar obviamente interesado, máxime en fases de crisis económica.

Sin embargo, las cosas no son tan sencillas como cabría suponer a partir de ese planteamiento teórico. Sobre todo, porque los intereses de empleador y trabajador están tutelados por la norma legal con asimetría, inclinándose ésta, en términos generales, por una acción normativa en la que predomina un entendimiento muy limitado, y a mi juicio erróneo, de los parámetros de productividad y rendimiento propios de toda actividad laboral, dándose prioridad así a una flexibilidad adaptativa o desreguladora, según los casos, en la utilización de la fuerza de trabajo, al tiempo que se impide o dificulta sobremanera al trabajador llevar a cabo una efectiva conciliación entre su actividad laboral y su vida personal y/o familiar. A este respecto, debe subrayarse la inexistencia en la norma estatal de un derecho subjetivo de los trabajadores a dicha conciliación, de cuyo contenido complejo pudiera derivarse un régimen integral y protector de los bienes jurídicos de raíz constitucional y singular relevancia que la norma habría de preservar: no otros que el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y la protección social y jurídica de la familia (art. 39.1 CE). En su lugar, la ley ha optado por reconocer en el ámbito del contrato de trabajo específicos derechos orientados a aquella conciliación, que, por su especificidad y limitaciones, en las que aquí no cabe entrar, reflejan una escasa ambición tuitiva en este terreno, pese al innegable avance que su reconocimiento jurídico supuso en su tiempo.

Considerando el limitado alcance de los derechos a la reducción de jornada y a la interrupción y suspensión de la relación individual de trabajo, el contrato de trabajo a tiempo parcial de régimen común podría cumplir una función complementaria en materia de conciliación, amén de otras relativas al reparto del trabajo y a la adecuación entre la oferta y la demanda de este bien económico y jurídico. Lejos de colmarla, su actual regulación presenta relevantes escollos para que esa función pueda desarrollarse con eficacia. Entre los principales obstáculos que resultan de la norma laboral a este respecto es posible identificar determinados aspectos de su regulación relativos a la voluntariedad en la elección del contrato y en la conversión contractual para prestar el trabajo bajo esta modalidad, así como a la duración del contrato y a la duración de la jornada.

² MEULDERS, D. y TYTGAT, B. (1989): "The emergence of atypical employment in the European Community". En VV.AA.: *Precarious jobs in labour market regulation: the growth of atypical employment in Western Europe*. RODGERS, G. (Ed.): Geneva, pp. 181-182.

2. LA VOLUNTARIEDAD EN LA ELECCIÓN DEL CONTRATO Y EN LA CONVERSIÓN CONTRACTUAL: INCIDENCIA EN LA CONCILIACIÓN

2.1. La voluntariedad en la elección del contrato

La elección por parte del trabajador del contrato de trabajo a tiempo parcial de régimen común como una modalidad idónea o simplemente adecuada para conciliar la vida personal, familiar y laboral, habría de efectuarse con una razonable dosis de libertad a fin de que esa finalidad pudiera alcanzarse. No se está aludiendo con ello, claro es, a la prestación voluntaria del consentimiento sin vicios que lo invaliden, jurídicamente exigible para celebrar el negocio jurídico-contractual, pues tal consentimiento ha de presumirse, salvo prueba en contrario, y sin que el intenso condicionamiento económico que para la generalidad de los trabajadores comporta esa celebración pueda considerarse tampoco como razón invalidante a este propósito.

La elección del tipo contractual resulta así previa a la prestación del consentimiento en el momento de formalizar el contrato. Las cifras disponibles muestran, en una primera aproximación, un alto porcentaje de personas que desempeñan el trabajo a tiempo parcial. En el ámbito de la UE-28, las cifras son elocuentes en este sentido y muestran un paulatino incremento de esa clase de trabajo. Considerando el total de hombres y mujeres, en 2007 el 18,1 %; en 2010 el 19,2 % y en 2014 el 20,4 %. Pero desglosando estas cifras por sexo, puede advertirse un notable desequilibrio: el 7,7 % de hombres y 31 % de mujeres; en 2010 el 8,7 % de hombres y el 31,9 % de mujeres, y en 2014 el 9,9 % de hombres y el 32,8 % de mujeres³. A pesar de la distinta realidad socioeconómica y cultural de cada país, esta evidente desproporción marca una clara tendencia alertando sobre la estructuralidad de arraigados condicionamientos en la sociedad y sus instituciones que permiten cuestionar la libertad de elección de un alto porcentaje de mujeres para prestar trabajo a tiempo parcial.

En España los datos disponibles permiten afinar algo más sobre la voluntariedad en la elección del trabajo a tiempo parcial y alcanzar una conclusión semejante. Con datos referidos a ambos sexos y en el período 2007-2011, los porcentajes de trabajadores a tiempo parcial que tomaron esta opción por razones personales o familiares fue del 68,4 % en 2007, del 50,2 % en 2010, y del 47 % en 2011⁴, último año en el que la EPA recoge las causas que mueven a los trabajadores ocupados a escoger el

³ <http://ec.europa.eu/eurostat/web/lfs/data/main-tables>.

⁴ <http://www.empleo.gob.es/estadisticas>. Los datos que sobre España se utilizan en este apartado pueden encontrarse asimismo en esta web.

trabajo a tiempo parcial, que curiosamente coincide con cambios en el legislativo y en el ejecutivo centrales derivados de la celebración de elecciones generales. Se trata de porcentajes que, aunque decrecientes, son ciertamente elevados, y, por ello, invitan a presumir que la voluntariedad en la elección está también muy condicionada entre nosotros, lo que se corrobora cuando se observan los datos con algún detalle. Así, puede apreciarse que entre las razones aducidas para la elección de este trabajo sólo un porcentaje menor de los trabajadores de ambos sexos declara no querer un trabajo a tiempo completo como opción personal genérica (el 12,3 % en 2007, el 9,5 % en 2010 y el 9 % en 2011), en tanto que son claramente superiores los porcentajes de quienes señalan que su elección se debe a causas relacionadas con la asistencia a cursos, enfermedad o incapacidad, obligaciones familiares u otros motivos sin especificar (el 55,3 % en 2007, el 40,7 % en 2010 y el 37,3 % en 2011).

Junto a lo anterior, la distribución de las cifras atendiendo al género de los trabajadores arroja porcentajes que fuerzan adicionalmente a revisar la inicial consideración sobre el presumible grado de voluntariedad en la elección del trabajo a tiempo parcial. En efecto, tomando ahora cifras disponibles del período 2007-2014, el carácter voluntario de este trabajo se difumina en buena medida ante el desmesurado porcentaje de mujeres con contrato indefinido a tiempo parcial: el 37,2 % de hombres y el 54,2 % de mujeres en 2007, el 38 % de hombres y el 62,1 % de mujeres en 2010 y el 38,9 % de hombres y el 63,1 % de mujeres en 2014.

Es cierto que la tendencia se invierte cuando se atiende al género en los contratos de duración determinada con jornada a tiempo parcial, siendo los hombres quienes ocupan aquí el primer puesto: el 62,8 % de hombres y el 45,8 % de mujeres en 2007; el 62,1 % de hombres y el 37,9 % de mujeres en 2010 y el 61,1 % de hombres y el 37,9 % de mujeres en 2014. No obstante, debe tenerse en cuenta, como dato esencial para tener una visión más ponderada en la distribución general de los porcentajes por razón de género en el trabajo a tiempo parcial, que, si bien la tasa de temporalidad es todavía muy elevada en nuestro empleo (en 2007 para ambos sexos el 31,7 %, distribuido en el 30,6 % de hombres y el 33,1 % de mujeres; en 2011 para ambos sexos el 25,3 %, distribuido en el 24,2 % de hombres y el 26,6 % de mujeres; y en 2014 para ambos sexos el 24 %, distribuido en el 23,5 % de hombres y el 24,5 % de mujeres), el porcentaje de contratos indefinidos supera en más del doble a los temporales, lo que autoriza a concluir que es la mujer quien asume la mayor parte del trabajo a tiempo parcial en la contratación indefinida y quien experimenta, asimismo, una superior tasa de temporalidad. Conclusión que sigue siendo válida aunque se constate que las generaciones de mujeres más jóvenes accedan a empleos de mayor cualificación⁵.

⁵ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (2012): *Tercer informe sobre la situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española*. Informe 1/2011. Ed. CES, p. 133.

Esta feminización del trabajo a tiempo parcial encuentra su explicación más verosímil en una profunda y larga rémora de carácter cultural que menoscaba la condición de persona y de trabajadora de la mujer mediante un lacerante, extendido y persistente machismo, como forma de prepotencia masculina propiciada por el contexto socioeconómico y laboral, y que, entre otras múltiples manifestaciones, ha venido confinando a la mujer en las tareas domésticas, incluyendo en ellas el cuidado de la prole. De esta forma, la paulatina incorporación de elevados porcentajes de mujeres a todos los niveles del sistema educativo y, por ello, al empleo, suele tener para ellas un carácter mucho más limitado respecto del hombre, al asumir todavía la mayor parte de las responsabilidades familiares, salvo los casos cuantitativamente menores de familias con rentas altas que pueden permitirse acudir a la ayuda de servicios externos⁶. Aunque esta situación no esté siempre expresamente buscada por el empleador con intención discriminatoria, lo cierto es que se produce una discriminación indirecta por el resultado a la luz de la evidencia empírica, puesto que no sólo la mujer es contratada con mayor facilidad debido al menor salario que percibe, sino también a las menores exigencias que plantea respecto de su formación y promoción profesionales al no poder dedicar a éstas el tiempo necesario, máxime cuando tiene que compaginar tareas laborales y familiares. No es dudoso que el cambio de esta indeseable situación es responsabilidad primaria del legislador y, de forma complementaria pero no subsidiaria, de los agentes sociales en la negociación colectiva, que, si bien presenta en ésta algunos avances al respecto, resultan todavía ciertamente escasos⁷.

2.2. La voluntariedad en la novación contractual

Como es evidente, la necesidad que el trabajador puede tener en la disposición de tiempo extralaboral por razones de índole personal y/o familiar es susceptible de variar a lo largo del desempeño de su actividad laboral. Para responder en parte a ese cambio evolutivo la ley regula la posibilidad de conversión de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial y viceversa, estableciendo que la misma “tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador” sin que pueda imponerse de forma unilateral o en virtud de una modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 12.4, e) TRET). La norma subraya el carácter voluntario de la novación para el trabajador con la finalidad probable bien de evitar una reducción encubierta de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, bien

⁶ HEIN, C (2006). *Conciliar el trabajo y las responsabilidades familiares. Ideas prácticas de la experiencia global*. Informes OIT. Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pp. 29.31.

⁷ SERRANO GARCIA, J.M.: (2010) : “Igualdad por razón de género en el empleo: una cuestión pendiente en la negociación colectiva”. En ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord. general): *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*. Confederación Sindical de Comisiones Obras- Cinca, pp. 189-191.

para evitar un despido⁸ por este tipo de causas. Efectos extintivo, sancionador o perjudicial que el propio precepto estatutario excluye por el hecho de que el trabajador no acepte la conversión. Pero en un contexto de tasas de desempleo estructuralmente elevadas, sobre todo en fases de crisis económica, será muy difícil que el trabajador pueda sustraerse a la posición materialmente unilateral del empresario para llevar a cabo esa novación cuando el signo de la conversión perjudique la distribución que el trabajador haya organizado o tenga previsto organizar entre los tiempos de trabajo y extralaboral con la finalidad de compaginarlos.

No supone ningún paliativo a esa posición unilateral el deber instrumental de carácter informativo que la norma establece para el empresario en el sentido de informar a los trabajadores de la empresa “sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes”, a fin de que éstos puedan formular las oportunas solicitudes de conversión conforme a los procedimientos que se establezcan en convenio colectivo, pues el cumplimiento de ese deber, dada su finalidad, no garantiza al trabajador el respeto a su voluntad real en la conversión.

Con mayor determinación en la línea de establecer, entre otras, garantías a la voluntariedad del trabajador a este propósito, se situaba la posibilidad contemplada en su momento por los artículos 12.4 ET (en su redacción mediante la Ley 32/1984, de 2 de agosto) y 6 del Real Decreto 1991/1984, de 31 de octubre, (posteriormente modificados y derogados por la Ley 10/1994, de 19 de mayo y el Real Decreto 2317/1993, de 29 de diciembre, respectivamente). Como se recordará, con arreglo a tales preceptos se facultaba al convenio colectivo para establecer “las condiciones que posibiliten la transformación voluntaria de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial”. Ahora bien, la supresión de esa posibilidad no significa, a mi juicio, que resulte impedido a la negociación colectiva establecer dichas condiciones. Y ello por dos razones principales de orden hermenéutico. En primer lugar, porque, desde una interpretación histórico-finalista, la regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial acogía en aquella normativa el doble objetivo de incrementar las tasas de ocupación, permitiendo “adaptar los sistemas de organización del trabajo de las empresas a las necesidades productivas, así como a las circunstancias personales o familiares del trabajador” (Exposición de Motivos 2, c) Ley 10/1994). Aunque esas finalidades se vinculaban en esta norma al cómputo anual de la jornada, no es dudoso que estaban presentes en el régimen jurídico de dicha modalidad contractual, y siguen estándolo en el actual.

En segundo término, y desde una inteligencia sistemática de la norma, por cuanto la habilitación general de que disponen los convenios colectivos les faculta

⁸ ALARCÓN CARACUEL, M.R. (1988): *La ordenación del tiempo de trabajo*. Tecnos, p. 121.

sin duda para poder seguir regulando las mencionadas condiciones en cuanto forman parte de las materias de índole laboral sobre las que, entre otras, se proyecta dicha habilitación (art. 85.1 TRET). Nótese, a este respecto, que la facultad de que se trata tiene por objeto establecer las condiciones que permitan la referida transformación voluntaria, de tal modo que el acuerdo novatorio, aunque condicionado, pertenece a la libre autonomía de las partes (art. 3.1.c) ET)⁹. Con todo, la previsión en el convenio de la recta utilización de esa autonomía mediante la fijación de aquellas condiciones en el mismo se revela como un necesario instrumento de control para impedir el uso desviado por el empresario de su poder directivo y organizativo en el mencionado acuerdo.

3. DURACIÓN DEL CONTRATO Y CONCILIACIÓN

Fiel a la elevada tasa de temporalidad que lastra el *ámbito jurídico del empleo*¹⁰, un elevado porcentaje de los contratos de trabajo a tiempo parcial son de duración determinada, como ya se señaló con anterioridad. Esta utilización del contrato de trabajo temporal para el trabajo a tiempo parcial está sin duda facilitada por el principio de indiferencia en la duración del contrato de trabajo, recogido con carácter general en el artículo 15.1 TRET y reiterado de modo específico por el artículo 12.2 TRET con la excepción del contrato para la formación y el aprendizaje. Se produce de este modo una situación de precariedad contractual acentuada a la que acuden con frecuencia las empresas, sin que haya supuesto un freno a la misma el cambio de tendencia que se registra a partir de 1997 incentivando de forma prioritaria la contratación indefinida.

La excepción legal a esa tendencia viene dada por el contrato de trabajo fijo discontinuo de carácter periódico (FDP), en el que la prestación laboral se cumple en fechas ciertas, regulares o cíclicas y que la norma sigue vinculando con el contrato de trabajo a tiempo parcial. Tal vinculación incurre en un error conceptual manifiesto entre la duración del contrato y la duración de la jornada. En esencia, porque en tanto el contrato de trabajo a tiempo parcial actúa sobre el tiempo de trabajo reduciéndolo mediante la voluntad concorde de las partes en el contrato, cualquiera de las dos modalidades básicas de trabajo fijo discontinuo encuentra su

⁹ MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.(1995): "La nueva ordenación del trabajo a tiempo parcial". En VV.AA.: *Nuevo marco de relaciones laborales*. Publicacions de la Universitat de Barcelona, p. 46. Aunque el argumento está referido en este trabajo al artículo 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores vigente al elaborarlo, resulta trasladable al vigente Texto Refundido del mismo al no haberse modificado en éste dicho precepto.

¹⁰ Se utiliza esta expresión en lugar de la habitual "mercado de trabajo", porque ésta alude a una realidad económica paralela y distinta, en tanto que el *ámbito jurídico del empleo* se emplaza en el plano normativo y axiológico, propio del análisis y valoración que corresponde llevar a cabo al Derecho del Trabajo sin desconocer, claro está, aquella otra esfera de carácter económico.

fundamento en la naturaleza fija, aunque cíclica y discontinua, de la actividad empresarial, siendo ese consustancial componente cíclico, al margen de su reiteración en fechas ciertas o inciertas, el que justifica que el contrato en cuya virtud se encauza la prestación laboral tenga carácter indefinido. Esta crucial diferencia explica que, cualquiera que sea la reiteración con que se produzca el trabajo fijo discontinuo, las partes no hayan de acordar necesariamente la reducción de la jornada, ya que el menor número de horas al año que se realicen materialmente no depende en todo caso de ese pacto, sino, como acaba de indicarse, de la naturaleza de aquella actividad.

Sucede que este error de encuadramiento conceptual puede comportar efectos negativos para la conciliación cuando el trabajador formalice su prestación laboral bajo esta modalidad de FDP. Uno de los principales se produce en el deber de llamamiento. La norma estatutaria sólo regula este deber para el fijo discontinuo de carácter no periódico (art. 16.2 TRET), siendo a mi entender necesario que también se contemplara para el FDP recuperando así la construcción homogénea que en este punto realizaba el anterior artículo 15.6 ET, ya que, si bien los convenios colectivos suelen suplir esta carencia, no todos lo hacen o no lo articulan con la debida precisión. La necesidad de incorporarlo a esa última submodalidad deriva de las alteraciones sobrevenidas que puede experimentar la actividad empresarial incluso cuando se trata de ciclos de reiteración regular, dado que la previsibilidad en la repetición del ciclo no podrá ser absoluta en todo caso, pues la incorporación de los trabajadores en dicha submodalidad no se realiza siempre en bloque cuando la actividad productiva se reanuda, no siendo infrecuente que se produzca de modo paulatino como la doctrina judicial ha señalado¹¹, de suerte que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad en la reclamación por despido no puede establecerse para todos los casos a partir de la reanudación de dicha actividad. Por lo demás, la reanudación parcial de la actividad en el caso del FDP, como ya sucedía durante la vigencia del derogado artículo 15.6 ET, determina asimismo la suspensión de los contratos de los trabajadores no convocados, pero sin la mayor garantía de que éstos sean posteriormente reincorporados cuando dicha actividad lo requiera al no contemplar la norma legal para esta submodalidad el deber de llamamiento¹². Esta indeterminación en la fecha y secuencia del llamamiento supone desde luego una dificultad específica en el terreno de la conciliación al condicionar las previsiones que el trabajador haya podido hacer a este respecto.

¹¹ Por ejemplo, STSJ Islas Canarias (Las Palmas), de 8-1-2011 JUR 283259) y STSJ Andalucía (Sevilla) de 15-7-2011 (JUR 374405).

¹² MARTÍNEZ ABASCAL, V.A. y HERRERO MARTÍN, J.B. (2015): *Sistema de Derecho del Trabajo*. 2ª ed. revisada y actualizada, pp. 229-230 de la versión en papel y de la digital de consulta y descarga gratuitas. www.publicacions.urv.cat.

4. DURACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO Y CONCILIACIÓN

Otro de los efectos que entorpecen sobremanera la conciliación se localiza en la duración de la jornada del trabajo del FDP. La dificultad no se refiere ciertamente a las horas extraordinarias, puesto que el restablecimiento de la prohibición de realizarlas para los trabajadores a tiempo parcial, sólo exceptuada para las de emergencia a fin de prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes (art. 12.4.c) TRET), revierte la posibilidad de su desempeño introducida por la ley 3/2012, de 6 de julio y dispensa un tratamiento homogéneo en este extremo a las dos submodalidades de trabajo fijo discontinuo, periódico y no periódico, en la vigente regulación, teniendo en cuenta que la prohibición que regía con anterioridad a dicha ley sólo afectaba de forma general al FDP o de forma específica al fijo discontinuo no periódico en el que se acordase la prestación a tiempo parcial. Este tratamiento, a la par que procura evitar abusos en la prolongación de la jornada de esta clase de trabajo, también tiene una repercusión positiva en punto a facilitar la conciliación al implicar una mayor certeza sobre la duración de la jornada.

El obstáculo de entidad para la conciliación en el trabajo a tiempo parcial deriva de la realización de horas complementarias, esto es, de “las realizadas como adicionales a las horas ordinarias pactadas en el contrato a tiempo parcial” (art. 12.5 TRET), lo que, en la práctica, supone introducir un sucedáneo de mayor flexibilidad en la jornada de trabajo que el régimen previsto para las horas extraordinarias. A los efectos que aquí interesan, cabe recordar la doble clasificación que de las horas complementarias introdujo el Real Decreto-ley 16/2013, 20 de diciembre, y que, junto a otras determinaciones, se construye sobre un elemento básico: la duración del contrato de trabajo a tiempo parcial. De un lado, las horas complementarias “previamente pactadas”, cuya realización puede acordarse en este contrato, cualquiera que sea su duración, con una jornada de trabajo no inferior a diez horas semanales en cómputo anual, lo que comprende, en la práctica, a la mayor parte de dichos contratos, ampliándose así la posibilidad de pactarlas. De otro, las horas complementarias “voluntarias”, sólo configuradas para el contrato de trabajo a tiempo parcial con duración indefinida y con igual jornada de trabajo no inferior a diez horas semanales en cómputo anual. Pese a su equívoca denominación, las diferencias entre ambos tipos no estriban en el concurso de la voluntad de las partes del contrato para su realización, exigible en las dos, sino en determinados aspectos de su régimen jurídico, que flexibilizan a favor del empresario la utilización de la fuerza de trabajo contratada y lo hacen, en este caso, en detrimento de la conciliación del trabajador que haya optado por el trabajo a tiempo parcial como fórmula adecuada para ponerla en práctica.

Los aspectos más sobresalientes que en esa regulación obstaculizan o impiden la previsión conciliadora del trabajador giran en torno al fortalecimiento de la autonomía individual en las dos clases de horas complementarias.

4.1. Horas complementarias previamente pactadas

a) El empresario sólo puede exigir las si lo acuerda expresa y específicamente por escrito con el trabajador, ya sea en el momento de celebrar el contrato o con posterioridad. Esta regla es formalmente garantista para el trabajador, pero, en la práctica, favorece la posición empresarial, especialmente en los sectores con alta demanda de trabajo, a no ser que en convenio colectivo se establezcan limitaciones sobre este extremo, posibilidad no contemplada en la ley pero tampoco prohibida, como puede ser, a título de ejemplo, la preferencia en su realización para los trabajadores que no tengan responsabilidades familiares o de formación.

b) La función reequilibradora de la autonomía colectiva queda expresamente afectada al suprimirse la anterior regla que sometía la distribución y la forma de realización de las horas a lo previsto en el convenio colectivo de aplicación y en el pacto individual. En su lugar se amplía la autonomía individual, estableciéndose la obligación de recoger en el pacto individual el número de horas complementarias cuya realización puede requerir el empresario (lo que significa que no está obligado a hacerlo en todo caso), así como el deber de preavisar al trabajador para su desempeño, que ahora se reduce a un mínimo de tres días, salvo que el convenio colectivo regule un plazo inferior, en tanto que con anterioridad el plazo se fijaba por la ley en siete días y no se permitía al convenio regular su reducción. Teniendo en cuenta que la utilización de la bolsa de horas complementarias no tiene que agotarse en una sola vez y que su volumen puede ser legalmente muy elevado y superar con creces la jornada parcial ordinaria, la dificultad del trabajador para conciliar se acentúa aquí sobremedida.

c) Se amplía el número de horas complementarias pactadas en el contrato, que pasa del 15 % máximo de las horas ordinarias de trabajo objeto del contrato al 30 % máximo de ese módulo ordinario de referencia. Adicionalmente, los convenios colectivos están facultados para establecer otro porcentaje máximo, que no puede ser inferior al 30 % (recuérdese que con anterioridad a la Ley 12/2001, de 9 de julio, este porcentaje era límite máximo para el convenio) ni exceder del 60 % de las horas ordinarias contratadas.

d) Se suprime el derecho reconocido al trabajador a consolidar tales horas, para lo que tan sólo se exigía su voluntad expresa manifestada dentro de un plazo máximo, a fin de que, en determinadas condiciones, pudiera incrementarse la jornada ordinaria a tiempo parcial y reducirse por tanto el recurso a las horas complementarias. Tal supresión evidencia el interés de la norma en fomentar la realización de dichas horas y, por tanto, en estimular el contrato de trabajo a tiempo parcial con una reducida jornada ordinaria, que el empresario puede utilizar como un tipo de trabajo a llamada con el ahorro de costes laborales que ello supone, pero que lleva aparejada una evidente precariedad para el trabajador al pri-

varle de la posibilidad de ampliar la jornada ordinaria y estabilizar así su relación laboral en cierta medida.

e) Se identifican de forma tasada las circunstancias, silenciadas con anterioridad, en virtud de las cuales el pacto individual de horas complementarias puede quedar sin efecto por renuncia del trabajador mediante preaviso de quince días y un vez cumplido un año desde su celebración: atención a las responsabilidades familiares señaladas en el artículo 37.6 TRET, necesidades formativas siempre que se acredite la incompatibilidad horaria e incompatibilidad con otro contrato a tiempo parcial. Aunque esta regla atiende en principio el interés del trabajador, también implica, por vía de exclusión y salvo mejora por el convenio colectivo de la norma estatutaria, que no podrán invocarse por el trabajador para su renuncia otras circunstancias contempladas por la misma en materia de conciliación y que se desenvuelven en el ámbito de la vida familiar (por ejemplo, el derecho a ausentarse del trabajo durante una hora o a la reducción de la jornada hasta un máximo de dos horas con disminución proporcional del salario en el caso de nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, recogido en el art. 37.5 TRET).

4.2. Horas complementarias de carácter voluntario

Estas horas pueden ser ofrecidas por el empresario en cualquier momento, tanto al celebrar el contrato como con posterioridad, siendo de libre aceptación por el trabajador. Su número no puede superar el 15 % de las horas ordinarias objeto del contrato, salvo que en convenio colectivo se amplíen hasta el 30 %. Tales horas no computan a efectos de determinar los porcentajes de las horas complementarias pactadas. Ello significa que ambos tipos de horas complementarias, las pactadas y las voluntarias, pueden realizarse a un mismo tiempo y que, si el convenio así lo regula, el trabajador puede ampliar su jornada ordinaria de trabajo objeto del contrato hasta un 90 % de la misma. No obstante, esta ampliación no supone la efectiva realización de todas las horas complementarias, pues, como se señaló, el empresario puede requerir las previamente pactadas, en todo o en parte, conforme a su unilateral apreciación de las necesidades productivas de la empresa.

5. CODA CONCLUSIVA

Sin perjuicio de las precedentes consideraciones, en mi opinión dos presupuestos básicos coadyuvarían de forma determinante a aportar soluciones más seguras y duraderas a la conciliación aquí tratada. El primero de ellos tiene carácter organizativo. Se refiere a la imperiosa necesidad de modificar los horarios que rigen en España con carácter general y los específicos de la jornada de trabajo en particular, como una de las actuaciones indispensables para abordar una

solución más racional en la distribución del tiempo de trabajo y de la productividad. Se trata de una cuestión central en la que la Asociación para la Racionalización de Horarios Españoles lleva trabajando varias décadas y realizando propuestas muy razonables en esta materia a fin de aproximarnos a los usos horarios de los países de nuestro entorno sociocultural. Las conclusiones alcanzadas en su décimo Congreso Nacional, celebrado en Madrid los días 11 y 12 de noviembre de 2015, son una buena muestra de tales propuestas, que, a mi modo de ver, deberían ser atendidas por el legislador estatal. Algunas de ellas tienen un nexo directo con la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, y merece la pena recordarlas: en muchas ocasiones las mujeres optan por trabajar menos horas porque la corresponsabilidad aún no se ha conseguido; no hay que confundir seguridad en el empleo con permanencia en un puesto de trabajo concreto; trabajar más horas no significa ser más eficiente; es muy importante fomentar el teletrabajo y hacer un buen uso de la flexibilidad; mediante módulos flexibles en horarios racionales y con reducción de costes se pueden plantear propuestas de cambio para conciliar la vida familiar, personal y laboral; libertad para elegir la fórmula en que cada uno quiera conciliar, hacer o no hacer en función de sus circunstancias personales y laborales; la conciliación y la corresponsabilidad no son solo cosa de mujeres, afecta de manera integral a la familia; está surgiendo una nueva cultura de trabajo que requiere un cambio en la cultura empresarial para facilitar la conciliación.

El segundo de los presupuestos apuntados posee un carácter sustantivo y aunque se cite posteriormente no está supeditado al anterior de forma necesaria, sino que puede desenvolverse en paralelo al mismo. Se trata de introducir, con extensión e intensidad, la perspectiva de género en las normas laborales y, por tanto, en lo que respecta a la conciliación de los ámbitos personal, familiar y laboral. Para ello, dos acciones normativas, de ámbito legal y convencional, resultan prioritarias, a mi modo de ver. Conforme a la primera, habría que abordar con urgencia la equiparación real de la retribución de las mujeres con la que perciben los hombres por un trabajo de igual valor, estableciendo las adecuadas garantías y controles administrativos y judiciales al propósito y dando así cumplimiento a la normativa interna (arts. 14 y 35.1 CE y 28.1 ET) e internacional (arts. 2.1 del Convenio OIT núm. 100/1951 y 157.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), de tal forma que no le resulte más económico al empleador sin escrúpulos pagar un menor salario por razón de género. Ello permitiría a los trabajadores, sin distinción de género, una mayor posibilidad de conciliación y, en su caso, una elección más libre del contrato de trabajo a tiempo parcial. Atendiendo a la segunda acción, la norma habría de regular de forma paritaria entre hombres y mujeres, garantizando asimismo su efectiva aplicación, los derechos a la reducción e interrupción de la jornada y a la suspensión de la relación contractual de trabajo por causa de conciliación, lo que permitiría una distribución mucho más equitativa de las responsabilidades familiares entre los

miembros de las parejas y de la familia, al tiempo que contribuiría a reducir los escalofriantes niveles de machismo que nuestra cultura y nuestras pautas de comportamiento arrastran ancestralmente y que, no sólo perjudican a la mujer trabajadora, sino, antes de asumir esta condición, a la mujer como persona y como víctima de una insoportable y enquistada violencia de género, psíquica, física y moral.

REVISITANDO LAS JORNADAS ESPECIALES DE TRABAJO DE LA MANO DE MANUEL RAMÓN ALARCÓN

JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

ÍNDICE

1. EL TIEMPO DE TRABAJO COMO *LEIT MOTIV* CENTRAL EN LA OBRA ACADÉMICA DE MANUEL RAMÓN ALARCÓN
2. VIGENCIA DE UNA NORMA CON LÓGICA DE OTROS TIEMPOS: EL RD 1561/1995, DE 21 DE SEPTIEMBRE, SOBRE JORNADAS ESPECIALES DE TRABAJO
3. ACTIVIDADES REGULADAS Y PERFIL DEL TRABAJADOR INCLUIDO EN EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN: NECESIDAD DE UNA PUESTA AL DÍA INAPLAZABLE

1. EL TIEMPO DE TRABAJO COMO *LEIT MOTIV* CENTRAL EN LA OBRA ACADÉMICA DE MANUEL RAMÓN ALARCÓN

Manuel Ramón era el heterodoxo más ortodoxo que he conocido en la doctrina iuslaboralista española, porque, al contrario de lo que sus rivales académicos proclamaban sobre sus excesos argumentales, poseía la asombrosa capacidad de romper el formalismo envarado de pretendidas aportaciones doctrinales con ínfulas de dogma de fe jurídico y convertir en polvo los sólidos pilares sobre los que todos habíamos construido nuestros sesudos hallazgos y profundas certezas. Era un iconoclasta jurídico que construía palacios deslumbrantes desde los escombros de la mediocridad que tanto combatió. ¿Cómo no admirarlo? ¿Cómo no estar discutiendo permanentemente con él?

Su heterodoxia no era mera impostura, sino la manifestación efervescente de su compromiso con la clase trabajadora, por la que trabajó toda su vida y en todas sus facetas profesionales, desde su fugaz paso como abogado laboralista a principios de los 70, hasta su fructífera estadía en el Tribunal Supremo entre 2010 y 2015. En medio, dejó un reguero de magisterio insuperable en las universidades públicas en las que fue profesor. Fue heterodoxo porque cultivó la amistad con sus alumnos y discípulos, que nunca fuimos capaces de llamarle de otra forma que no fuera por su nombre de pila, Manuel Ramón, y no como se llama a los maestros, el profesor Alarcón. Y fue ortodoxo, porque no renunció a poner su inteligencia, preclara, y su bondad, paradigmática, al servicio de la razón y de la justicia social utilizando los argumentos jurídicos y la sólida formación académica que aquilató de sus maestros y supo infundir a sus discípulos. Y fue ortodoxo, también, porque era un jurista de talla indiscutible, que dejaba sin réplica a sus críticos con los mismos grandes principios y construcciones doctrinales que éstos esgrimían contra sus radicales tesis.

No cabe por mi parte pretensión alguna de exhaustividad a la hora de glosar los desvelos de mi maestro por razonar acerca del sentido del tiempo de trabajo en la vida de los trabajadores, de las personas¹. Recuerdo cuando afirmaba que la reducción del tiempo de trabajo era un bien en sí mismo y le preguntábamos qué

¹ El tiempo de trabajo ha sido una preocupación permanente en la obra científica de Manuel Ramón Alarcón, y sus aproximaciones a su estudio siempre novedosas y sorprendentes. Entre sus obras escritas destacaremos las siguientes: *La ordenación del tiempo de trabajo*. Editorial Tecnos, Madrid, 1988, 157 pp.; *Formas de reordenación y reducción del tiempo de trabajo*. Economía y Sociología del Trabajo, n° 15/16, enero-junio 1992, pp. 20 a 27; *Tiempo de trabajo*. Representantes de los trabajadores, en el libro “Comentarios al Convenio General de la Construcción, Fundación Anastasio de Gracia, Madrid 1993, pp. 263 a 287 y 389 a 392; *Fomento y defensa del empleo y ordenación del tiempo de trabajo*, en el libro “La flexibilidad laboral en España”, Instituto Universitario de Relaciones Laborales, Zaragoza 1993, pp. 435 a 460; *Duración del contrato, jornada y salario*, en el libro “La reforma laboral de 1994”, Editorial Marcial Pons, Madrid 1994, pp. 159 a 188. (Reproducción parcial bajo el título

quería decir con tal aseveración. Se abría la caja de Pandora entonces, y fluían cataratas de argumentaciones sobre la duración del contrato de trabajo, la estabilidad en el empleo, la creación de empleo a través de la reducción de la jornada laboral, el tiempo de trabajo y la prevención de riesgos laborales, la productividad empresarial, la conciliación de la vida laboral y familiar, y su ortodoxa tesis clásica sobre el tiempo para el “otium” y el “nec otium”, con alusiones a la condena bíblica del “ganarás el pan con el sudor de tu frente”². Era una fuente desbordada de entusiasmo por el poder transformador del derecho. Y mantuvo su preocupación crítica por la regulación del tiempo de trabajo como institución central del contrato de trabajo en todas y cada una de las reformas legales que tuvieron lugar en España desde el Estatuto de los Trabajadores de 1980, y de las que se ocupó en sus muchas publicaciones sobre la materia.

Tiempo de trabajo en la reforma laboral, en Relaciones Laborales núm. 17-18/1994); Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo, en el libro “Reforma de la legislación laboral”, Editorial Marcial Pons, Madrid 1995, pp. 157 a 175; Trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos tras la reforma de 1997, en el libro “Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva - La reforma laboral de 1997”, Miguel Rodríguez-Piñero, Fernando Valdés dal Re y M^a Emilia Casas Baamonde (Coordinadores), Editorial Tecnos, Madrid 1998, pp. 56 a 66; Comentario a los artículos 34, 35, 26, 37 y 38 del Estatuto de los Trabajadores, en el libro “Comentario al Estatuto de los Trabajadores”, José Luis Monereo (Coordinador), Editorial Comares, Granada 1998, pp. 445 a 473; Tiempo de trabajo y empleo, en el libro “La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida: puntos críticos”, José Luis Monereo Pérez (Coordinador), Editorial Comares, Granada 1999, pp. 313 a 331; El tratamiento del tiempo de trabajo en la negociación colectiva, en el libro “Empleo, contratación y negociación colectiva”, XI Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Subdirección General de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 1999, pp. 107 a 128; *Luces y sombras del nuevo contrato a tiempo parcial*, Revista de Derecho Social nº 5, enero-marzo 1999, pp. 231 a 234; El papel de la ley y la negociación colectiva en la determinación de la jornada de trabajo, en el libro “El problema del empleo en el siglo XXI”, Rubén Osuna Guerrero y Carlos Román del Río (Editores), IDR-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Málaga 2000, pp. 189 a 199; La jornada de trabajo en la ley y la negociación colectiva españolas, en el libro “La jornada de seis horas”, Centro Andaluz del Libro, 2001, pp. 19 a 31;

Entre las conferencias pronunciadas, destacaremos: Organización productiva y tiempo de trabajo, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Huelva, 30 de abril de 1990. Jornada de trabajo y reparto de empleo,

Encuentro sobre “Políticas de creación y distribución de empleo”, Universidad Internacional Menéndez Pelayo y Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 9 de abril de 1997. La intervención comunitaria en materia de ordenación del tiempo de trabajo, III Cursos de Otoño de la Universidad de Cádiz, Jerez de la Frontera, 29 de septiembre de 1998. La relación ley-convenio en la regulación del tiempo de trabajo, Seminario del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 4 de diciembre de 1998. Reparto de trabajo: alternativas, II Jornadas de Derecho Sindical de CCOO de Sevilla: “Políticas de empleo: presente y perspectivas de futuro”, Sevilla, 15 de diciembre de 1998. Las claves de la ordenación del tiempo de trabajo, Ciclo de Conferencias sobre la ordenación del tiempo de trabajo en el empleo público (en torno a las 35 horas de trabajo semanal), Instituto Andaluz de Administración Pública, Almería, 18 de septiembre de 2000.

² ALARCÓN CARACUEL, M.R., *La ordenación del tiempo de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 13.

En su obra de referencia, *La ordenación del tiempo de trabajo*, de 1988, hizo un estudio omnicomprendivo de todos los perfiles que el tiempo de trabajo presentaba, partiendo de la “desencialización” del término temporal del contrato como elemento del mismo –con la subsiguiente ruptura del principio de estabilidad en el empleo- y arribando al análisis de las formas atípicas de jornada de trabajo. En este punto, fue pionero en desentrañar las consecuencias evolutivas de las distintas fórmulas contractuales basadas en la jornada a tiempo parcial, en las jornadas flexibles, en el trabajo a turnos, o en la jornada de concretas actividades como el trabajo de agentes comerciales, personal de servicio doméstico o altos directivos. Su conclusión acerca del papel que cumplía representar al Derecho del Trabajo frente a los cambios en el tratamiento del tiempo de trabajo fue tan valiente como premonitória de lo que muchos pensamos hoy, casi treinta años después: “[...] parece claro que la fórmula del ‘garantismo dinámico’ es la que permite garantizar el marco jurídico flexible que la revolución tecnológica en marcha exige y, al propio tiempo, no solamente mantener sino incluso desarrollar el nivel de protección de sus derechos conseguido por los trabajadores a lo largo de la historia.”³

Fue él quien me animó en 1996 a preparar un trabajo de investigación sobre las jornadas especiales de trabajo para la oposición a la titularidad⁴. Él había tratado de manera tangencial el régimen jurídico derivado del antiguo RD 2001/1983, sobre jornadas especiales⁵, y la aparición de la nueva norma reglamentaria en 1995 le pareció una ocasión idónea para poner algo de luz sobre las excepciones al régimen estatutario de jornada de trabajo, tema sobre el que la literatura jurídica previa no era abundante⁶. Su capacidad para impulsar nuevas vías de investigación era inagotable, pues todo le interesaba, todo le resultaba digno de ser estudiado de manera crítica, nada le parecía sagrado ni inamovible. Pensaba Manuel Ramón que la regulación reglamentaria de las jornadas especiales era una demostración evidente de que el exceso de rigidez que se achaca a la normativa laboral no es más que una

³ Ibid. pág. 156

⁴ Vid. GÓMEZ MUÑOZ, J.M., *Las jornadas especiales de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

⁵ En su obra, *La ordenación del tiempo de trabajo*, sólo se refiere al régimen jurídico del RD 2001/1983 para poner de manifiesto los problemas que presentaba la regulación separada, al margen del Estatuto de los Trabajadores, de las horas extraordinarias, y la problemática del cómputo y compensación de los denominados tiempos de presencia en los que el trabajadores se encontraba disponible, pero no realizaba trabajo alguno. Vid. ALARCÓN CARACUEL, M.R., *La ordenación...*, cit., págs. 79, 82, 85 y 90.

⁶ Vid. MARTIN VALVERDE, A.: “El Reglamento sobre jornadas especiales de trabajo de 1995”, *Relaciones Laborales* II, 1995, pág. 402. Igualmente, vid. el análisis que sobre la habilitación realiza SUAREZ FERNANDEZ, A.: “Comentario del Real Decreto 1561/95, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo”, *La Ley*, n° 3892, 1995, pág. 1. Vid. también, MORON PRIETO, R.: “Novedades en la ordenación de las jornadas especiales de trabajo”, *Relaciones Laborales*, n° 3, 1996, págs. 104 y ss., especialmente, pág. 105; igualmente, ALBIOL MONTESINOS, I.: “El RD 1561/195, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo. Aproximación general”, *Revista de Treball, Económia i Societat*, n° 1, 1996, págs. 19 y ss.

inexacta e interesada imputación, pues era este régimen reglamentario un claro ejemplo de flexibilidad del legislador, que permitía hacer un “traje a la medida” a la regulación de jornada de determinados trabajos y actividades⁷. Hoy, quizás, sea el momento de revisar la vigencia de dicha norma.

2. VIGENCIA DE UNA NORMA CON LÓGICA DE OTROS TIEMPOS: EL RD 1561/1995, DE 21 DE SEPTIEMBRE, SOBRE JORNADAS ES- PECIALES DE TRABAJO

La fatalidad que nos ha traído hasta este homenaje nos sirve de acicate, en un doloroso ejercicio de revisitación de los textos de Manuel Ramón, para volver a reflexionar sobre el valor normador que el vetusto régimen reglamentario de jornadas especiales de trabajo sigue manteniendo hoy, más de veinte años después de su aprobación. La norma ha permanecido prácticamente inalterada desde entonces, en un estado de semifosilización reglamentaria que mantiene tanto el preámbulo - con alusiones a versiones derogadas del ET y de la Directiva 93/104, de tiempo de trabajo- como la estructura y ámbito material y subjetivo de aplicación. Sólo las puntuales transposiciones nacionales de la normativa europea en materia de tiempo de trabajo en el sector de los transportes⁸, han modificado algunos de sus artículos. Pero su lógica jurídica sigue siendo la misma.

El RDJE fue, sin duda alguna, una norma hija de su tiempo. El ardor transpositor de aquel gobierno durante 1995, dio lugar a una excepcional cadena de Reales Decretos en materia de prevención de riesgos laborales y en otras materias, el tiempo de trabajo entre ellas. Muchas de esas normas presentaban problemas técnicos porque se habían transpuesto sobre el plazo máximo de transposición y apenas consistían en malas traducciones de las Directivas comunitarias. El RDJE, además, soportaba el hándicap de tener que reintroducir en el ET el régimen jurídico de las horas extraordinarias, el descanso semanal y las fiestas, que en 1983

⁷ ALARCÓN CARACUEL, M.R., Prólogo a GÓMEZ MUÑOZ, J.M., Las jornadas..., cit., pág. 17.

⁸ Vid. R.D. 285/2002, 22 marzo, por el que se modifica el R.D. 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, en lo relativo al trabajo en la mar («B.O.E.» 5 abril); R.D. 294/2004, de 20 de febrero, por el que se modifica el R.D. 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, en lo relativo al tiempo de trabajo en la aviación civil («B.O.E.» 27 febrero); R.D. 902/2007, de 6 de julio, por el que se modifica el R.D. 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, en lo relativo al tiempo de trabajo de trabajadores que realizan actividades móviles de transporte por carretera («B.O.E.» 18 julio); R.D. 1579/2008, de 26 de septiembre, por el que se modifica el R.D. 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, y se regulan determinados aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el sector del transporte ferroviario («B.O.E.» 4 octubre); R.D. 1635/2011, de 14 de noviembre, por el que se modifica el R.D. 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, en materia de tiempo de presencia en los transportes por carretera («B.O.E.» 17 diciembre)

había sido relegado a rango reglamentario. Sobre la base de actividades profesionales en franca recesión –empleados de fincas urbanas, guardas y vigilantes no ferroviarios–, con la persistencia monopolística del sector público en los transportes por ferrocarril y en la aviación civil, y con un marco muy desregulado en el sector del trabajo marítimo, el RDJE podía calificarse de norma de compromiso que, en un difícil equilibrio, intentaba cubrir a duras penas un espacio regulatorio que lo desbordaba por la propia realidad de las actividades en él reguladas. Para replantearnos su vigencia, debemos entrar en el análisis de sus ámbitos de aplicación.

El análisis global del fenómeno de las jornadas especiales de trabajo como sistema o subsistema⁹ frente al régimen común de regulación del tiempo de trabajo, así como los contenidos materiales del nuevo reglamento que las contempla, plantea en el primero de los instantes un problema epistemológico que nos obliga a considerar diferentes alternativas y a optar por aquélla que mejor permita la obtención de conclusiones¹⁰.

La propia dicción literal del art. 1 del RDJE al definir el objeto de regulación nos da la primera pista metodológica. El reglamento se ocupa de “instituciones” de tiempo de trabajo –las ampliaciones y limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos– en determinados sectores de actividad y trabajos especializados cuyas peculiaridades lo requieren. Hay, pues, una doble dirección de avance que vendría impuesta, primeramente y en sentido horizontal, por el conjunto de instituciones y condiciones de trabajo relacionadas con el tiempo de trabajo, y en segundo lugar y en sentido vertical, por los sectores de actividad y trabajos especializados cuyas particularidades requieran una regulación distinta a la del régimen común. Las dos

⁹ La idea de los subsistemas o microsistemas para la regulación dentro del Derecho del trabajo de espacios normativos con diferente grado de autonomía forma el hilo argumental de lo que alguna doctrina ha venido a llamar el Derecho “disperso” del Trabajo (cfr. MONEREO PEREZ, J.L.: *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del trabajo*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1996, págs. 70-73). Sin perjuicio de un mayor abundamiento posterior, puede advertirse ahora cómo este fenómeno se encuentra cada vez más acentuado ante “la complejidad del trabajo profesional asalariado (conexo a los procesos de diferenciación de las actividades empresariales) y los modos de conducción más liberalizadores a que se orientan actualmente las políticas laborales en el capitalismo tardío”. (MONEREO PEREZ, J.L., op. cit., pág. 71).

¹⁰ En realidad más que de una cuestión de método se trata de un problema de técnica jurídica que, superando planteamientos maximalistas de distinción entre funcionalismo y realismo metodológico, pretende aprehender el valor jurídico de la norma en el medio social en que ésta se da y opera. Vid. al respecto un interesante análisis acerca de los útiles metodológicos a aplicar en la investigación jurídica en RODRIGUEZ DE LA BORBOLLA, J.: “Algunas reflexiones sobre metodología de investigación en Derecho del Trabajo”, *Temas Laborales*, n° 31, 1994, págs. 19 y ss.; igualmente, vid. CASAS BAA-MONDE, M.E.: “Reflexión breve sobre las preocupaciones y corrientes metodológicas en el Derecho del trabajo de la crisis”, en AA.VV., *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Madrid, 1984, págs. 56-58. Exhaustivamente, sobre el método jurídico ALARCON CARA-CUEL, M.R.: *Proyecto docente e investigador para Cátedra de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Universidad de Sevilla, 1986, págs. 3 y ss., especialmente págs. 16-30.

instituciones centrales serían la jornada de trabajo y los descansos, los cuales presentarán a su vez diferentes modos de manifestación en función, lógicamente, de cada tipo o sector de actividad.

Aparecerán horizontalmente las jornadas continuadas y las fraccionadas, los tiempos de trabajo efectivo y los de presencia, las horas extraordinarias y los descansos intrajornada, diario, semanal y alternativo. El análisis horizontal requeriría, consiguientemente, la adopción de un modelo de instituciones de referencia que no podrán ser otras que las del régimen común contempladas en las dos normas guía: la Directiva 93/104/CE –reemplazada por la Directiva 2003/88, de 4 de noviembre– y el propio Estatuto de los Trabajadores. Téngase en cuenta que existe un mandato expreso para que la regulación del RDJE se produzca “de conformidad con lo previsto” en los arts. 34.7, 36.1 y 37.1 ET, lo que no sólo supone un mandato habilitante de la potestad reglamentaria sino un mandato de sujeción jerárquica a la norma superior. Otra cosa será comprobar hasta qué punto se produce dicha sujeción jerárquica o, en otras palabras, cuál es la posición del Real Decreto frente al Estatuto de los Trabajadores.

Por otro lado, la STJUE de 20 de mayo de 2010, asunto C-159/09, Comisión vs. España, condenó a nuestro país por no haber transpuesto a tiempo la Directiva 2003/88 en relación a las exclusiones del art. 1.3 de la Directiva que afectaban a los trabajadores del sector del transporte por carretera, trabajadores del mar y de la aviación civil, universalizándose, por consiguiente, el ámbito de aplicación del RD 1561/95 que, de conformidad con el art. 17 de la Directiva solo podrá establecer excepciones a su ámbito de protección a las actividades de ejecutivos dirigentes u otras personas con poder de decisión autónomo, trabajadores en régimen familiar, o trabajadores en actividades litúrgicas de iglesias y comunidades religiosas.

El análisis en sentido vertical presenta algunas dificultades adicionales que reseñaremos someramente en relación con el sistema de clasificación de sectores de actividad y trabajos específicos utilizado por el reglamento. Hay que partir de los dos supuestos esenciales que actúan como *leit motiv* de la regulación especial: las ampliaciones y las limitaciones de jornada. Los distintos sectores de actividad y trabajos específicos van a ser incluidos en alguna de estas dos categorías donde, sin embargo, el criterio de clasificación no va a venir únicamente determinado por la necesidad de aumentar o disminuir la jornada ordinaria común de trabajo, sino también por las especiales condiciones materiales -trabajo a turnos, de puesta en marcha y cierre de los demás, en aislamiento o lejanía, en jornadas fraccionadas- en que dichos trabajos se prestan¹¹. Luego no es sólo el cómputo de jornada el problema de la especialidad sino también el modo de la prestación.

¹¹ Lo que nos lleva a plantearnos posteriormente la idoneidad de la sistemática reglamentaria de la sección 5ª del capítulo II del RD 1561/1995, e incluso su razón de ser.

Junto a estos dos criterios de clasificación vertical aparecería un tercero que recogería las especialidades del trabajo nocturno en capítulo aparte y como excepción al régimen general del Estatuto de los Trabajadores. Aquí ni siquiera es el modo de la prestación lo que determina la diferente clasificación sino la realización de la jornada en el tramo horario comprendido entre las diez de la noche y las seis de la mañana (art. 36.1 ET), lo que da lugar a que se produzcan solapamientos de régimen en el caso de las actividades de jornada ampliada (capítulo II del Real Decreto) y en el caso del trabajo a turnos (art. 19 RD), tal y como propone el art. 32.1 RD.

En el análisis en sentido vertical el carácter especial de la norma reglamentaria se manifiesta de un modo más claro en la medida en que para cada sector de actividad y para cada tipo de trabajo específico existirán normas de carácter convencional que fijarán la ordenación del tiempo de trabajo (entre otras materias) con atenuamiento a las directrices del RDJE y de las normas generales cuando éstas sean de aplicación. Consiguientemente serán los convenios colectivos, como normas profesionales que autorregulan los intereses particulares de cada sector o tipo de actividad, las normas de referencia con las que tendremos que contrastar las disposiciones del reglamento de jornadas especiales, estableciendo al mismo tiempo, de qué modo se produce el tratamiento en los mismos de las diferentes instituciones y condiciones relativas a la ordenación del tiempo de trabajo. No obstante, y como todo método jurídico supone una opción previa por parte del analista, justificamos el estudio en sentido vertical de instituciones reguladas en convenios colectivos en la medida en que un análisis en horizontal de las mismas sobre la base de normas convencionales nos llevaría, probablemente, a una dispersión de resultados mal avenida con extracción de conclusiones simples, si es que hay lugar a ellas, y mínimamente estables.

3. ACTIVIDADES REGULADAS Y PERFIL DEL TRABAJADOR INCLUIDO EN EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN: NECESIDAD DE UNA PUESTA AL DÍA INAPLAZABLE

Un análisis de aproximación acerca del elenco de sectores de actividad y trabajos específicos cuyas peculiaridades los hacen objeto, según el art. 1.1 RDJE, de regulación especial, hace surgir una primera impresión que tiene que ver con los perfiles de los distintos tipos de trabajadores a los que la norma puede ir dirigida. El reglamento de jornadas especiales de trabajo, posiblemente por regular tan sólo de modo parcial los contenidos temporales de la prestación laboral, hace abstracción de la figura del trabajador asalariado y se centra de modo esencial en diferentes tipos de prestación y de modos de prestación. Tan sólo existe expresión de los ámbitos objetivos de aplicación pero no de los subjetivos, que parecen estar implícitos.

Las actividades son, en primer lugar, muy dispares desde el punto de vista de la función o sector productivo¹². Así, el reglamento recorre el arco de sectores de producción desde el sector primario con el trabajo en el campo (sección 2ª, capítulo II y sección 2ª, capítulo III) y en el mar (sección 4ª, capítulo II), y el sector secundario de la industria extractiva¹³ (sección 3ª, capítulo III) y los trabajos de construcción y obras públicas (sección 4ª, capítulo III), al sector terciario de los servicios con el trabajo de empleados de fincas urbanas, guardias y vigilantes no ferroviarios (sección 1ª, capítulo II), el comercio y la hostelería (sección 3ª, capítulo II), el transporte en el mar (sección 4ª, subsección 1ª, capítulo II), el transporte por carretera (sección 4ª, subsección 2ª, capítulo II), el transporte ferroviario (sección 4ª, subsección 3ª, capítulo II) y el transporte aéreo (sección 4ª, subsección 4ª, capítulo II).

A esta disparidad sectorial se une el hecho de una clasificación añadida o complementaria a la anteriormente expuesta que afecta, no ya a sectores de producción, sino a circunstancias de producción determinadas por condiciones externas o internas con incidencia en la ordenación del tiempo de trabajo. Entre las circunstancias de producción condicionadas externamente el RDJE se ocupa de los trabajos en condiciones especiales de aislamiento o lejanía (art. 21) y de los trabajos expuestos a riesgos ambientales (art. 23). Surge aquí la duda acerca de la inclusión en este grupo de los trabajos en cámaras frigoríficas y de congelación, pero su tratamiento diferenciado en el RDJE (art. 31) y la evidente dependencia de este tipo de trabajos con industrias distribuidoras del sector servicios y con los sectores primarios de la agricultura y pesca sugieren mejor la posición que le hemos dado. De otro lado, entre las circunstancias de producción condicionadas internamente aparecerán los llamados en la sección 5ª, capítulo II del RDJE, trabajos en determinadas condiciones específicas, esto es, el trabajo a turnos (art. 19), los trabajos de puesta en marcha y cierre de los demás (art. 20) y los trabajos en actividades con jornadas fraccionadas (art. 22). Junto a ellos, de manera preminente, destaca la regulación del trabajo nocturno en el capítulo IV.

En relación con esta posible doble clasificación que puede extraerse de un primer análisis contingente de la norma reglamentaria de jornadas especiales, hay que añadir la posibilidad de solapamiento entre ambas en la medida en que dentro de cada sector de actividad los modos de prestación pueden darse con las condiciones internas y/o externas que hemos relacionado. Tan sólo cabría la excepción

¹² Utilizamos una clasificación de sectores productivos que es clásica en macroeconomía. Vid. por todos, TAMAMES, R.: Introducción a la economía española, Alianza Editorial, Madrid, 18ª ed, rev., págs. 56 y ss.

¹³ Con una alusión específica al régimen de jornada en la empresa "Minas de Almadén y Arra-
yanes, Sociedad Anónima", en la Disposición adicional segunda.

al régimen de trabajos en condiciones especiales de aislamiento o lejanía, para los que el propio art. 21 RDJE, excluye la posibilidad de concurrencia de regímenes con aquellas actividades ya relacionadas en el mismo RDJE.

A esta visión de conjunto no podemos decir que corresponda un perfil unitario de trabajador más allá de la óptica de su estricta calificación jurídico laboral de trabajador asalariado. El RDJE es, consiguientemente, una norma reglamentaria que sujetará únicamente -aunque sólo en línea de principio- a trabajadores asalariados de régimen común, habida cuenta de la exclusión de las relaciones laborales de carácter especial que se produce, declarativamente, en el art. 1.2 RDJE¹⁴. Esto, evidentemente, plantea un problema de fondo en la medida en que la Directiva 2033/88 solo hace alusión en su artículo 17 a la posibilidad de excepcionar las relaciones laborales de carácter especial de altos directivos, personal del servicio doméstico y trabajadores de organizaciones religiosas -donde podrían tener encaje los profesores de religión- problema de fondo que no está resuelto en nuestro ordenamiento.

No obstante, las clasificaciones que acabamos de establecer van a condicionar de manera directa el tipo de trabajador sujeto al régimen de jornadas especiales desde el punto de vista socio-profesional¹⁵, condicionamiento que tiene su máxima expresión en el caso del transporte por carretera donde hay que incardinar dentro del ámbito de aplicación del RDJE a aquellos conductores que, según la exclusión del art. 1.3.g) del ET, son prestadores del servicio de transporte “al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador”¹⁶.

¹⁴ Vid. *infra* Capítulo V, apartado 6 el análisis general que se realiza de estas relaciones y de su interacción con el régimen reglamentario de jornadas especiales. Para una visión global de los caracteres determinantes de este tipo de relaciones laborales especiales vid. por todos FERNÁNDEZ LOPEZ, M.F.: “Relaciones especiales de trabajo y Estatuto de los Trabajadores”, Revista de Política Social, nº 138, 1983.

¹⁵ Es práctica habitual en el derecho comunitario derivado establecer dentro de cada Reglamento y Directiva un elenco preliminar de términos definitorios que, desde el punto de vista de la armonización normativa, posee un indudable valor aclaratorio de los ámbitos subjetivos y objetivos de aplicación de la norma en cuestión. Este *modus operandi* normativo se echa en falta en el RDJE, particularmente en lo que se refiere a la caracterización de los trabajadores a los que la norma se dirige a pesar de que el art. 1.1 del ET sea la norma de remisión del art. 1.2 RDJE. Otras normas coetáneas, como la propia Ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) utiliza esta técnica importada en su art. 4, lo que despeja una cantidad importante de dudas. También proceden de igual modo las normas reglamentarias de desarrollo de la LPRL lo que indica que la técnica no es privativa de la ley.

¹⁶ En este sentido, pueden consultarse los análisis doctrinales que suscitó el cambio de régimen jurídico operado para estos trabajadores a raíz de la reforma del art. 1.3 ET mediante la Ley 11/94, reforma

De este modo, será también la dispersión la que caracterice la tipología socio-profesional de trabajadores que se verán afectados por la reglamentación de jornadas especiales de trabajo, lo que se corrobora fácilmente acudiendo a las tablas de grupos y categorías profesionales recogidas en los convenios colectivos de cada empresa, sector o tipo de actividad implicados. Del mero análisis del contenido de la norma reglamentaria es fácilmente deducible que junto con trabajadores de escasa cualificación como pueden ser los empleados de fincas urbanas, guardas, trabajadores agrícolas, forestales o pecuarios, algunos trabajadores de la hostelería y comercio, algunas categorías de trabajadores en el mar y trabajadores en cámaras frigoríficas, pueden convivir otros de altísima cualificación y profesionalidad que pueden ser desde tripulantes aéreos, a capitanes de marina mercante, pasando por ingenieros de minas¹⁷.

Al mismo tiempo, no debe olvidarse que el sector donde se produzca la actividad determinará el mayor o menor grado de especialización de la actividad, de manera que dentro del ámbito objetivo de regulación del RDJE convivirán actividades que por sí solas agoten la totalidad del contenido de la prestación en la actividad -como puede ser el caso de la hostelería, los guardas y empleados de fincas urbanas, o el trabajo en el campo- con otras actividades de estructura productiva compleja que requerirán un conjunto variadísimo de aptitudes profesionales diferenciadas, donde la polivalencia funcional del trabajador será prácticamente imposible y donde existirá un personal cualificado para cada fase o faceta del sistema de producción, lo que permitirá la vigencia de la tradicional clasificación socio-profesional entre obreros, empleados, mandos intermedios, cuadros y directivos¹⁸.

impulsada desde la actividad jurisprudencial. Así, y por todos, vid. PEREZ CAPITAN, L.: "El régimen transitorio en la situación de los transportistas por cuenta ajena con vehículo propio", *Aranzadi Social*, Vol. IV, 1995, págs. 2499-2511, y la bibliografía allí citada; igualmente, y para la retrospectiva del análisis jurisprudencial, vid. LUJAN ALCARAZ, J.: "Repartidores y mensajeros: ¿contrato laboral o de transporte?", Madrid, 1990. Vid. también el análisis de doctrina general que realiza MARTIN VALVERDE, A., como magistrado ponente en SSTs de 5 de junio de 1996, AS. 4994, y de 12 de abril de 1996, AS. 3075, donde, además, se pone de manifiesto la solución judicial a la no aplicación retroactiva de la exclusión del precepto en cuestión, art. 1.3.g) ET, a las situaciones nacidas con anterioridad al 12 de junio de 1994, fecha de entrada en vigor de la mencionada Ley 11/94 de reforma del ET.

¹⁷ Vid. en relación con las interesantes cuestiones suscitadas por la aptitud profesional del trabajador y su incardinación en el contenido de la prestación de trabajo el estudio de VALDÉS DE LA VEGA, B.: *La profesionalidad del trabajador en el contrato laboral*, Trotta, Madrid, 1997. Igualmente, vid. los análisis a propósito de la cuestión que realiza LOPE PEÑA, A.: *La polarización de las cualificaciones en la empresa*, CES, Madrid, 1996, págs. 205 y ss.

¹⁸ Vid. al respecto las razones de esta clasificación plural en MARTIN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO, F., GARCIA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., págs. 182-186; igualmente, desde una óptica más cercana a la sociología del trabajo, vid. el estudio aplicado al ámbito del sector servicios de INVERNIZZI, E.: "Organización y calidad del trabajo de oficina: modalidades e hipótesis de desarrollo", en AA.VV., *La automatización y el futuro del trabajo*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 2ª ed, 1991, págs. 339 y ss.

Obviamente, esta división se basa en categorías no estancas que se encuentran sujetas a las variaciones impuestas de manera progresiva por el cambio tecnológico en cada uno de los sectores de actividad. Todos estos sectores se hallan sujetos a una evolución en distinto grado, cuya lentitud se percibe más en el sector primario, aunque no de forma necesaria, existiendo actividades en el sector terciario, teóricamente el de más rápida evolución, donde la transformación tecnológica prácticamente no posee influencia alguna en los modos de prestación del trabajador (por ejemplo en la hostelería). En todo caso, resulta evidente que las diferencias son variables, no estáticas, y que estas apreciaciones se sujetan necesariamente al debate general acerca de la transformación del concepto de trabajador como consecuencia de las transformaciones tecnológicas en los medios de producción¹⁹.

Junto a ello, el tipo de actividad condiciona de manera directa el lugar físico de prestación de los servicios de forma que junto con actividades monolocativas, aquellas que suelen coincidir con actividades de ciclo productivo único, pueden encontrarse otras de carácter plurilocativo, coincidentes normalmente con las actividades más complejas, y que requerirán distintas categorías de trabajadores emplazados en distintos medios de trabajo lo que da lugar a la aparición de las categorías de “personal de tierra” o de oficinas, que realizan generalmente las labores de administración, gestión y control, y de “personal de flota”, “de vuelo” o “personal embarcado”. Esta distinción entre categorías de tipo socio-profesional va a tener consecuencias muy importantes a la hora de la aplicación efectiva, no sólo de la normativa sobre jornadas especiales, sino del conjunto de normas reguladoras de condiciones de trabajo dado que para un tipo u otro de personal suelen existir normas convencionales diferentes siendo frecuente el convenio de franja en este tipo de actividades, lo que contribuye aún más a esta dispersión de la que hablamos.

¹⁹ Este es, sin duda, uno de los debates actuales más apasionantes en el ámbito no sólo de la Sociología del Trabajo y de la Economía del Trabajo sino, particularmente, del Derecho del Trabajo, en la medida en que buena parte de las claves de la evolución de esta ciencia jurídica se vinculan directamente con las transformaciones tecnológicas en los medios de producción. Aunque la bibliografía sobre el tema es especialmente amplia en el campo de la sociología jurídica resultan particularmente interesantes desde nuestra óptica los siguientes estudios recogidos en la obra colectiva AA.VV.: *La automatización y el futuro del trabajo* (Diseño del trabajo y cualificación de los trabajadores), Ministerio de Trabajo, Madrid, 2ª ed. 1991; BUTERA, F.: “La automatización industrial y el futuro del trabajo obrero”, op. cit., págs. 33-58; DINA, A.: “Tecnología y trabajo. Precedentes históricos y problemas actuales”, op. cit., págs. 59-98; CILLARIO, L.: “El engaño de la flexibilidad. Elementos para una crítica de la ideología de la automatización flexible”, op. cit., págs. 185-200; ALFTHAN, T.: “Repercusiones de las nuevas tecnologías sobre las cualificaciones y la formación”, op. cit., págs. 201-238. Recientemente, y desde el ámbito de la economía, pueden verse las sugerentes propuestas de RIFKIN, J.: *La sociedad de coste marginal cero*, Paidós, Barcelona, 2014; MASON, P.: *Postcapitalismo. Hacia un nuevo futuro*, Paidós, Barcelona, 2016.

A pesar de esta dispersión, existe, sin embargo, una nota común dominante que se dará en la práctica totalidad de las actividades reguladas en relación con el perfil socio-profesional del trabajador afectado por la reglamentación y es que, por regla general -existen clarísimas excepciones²⁰- el trabajador al que van dirigidas las prescripciones en materia de jornadas especiales suele ser un trabajador manual, más cercano a la tradicional calificación de obrero que a la de empleado²¹. En cierto modo esto va a venir a justificar, en primer lugar, la exclusión “prima facie” de las relaciones laborales de carácter especial de la reglamentación de jornadas especiales, en la medida en que la preocupación del legislador parece ser un perfil de trabajador “típicamente asalariado” y centrado dentro del molde caracteriológico del art. 1.1 ET. En segundo lugar, estas apreciaciones sobre las categorías de trabajadores, en especial sobre aquéllos que parecen objeto mayoritario de preferencia normadora en el RDJE, van a venir a reforzar la idea de una regulación tuitiva o protectora de la salud y seguridad de estos trabajadores, particularmente de los más necesitados de protección que son, justamente, los menos cualificados. Baste recordar las alusiones del RDJE a las faenas con “los pies en agua o fango y en las de cava abierta” (art. 24 RDJE), o las labores en el interior de minas “en que el personal haya de realizar el trabajo completamente mojado desde el principio de la jornada” (art. 25 RDJE). Nos preguntamos si estos preceptos merecerían una puesta al día, o no, por parte del legislador, en la medida en que cuesta trabajo imaginar que las normas específicas de seguridad y salud en estos sectores productivos puedan permitir que trabaje en las condiciones de penosidad descritas por el RDJE.

En realidad esta cuestión de la clasificación de trabajadores según su cualificación no es más que un debate paralelo al que se produce respecto a la tendencia hacia una diversificación normativa que produce la desaparición del antiguo modelo único y común de contrato de trabajo como consecuencia de las innovaciones

²⁰ Constituidas por todas aquéllas categorías profesionales, particularmente afectadas por los supuestos de ampliación de jornadas, de altísima cualificación técnica, tales como pilotos y tripulantes oficiales técnicos de líneas aéreas, capitanes de marina mercante, operadores de radio y radar, etc.

²¹ Vid. MARTIN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO, F., GARCIA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., págs. 182-186, las diferentes clasificaciones que pueden realizarse de la figura del trabajador asalariado en función de criterios estrictamente sociales (obreros-empleados), de criterios de organización del trabajo en la empresa (categorías y grupos profesionales) o de criterios de tipo funcional (directivos, cuadros, mandos intermedios); igualmente, vid. PEREZ ESPINOSA, F.: “Organización del trabajo, sistema de clasificación en categorías y defensa de la profesionalidad del trabajador”, en AA.VV. *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón y Del Peso*, Madrid, 1980; DURAN LOPEZ, F.: *Los grupos profesionales en la prestación de trabajo: obreros y empleados*, Fundación March, Madrid, 1977; PEREZ AMOROS, F.: “El trabajador como sujeto del Derecho del Trabajo”, *Revista de Política Social*, n° 133, 1982; CRUZ VILLALON, J.: “Modificaciones tecnológicas, movilidad funcional y cambios laterales de categoría”, en AA.VV., *Movilidad del trabajo*, CEOE, Madrid, 1983; GONZALEZ DE LENA ALVAREZ, F.: “Clasificación profesional del trabajador”, *Actualidad Laboral*, n° 47, 1993.

tecnológicas, la modificación de la estructura productiva y las nuevas realidades empresariales y sociales²². En todo caso, y a los efectos prácticos que nos interesan, la reglamentación sobre jornadas especiales de trabajo se encontraría más próxima de un cierto tipo de trabajador manual (*blue collar*), aunque en algunos casos pueda poseer un alto grado de formación técnica, que de la figura típica del empleado o trabajador de administración u oficina (*white collar*), calificaciones laborales hoy en buena medida superadas, pero muy presentes en la época. La ausencia de reformas de la norma no le ha permitido responder a los retos de la regulación de la jornada de trabajo de los nuevos trabajadores tecnológicos, los uber-trabajadores, trabajadores en plataforma digital, y de aquellos trabajadores que están permanente deslocalizados pero, a su vez, constatemente *conectados* y activos. Habría sido interesante ver una respuesta del legislador a estas nuevas realidades, respuesta que, obviamente, no era posible en 1995.

Finalmente, el hecho de que el art. 1.3 de la Directiva 2003/88, que no ha sido transpuesto por el RDJE, sino a través de los RD que han regulado el trabajo en el transporte por carretera, ferrocarril, trabajo en el mar y aviación civil, haya incluido en su ámbito de aplicación a todos los sectores privados y públicos de actividad, estaría indicando al legislador, desde hace ya más de una década, un posible nuevo escenario de aplicación para el RDJE dentro de las Administraciones Públicas. Nos referimos, por ejemplo al trabajo en los sistemas de salud público, o al trabajo en

²² Este debate de principio de los 90 dio lugar a múltiples intervenciones de Manuel Ramón Alarcón en foros, seminarios y congresos posicionándose frontalmente contra los modelos desregulatorios de reforma laboral que comenzaban a aplicarse en España de la mano de una nueva política económica que él tachó de abiertamente liberal. De esa época son algunos artículos que vinieron a advertirnos de cómo estaba evolucionando el Derecho del Trabajo ante estas realidades. Cfr. RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: “Contratación temporal y nuevas fórmulas de empleo”, *Relaciones Laborales*, n° 7-8, 1989, págs. 1 y ss., la diversificación del Derecho del Trabajo supone la fragmentación de fórmulas de contratación laboral y la crisis de la consideración del trabajo por cuenta ajena y subordinado como un área homogénea y tendencialmente uniforme, tendencia ésta que no tiene carácter transitorio o conyuntural ante circunstancias excepcionales sino que, al contrario, responde a cambios profundos y con vocación de permanencia. A estas tendencias, MONEREO PEREZ, J.L.: Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del trabajo, op. cit., pág. 101, añadirá la aparición de una negociación colectiva más descentralizada, donde destaca un cierto auge del convenio colectivo de ámbito empresarial que puede actuar como un instrumento útil para incidir en este fenómeno de diversificación normativa. Abundando en este debate vid. las interesantes aportaciones de RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: “La huida del Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, n° 12, 1992, pág. 4; CORDOVA, E.: “Las relaciones de trabajo atípicas”, *Relaciones Laborales*, 1986-I, págs. 253 y ss.; GARCIA MURCIA, J.: “El trabajo atípico en la jurisprudencia reciente: notas más destacadas”, *Relaciones Laborales*, n° 7-8, 1989; D’ANTONA, M.: “Politiche di flessibilità e mutamenti del Diritto del Lavoro. Italia e Spagna, ESI, Napoli, 1990; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: “Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral”, en AA.VV., *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, homenaje al prof. Alonso Olea, Madrid, 1990.

los medios de comunicación públicos –radio y televisión–. A pesar de los pronunciamientos habidos por parte del TJUE²³, no existe, más allá de su marco convencional específico, un plano regulatorio de orden reglamentario o legal que aporte la necesaria seguridad jurídica a la jornada de trabajo de estos profesionales.

Sin duda alguna, Manuel Ramón Alarcón habría calificado al RDJE de vetusta norma inadaptada a las realidades sociales y laborales de hoy. Su corte normativo sigue un esquema regulatorio clásico y poco flexible. No es comprensible que una norma sobre jornadas especiales de trabajo haya tenido tan sólo puntuales reformas impuestas todas ellas desde el Derecho de la Unión Europea, sin que el legislador nacional, condenado en recurso de incumplimiento en 2010 por el TJUE, haya mostrado la menor iniciativa en su más que necesaria reforma.

²³ Vid. STJUE de 3 de octubre de 2000, asunto C-303/98, SIMAP

MOVILIDAD FUNCIONAL Y PODERES ORGANIZATIVOS DEL EMPRESARIO

FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Acreditado a Catedrático de Universidad
Universidad Pompeu Fabra

ÍNDICE

- 1.- EL DISCURSO CRÍTICO A LA FLEXIBILIDAD EN EL SENO DE LA RELACIÓN LABORAL
- 2.- EL PODER DE DIRECCIÓN ORDINARIO DEL EMPRESARIO COMO MECANISMO DE ESPECIFICACIÓN DE LA PRESTACIÓN DEBIDA
- 3.- EL “IUS VARIANDI” EMPRESARIAL COMO MECANISMO EXTRAORDINARIO DE MODIFICACIÓN DE LA PRESTACIÓN DEBIDA
- 4.- LA NOVACIÓN MODIFICATIVA Y LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL FUNCIONAL COMO MECANISMOS EXCEPCIONALES DE MODIFICACIÓN DE LA PRESTACIÓN DEBIDA
- 5.- LOS LÍMITES A LOS PODERES EMPRESARIALES DE ESPECIFICACIÓN Y DE MODIFICACIÓN
- 6.- UNA DEFINICIÓN COMPRENSIVA DE MOVILIDAD FUNCIONAL

1. EL DISCURSO CRÍTICO A LA FLEXIBILIDAD EN EL SENO DE LA RELACIÓN LABORAL

“Si la flexibilización ha sido en los últimos años el principal caballo de batalla del iuslaboralista y, más ampliamente, del enfrentamiento político-social en España y en toda Europa, no es dudoso que uno de los aspectos más incisivos de la flexibilización es el referido a la propia prestación laboral del trabajador: la movilidad funcional”¹. Con estas palabras el profesor Alarcón (Manuel Ramón como quería que lo llamásemos), iniciaba el prólogo de la tesis doctoral que bajo el título: “La movilidad funcional del trabajador en la empresa”, tuvo a bien dirigirme durante los años 1993 a 1997.

La flexibilidad en las relaciones laborales, fue un tema presente en su obra, y siempre lo abordó desde la más severa crítica. Él puso de manifiesto como las recientes reformas legislativas habían profundizado en la llamada flexibilidad interna de las empresas, descompensando el equilibrio contractual en el seno de las relaciones laborales a favor del empresario². Resulta significativa su afirmación: “cuando la elevación de la productividad se pretende conseguir no a través del desarrollo tecnológico sino mediante la ampliación del margen de maniobra de las empresas en la utilización de los recursos humanos para la consecución de sus fines productivos, estamos ante lo que se ha dado en denominar flexibilidad del mercado de trabajo, operación que consistente en eliminar o suavizar determinadas cortapisas legales previamente existentes, con la finalidad de ampliar aquel margen de maniobra empresarial”³.

Como él apuntó⁴, la esencia del problema en el debate de la flexibilidad es que en torno a ella se juega con una contradicción de intereses que no es coyuntural, sino estructural, y por tanto permanente. Este conflicto, aplicado a la relación individual de trabajo, se manifiesta en que mientras el empresario estará siempre interesado en obtener un máximo de flexibilidad en la gestión de los recursos humanos para así optimizar sus beneficios, por el contrario al trabajador (que depende de su salario como medio de subsistencia) le interesará un máximo de con-

¹ ALARCÓN CARACUEL, M.R., prólogo a la obra: *La movilidad funcional del trabajador en la empresa*, ed. CES, Madrid, 1998, pág. 13 y ss.

² ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La alteración de las condiciones de trabajo inicialmente pactadas: diversos instrumentos legales tras la reforma laboral de 2012”, en AA.VV. *La flexibilidad interna y los despidos colectivos en el sistema español de relaciones laborales*, ed. Huygens, Barcelona, 2015, pág. 44 y ss.

³ Cfr. ALARCÓN CARACUEL, M.R., “El fomento de la contratación indefinida y la facilitación del despido”, en AA.VV. *Las Reformas Laborales de 1997*, ed. Aranzadi, Navarra, 1998, pág. 30 y ss.

⁴ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Duración del contrato, jornada y salario”, en AA.VV. *La reforma laboral de 1994*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 162 y ss.

tinuidad y seguridad jurídica en su relación laboral, le interesará que ésta tenga una duración indefinida, una jornada de trabajo estable y a tiempo completo, y una remuneración garantizada o con elementos de incertidumbre limitados al máximo. De ahí que no quepa olvidar algo tan esencial como que la flexibilidad es algo que interesa básicamente a los empresarios y no a los trabajadores.

Sin embargo en este punto él insistía en que los poderes públicos no podían mantenerse al margen de este conflicto, sino que habían de intervenir siempre teniendo en cuenta nuestro marco constitucional, que reconoce a España como un Estado social y democrático de Derecho. Y concluía afirmando: “las medidas flexibilizadoras deberán someterse al canon de compatibilidad establecido en principios constitucionales y los poderes públicos no deberán adoptarlas cuando contribuyan a convertir el Derecho del Trabajo en un ordenamiento acentuador de las desigualdades en lugar de compensador de las mismas”⁵.

A su juicio, cualquier línea de razonamiento que intentara justificar la flexibilización interna de la relación laboral como condición necesaria para la animación del mercado de trabajo, si se lleva a sus últimas consecuencias: “significa pura y simplemente la desaparición del Derecho del Trabajo como rama del ordenamiento que nace y perdura con la voluntad explícita de introducir mecanismos de corrección a la lógica descarnada de la ley de la oferta y la demanda”⁶. Resultaba por tanto muy contundente al afirmar que la flexibilidad es una exigencia que con vendría controlar y dominar evitando que se traduzca en un empeoramiento de las condiciones de vida y de trabajo de muchas personas⁷.

Preocupado por la flexibilidad descarnada en el seno de las relaciones laborales, se interesó por clarificar conceptualmente ciertas instituciones como es la de la movilidad funcional (prevista en el artículo 39 del ET)⁸. Y ante la confusa interpretación legal de esta materia, se propuso reconstruir la misma mediante interpretaciones garantistas que siempre estuvieron presentes en su obra, y a cuyo estudio dedicaré las siguientes páginas con el ánimo de ofrecer la que fuera su definición de movilidad funcional.

⁵ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Duración del contrato, jornada y salario”, ob. cit. pág. 164 y ss.

⁶ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Fomento y defensa del empleo y ordenación del tiempo de trabajo”, en AA.VV. *La flexibilidad laboral en España*, ed. Instituto de Relaciones Laborales, Zaragoza, 1993, pág. 439 y ss.

⁷ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Formas de reordenación y reducción del tiempo de trabajo, *Economía y Sociología del Trabajo* n° 15/16, 1992, pág. 22 y ss.

⁸ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, en AA.VV. *Nuevo marco de relaciones laborales*, ed. Instituto de Estudios Laborales, Barcelona, 1995, pág. 127 y ss.

2. EL PODER DE DIRECCIÓN ORDINARIO DEL EMPRESARIO COMO MECANISMO DE ESPECIFICACIÓN DE LA PRESTACIÓN DEBIDA

Él era plenamente consciente que para delimitar la prestación laboral objeto del contrato de trabajo resultaba imprescindible acudir a la teoría general de los contratos, y más específicamente a la regulación supletoria contenida en el artículo 1273 del Código Civil. Pero como muy bien apuntó⁹: la exigencia de determinación del objeto del contrato (prevista en dicho precepto) presenta algunas dificultades en el caso del contrato de trabajo cuando hablamos de la prestación debida por el trabajador, y es que, consistiendo ésta en una deuda de actividad, resulta siempre más difícil de delimitar que si se tratara de una deuda de resultado.

La obligación que contrae el trabajador es la de poner su actividad laboral a disposición del empresario, que irá especificando el contenido concreto de dicha actividad a lo largo de la vida de la relación laboral, a través de su poder de dirección ordinario. Por tanto, como consecuencia del poder de dirección ordinario, el empresario solamente especifica la prestación debida por el trabajador, pero no la altera, sino que únicamente exige el cumplimiento de la obligación contractual de una determinada manera. Estaríamos ante lo que él dio en llamar: “la movilidad funcional ordinaria”, prevista en el artículo 39.1 del ET, y que, desde el punto de vista de la trayectoria descrita por las funciones, sería una movilidad horizontal.

El principal problema es el de determinar el ámbito funcional en que se circunscribe esta movilidad funcional ordinaria, y es que el legislador de 2012 suprimió las categorías profesionales (tradicional ámbito delimitador de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo), sustituyéndolas por el grupo profesional, y dejando en manos del empresario un amplio margen para su concreción a lo largo de la vida del contrato, mediante la citada movilidad funcional ordinaria.

Ciertamente, el marco de actuación de la movilidad funcional ordinaria como consecuencia del poder de dirección ordinario del empresario es el grupo profesional (pese a que no se haga referencia explícita a él en el artículo 39.1 del ET). Así se desprende del artículo 22.4 del ET, cuando afirma que mediante acuerdo entre el trabajador y el empresario se asignará al trabajador un grupo profesional y se establecerá como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente de alguna de ellas. Y a la misma conclusión se llega también tras una interpretación “sensu contrario” de los apartados primero y segundo del artículo 39 del ET (al permitir éste último el desempeño de funciones tanto supe-

⁹ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, ob. cit. pág. 129 y ss.

riores como inferiores “no correspondientes al grupo profesional”, y por tanto, pertenecientes a otros grupos profesionales)¹⁰.

El grupo profesional se define por el artículo 22.2 del ET como “el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación”. En esta definición, el elemento clave de carácter objetivo (por estar dotado de valor autosuficiente) es el “contenido general de la prestación”, cuya “particularización” o “especificación” es facultad del empresario en el uso de su poder de dirección ordinario, y a ese elemento se le añaden otros factores instrumentales de carácter subjetivo: las aptitudes y titulaciones del trabajador¹¹. En cualquier caso, el grupo profesional “podrá incluir distintas tareas, funciones, especialidades o responsabilidades asignadas al trabajador”, y es el empresario quien puede asignarle esas responsabilidades, lo que le permite a su vez diseñar “a priori” unos grupos profesionales que pueden no responder estrictamente a factores objetivos¹².

Él insistía en que la extrema amplitud del concepto de grupo profesional, impide que el mismo pueda constituir un instrumento adecuado para servir de elemento de identificación de la prestación debida por el trabajador, más aún si con el término grupo profesional se pretende aludir a los cinco grupos tradicionales (directivos, técnicos, administrativos, obreros y subalternos)¹³. Esta definición tan amplia del grupo profesional, deja en manos del empresario un gran margen para alterar las prestaciones concretas debidas por sus trabajadores, sin que ello pueda considerarse formalmente una modificación de las condiciones de trabajo, puesto que todo está previsto ya “ab initio” en el contrato de trabajo, y “conduce, desde el punto de vista material, a una gran indeterminación del objeto del contrato, y por ende a un ampliación enorme del poder del empresario para modificar en cualquier momento las concretas prestaciones que debe llevar a cabo cada trabajador, que podrán cambiar mucho habida cuenta de la gran variedad de funciones, tareas (y hasta especialidades profesionales) que habitualmente están comprendidas dentro de un grupo profesional”¹⁴.

¹⁰ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La alteración de las condiciones de trabajo inicialmente pactadas: diversos instrumentos legales tras la reforma laboral de 2012”, ob. cit., pág. 47 y ss.

¹¹ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, ob. cit., pág. 137 y ss.

¹² ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La alteración de las condiciones de trabajo inicialmente pactadas: diversos instrumentos legales tras la reforma laboral de 2012”, ob. cit. pág. 46 y ss.

¹³ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, ob. cit., pág. 134 y ss.

¹⁴ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La alteración de las condiciones de trabajo inicialmente pactadas: diversos instrumentos legales tras la reforma laboral de 2012”, ob. cit. pág. 47 y ss.

En su afán de poner límites a esta indeterminación, apuntó que cabía entender que la movilidad funcional ordinaria se ejercitaría exclusivamente dentro del grupo profesional y, a lo sumo, entre funciones, tareas o especialidades que fuesen equivalentes entre sí, y ello porque es una movilidad horizontal¹⁵, por oposición a la extraordinaria o “vertical” que se produce entre grupos profesionales diferentes y presuntamente jerarquizados entre sí. Y la movilidad funcional ordinaria sería mayor o menor según fuera más o menos amplio el elenco de funciones encomendadas al grupo profesional.

Pero en cualquier caso, y como él indicara: “la movilidad funcional ordinaria no supone alteración del objeto del contrato: nos mantenemos dentro del trabajo convenido, identificado por su pertenencia al grupo profesional”¹⁶. Por eso, dar al trabajador una orden que implica una movilidad funcional ordinaria (dentro del grupo profesional), se conceptúa como una facultad del empresario incluida dentro de su poder de dirección como el mismo viene definido por el artículo 20.1 del ET. Como tal, se trata de un tipo de movilidad funcional que se ejercita sin más limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercitar la prestación laboral y con respeto a la dignidad del trabajador (artículo 39.1 del ET), y es un tipo de movilidad que no debe sujetarse a ningún tipo de justificación causal ni temporal.

3. EL “IUS VARIANDI” EMPRESARIAL COMO MECANISMO EXTRAORDINARIO DE MODIFICACIÓN DE LA PRESTACIÓN DEBIDA

También era plenamente consciente que para delimitar el poder empresarial de modificación de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo, resultaba imprescindible acudir a un principio fundamental del Derecho común de la contratación consagrado en el artículo 1256 del Código Civil, conforme al cual: “la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”, de donde se deriva que una de las partes no puede unilateralmente alterar el objeto del contrato, pues eso sería tanto como permitir su incumplimiento total o parcial. Sin embargo, reconocía que en el ámbito del contrato de trabajo las cosas suceden de muy distinta manera.

La legislación laboral contiene una serie de normas que permiten a una de las partes (concretamente al empresario), alterar el contenido de las prestaciones ini-

¹⁵ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, ob. cit., pág. 143 y ss.

¹⁶ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La alteración de las condiciones de trabajo inicialmente pactadas: diversos instrumentos legales tras la reforma laboral de 2012”, ob. cit., pág. 47 y ss.

cialmente debidas por él mismo, y también las debidas por el trabajador de acuerdo con el contrato inicialmente pactado, y en muchos casos el cambio lo puede decidir unilateralmente el empresario imponiéndoselo al trabajador. En base a ello concluyó de manera muy acertada: “Esta posibilidad de cambio del contenido de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato por la voluntad unilateral de uno de los contratantes es una auténtica excepción al principio general antes enunciado y debería ser interpretada restrictivamente o, al menos, ser tratada con menos ligereza que la habitual”¹⁷. Esa interpretación restrictiva, guió su trabajo a la hora de abordar el poder extraordinario de variación (o “*ius variandi*”) del empresario.

La movilidad funcional extraordinaria, en el ejercicio del “*ius variandi*” empresarial, aparece regulada en el apartado segundo del artículo 39 del ET, del que se desprende que: a diferencia de la movilidad funcional ordinaria (que es horizontal), ésta es una movilidad vertical (bien en sentido ascendente, bien en sentido descendente) por la que el empresario puede exigir al trabajador el desempeño de funciones correspondientes a un grupo profesional superior o inferior al inicialmente contratado. Y a diferencia de la movilidad funcional ordinaria, se trataría de una facultad del empresario que le permite modificar la prestación debida por el trabajador con carácter extraordinario y provisional, de ahí que el ordenamiento jurídico sí que sujete dicha decisión a limitaciones causales y temporales¹⁸.

Por lo que se refiere a la justificación causal el legislador exige la presencia de “razones técnicas u organizativas”, limitándose a decir que el empresario deberá simplemente comunicarlas a los representantes de los trabajadores pero sin establecer ningún deber de negociación, ni ninguna posibilidad de control por parte de dichos representantes, con lo que, como él afirmaba: se acaba convirtiendo en un mero trámite que en nada hace palidecer el carácter estrictamente unilateral de la decisión empresarial, y ello sin perjuicio de un ulterior control judicial si el trabajador considera injustificada la orden (vía proceso ordinario o proceso de tutela de derechos fundamentales si la orden fuera discriminatoria o atentara a algún derecho fundamental), que tampoco contradice el carácter unilateral, y no acordado, de este tipo de decisiones empresariales¹⁹.

Por lo que se refiere a la limitación temporal, es importante subrayar, como así hacía él, que la movilidad funcional extraordinaria como consecuencia del “*ius va-*

¹⁷ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La alteración de las condiciones de trabajo inicialmente pactadas: diversos instrumentos legales tras la reforma laboral de 2012”, ob. cit. pág. 44 y ss.

¹⁸ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, ob. cit. pág. 129 y ss.

¹⁹ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La alteración de las condiciones de trabajo inicialmente pactadas: diversos instrumentos legales tras la reforma laboral de 2012”, ob. cit., pág. 48 y ss.

riandi” empresarial, tiene que ser necesariamente temporal, al ser el carácter provisional y no definitivo, un rasgo definitorio de esta movilidad. Y en esto se distingue de la modificación sustancial funcional prevista en los artículos 39.4 y 41.1.f) del ET, que sí tiene carácter permanente²⁰. La orden de movilidad funcional extraordinaria durará “el tiempo imprescindible”, resultando éste un concepto exigible a ambos tipos de movilidad extraordinaria (tanto la ascendente, como la descendente), si bien en la movilidad ascendente aparece junto con otros módulos temporales cuyo traspaso genera otras consecuencias jurídicas. En cualquier caso, como él apuntara: el límite está formulado en términos muy suaves dado que es el empresario el único que tiene el control sobre cuál es ese tiempo imprescindible para atender a unas necesidades técnicas u organizativas que él mismo ha considerado pertinentes, con el riesgo que ello supone²¹.

Por lo que se refiere a la movilidad funcional descendente (o “*ius variandi in peius*”), ésta se producirá cuando se ordene al trabajador un cambio de funciones correspondientes a un grupo profesional inferior. Desde el punto de vista causal, la movilidad extraordinaria descendente debe estar justificada “por razones técnicas u organizativas”, y a partir de la reforma laboral de 2012, ya no se va exigir, como preveía la anterior regulación, la existencia de “necesidades perentorias e imprevisibles de la actividad productiva”, lo que, en definitiva, supone una ampliación de los poderes empresariales a la hora de exigir este cambio de funciones y una dificultad de su control judicial²². Y por lo que se refiere a la movilidad extraordinaria ascendente, ésta se producirá cuando se ordene al trabajador el desempeño de funciones correspondientes a un grupo profesional superior. En este caso, el legislador recoge dos figuras bien delimitadas: el “*ius variandi in melius*”, y la promoción obligatoria²³.

El “*ius variandi in melius*” se configura como una manifestación más del poder empresarial de variación por lo que quedaría sujeto a los límites temporales y causales del propio artículo 39.2 ET. De este modo, la decisión de movilidad ascendente solo sería posible si mediasen razones técnicas u organizativas que la justificaran y únicamente cabría efectuarla por el tiempo imprescindible, sin que en ningún caso pudiese exceder de seis meses en un año o de ocho meses en dos años (sin precisar el legislador si esos períodos han de ser o no ininterrumpidos).

²⁰ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, ob. cit. pág. 143 y ss.

²¹ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La alteración de las condiciones de trabajo inicialmente pactadas: diversos instrumentos legales tras la reforma laboral de 2012”, ob. cit. pág. 48 y ss.

²² ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La alteración de las condiciones de trabajo inicialmente pactadas: diversos instrumentos legales tras la reforma laboral de 2012”, ob. cit. pág. 49 y ss.

²³ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, ob. cit. pág. 132 y ss.

La promoción obligatoria, por el contrario, es un tipo de novación modificativa “impropia” por la que la prestación laboral puede alterarse con carácter definitivo, pero en la que el acuerdo de voluntades se sustituye por la concurrencia de un dato objetivo como es el transcurso de los períodos de tiempo antes mencionados y tras los cuales el trabajador tendrá derecho a reclamar el ascenso. Dado que éste se concibe como la realización del derecho a la “promoción profesional” que todo trabajador tiene reconocido (artículo 35.1 de la CE y artículo 4.2.b) del ET), su configuración jurídica se aleja del carácter inusual o incluso excepcional de la novación modificativa para recibir el tratamiento de una institución jurídica laboral normal y, como tal, sometida a reglas objetivas en virtud de las cuales, producidas determinadas circunstancias, el empresario estará obligado a ofrecer al trabajador un ascenso que éste, en la mayoría de los casos aceptará, si bien no está obligado a hacerlo²⁴.

Ahora bien: “el ascenso, como tal, no crea problemas: los crea el “no ascenso”, esto es, el incumplimiento por parte del empresario de sus deberes en materia de promoción profesional, no ofreciendo el ascenso debido o bien ofertándolo a un trabajador en lugar de a otro con mejor derecho al mismo”²⁵. Dado que ese derecho al ascenso puede entrar en colisión con las reglas generales sobre ascenso aplicables en la empresa, el trabajador podrá exigir (aunque es poco probable que lo haga) la cobertura de la vacante conforme a esas reglas, y aunque nada diga el precepto, hay que entender que un trabajador tercero interesado también puede exigir dicha cobertura definitiva de la vacante en cuestión”²⁶.

Esta reclamación del ascenso por parte del trabajador que ha realizado funciones superiores a las del grupo profesional por un período de tiempo superior a seis meses durante un año u ocho meses durante dos años (y a la que se podrá acumular la acción para reclamar las diferencias salariales a que se tuviera derecho), configuraría el ámbito material de una modalidad procesal prevista en el artículo 137 de la LRJS, ámbito material restrictivo del objeto procesal en el que él insistió reiteradamente, por lo que el resto de pretensiones clasificatorias se canalizarían con arreglo al proceso ordinario u otras modalidades procesales²⁷.

²⁴ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, ob. cit. pág. 132 y ss.

²⁵ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, ob. cit. pág. 132 y ss.

²⁶ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, ob. cit. pág. 144 y ss.

²⁷ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Los procesos especiales de clasificación profesional y conflictos colectivos en la LPL de 1980 y normas concordantes”, *Revista de Política Social* n° 137, 1983, pág. 67 y ss.

4. LA NOVACIÓN MODIFICATIVA Y LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL FUNCIONAL COMO MECANISMOS EXCEPCIONALES DE MODIFICACIÓN DE LA PRESTACIÓN DEBIDA

Cualquier cambio de funciones a grupos profesionales inferiores o superiores con vocación de permanencia, solo podrá hacerse a través de dos mecanismos: mediante acuerdo entre las partes (a través de la novación modificativa), o por el procedimiento previsto en el artículo 41 del ET, a través de una modificación sustancial funcional. Ambas figuras aparecen reguladas en el artículo 39.4 del ET, y lo que las identifica es que con ellas se pretende que el cambio de funciones se produzca no con carácter temporal, sino con carácter definitivo.

La novación modificativa sería en sí misma una operación excepcional y en principio imprevista. A través de ella, trabajador y empresario pueden decidir, de común acuerdo, cambiar el objeto del contrato de trabajo, siendo ello posible tanto en sentido ascendente como descendente, o incluso pactando un grupo profesional distinto. A su juicio, en la medida en que se requiere el consentimiento de ambas partes, la novación modificativa no crea problemas, si bien es posible que su aparición se deba precisamente a la existencia de determinados problemas económicos u organizativos de la empresa, o bien por una inadaptación o ineptitud sobrevenida del trabajador, que se soluciona mediante el recurso a la novación modificativa, excluyendo la vía más traumática de la extinción del contrato de trabajo²⁸.

Por lo que se refiere a la modificación sustancial funcional, es aquella facultad excepcional que tiene el empresario de modificar la prestación debida por el trabajador con carácter definitivo (el que se hable de modificación “sustancial” se debe precisamente a su carácter definitivo), acudiendo para ello al procedimiento legal previsto por el artículo 41 del ET. Como él insistió: se trata de una facultad “exorbitante” en relación con el poder de dirección ordinario del empresario, y por esta razón ha de estar específicamente regulada por el legislador que: a) la condiciona a la concurrencia de determinadas causas; b) determina los efectos que sobre los derechos del trabajador puede tener el ejercicio de esta facultad por parte del empresario; y c) la somete a ciertos procedimientos limitativos del carácter unilateral de dicha facultad²⁹.

En cualquier caso, al remitir el artículo 39.4 del ET el sometimiento de tal decisión empresarial a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de

²⁸ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, ob. cit. pág. 132 y ss.

²⁹ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, ob. cit. pág. 143 y ss.

condiciones de trabajo “o a las que a tal fin se hubieran establecido en convenio colectivo”, no resuelve el legislador un espinoso problema, cual es si las reglas de este artículo 41 del ET pueden ser completamente sustituidas por otras diferentes, a modo de dispositivización del procedimiento por la autonomía colectiva³⁰. Ante esta cuestión él acabó concluyendo que no había ninguna razón para considerar el artículo 41.4 del ET como una norma de carácter imperativo absoluto, sino que, como la mayoría de las normas laborales, se trataría de una norma de carácter imperativo relativo, es decir, que permitiría una regulación convencional más favorable para el trabajador que la establecida en la propia norma. Y desde esta perspectiva no habría inconveniente en que el convenio colectivo exigiera el acuerdo entre empresario y trabajador en los casos de modificación sustancial funcional, al resultar éste más favorable para los trabajadores, que permitir la medida modificativa por decisión unilateral del empresario³¹.

5. LOS LÍMITES A LOS PODERES EMPRESARIALES DE ESPECIFICACIÓN Y DE MODIFICACIÓN

La movilidad funcional también es una figura que se encuentra sujeta a límites, y en este punto él ya advirtió que se trataba de reglas reguladoras de los efectos tanto de la movilidad funcional ordinaria (como consecuencia del ejercicio del poder de dirección ordinario empresarial), como de la movilidad funcional extraordinaria (consecuencia del “ius variandi”)³². Dichos límites se hallan previstos en los apartados primero y principalmente en el tercero del artículo 39 del ET.

Por lo que se refiere al respeto a la dignidad del trabajador, pese a su ubicación en el apartado primero del artículo 39 del ET, también es aplicable a los supuestos de movilidad funcional extraordinaria previstos en el apartado segundo de dicho precepto. Sin embargo, la reforma legislativa de 2012 suprimió uno de los límites que tradicionalmente operaba en la movilidad funcional como era el no causar perjuicio a la formación y a la promoción profesional, y él ya nos alertó de dichas consecuencias al afirmar que con ello se producía un desplazamiento claro hacia la defensa del empresario en detrimento de la salvaguarda de ese patrimonio del trabajador, que es su profesionalidad³³.

³⁰ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, ob. cit. pág. 143 y ss.

³¹ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La alteración de las condiciones de trabajo inicialmente pactadas: diversos instrumentos legales tras la reforma laboral de 2012”, ob. cit. pág. 58 y ss.

³² ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, ob. cit. pág. 143 y ss.

³³ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La alteración de las condiciones de trabajo inicialmente pactadas: diversos instrumentos legales tras la reforma laboral de 2012”, ob. cit. pág. 48 y ss.

Por lo que se refiere a la garantía retributiva, ésta se fundamenta en el principio de equivalencia económica entre las dos prestaciones contractuales, y se plasma legalmente de la siguiente manera: “el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice”. Pero siendo esta la regla general, el legislador especifica: “salvo en el caso de encomienda de funciones inferiores en los que mantendrá su retribución de origen” (artículo 39.3 párrafo primero del ET). En este punto él efectuó dos precisiones de especial interés: en primer lugar que el mantenimiento de la retribución de origen, había que entenderlo así, salvo que dicha retribución de origen fuera inferior, lo que no era imposible que sucediera³⁴. Y en segundo lugar, que el problema retributivo se puede plantear precisamente en relación con la movilidad funcional ordinaria, en la que, al tener lugar dentro de un mismo grupo profesional, quizá no se pueda concluir que una función es inferior o superior a la otra, sino que se las pueda considerar iguales y retribuidas incluso con idéntico nivel salarial, pese a lo cual no es infrecuente que la función anteriormente realizada por el trabajador disfrute de algún complemento salarial variable que no tenga asignado la nueva función, y que podría discutirse su conservación³⁵.

Por lo que se refiere a la imposibilidad del despido, el párrafo segundo del artículo 39.3 del ET señala que: “No cabrá invocar como causa de despido objetivo la ineptitud sobrevenida o la falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional”. Como precisara acertadamente: “Esa inmunidad protege al trabajador tanto en caso de movilidad ordinaria como extraordinaria, pues donde no distingue el legislador no debe el interprete distinguir”³⁶. Y aunque podría argumentarse que en la movilidad funcional ordinaria estamos dentro del “trabajo convenido”, y por tanto sí cabría ese tipo de despido objetivo del trabajador por ineptitud sobrevenida o inadaptación al nuevo puesto de trabajo, a ello se opuso afirmando que el legislador había tomado como punto de referencia las funciones “habituales”, y no todas las que se integren en el grupo profesional al que pertenezca el trabajador, por lo que la imposibilidad del despido también sería esgrimible en la movilidad ordinaria, aunque hubiera sido conveniente que el legislador aclarase este importante extremo³⁷.

³⁴ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, ob. cit. pág. 144 y ss.

³⁵ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La alteración de las condiciones de trabajo inicialmente pactadas: diversos instrumentos legales tras la reforma laboral de 2012”, ob. cit. pág. 48 y ss.

³⁶ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La alteración de las condiciones de trabajo inicialmente pactadas: diversos instrumentos legales tras la reforma laboral de 2012”, ob. cit. pág. 49 y ss.

³⁷ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La alteración de las condiciones de trabajo inicialmente pactadas: diversos instrumentos legales tras la reforma laboral de 2012”, ob. cit. pág. 49 y ss.

6. UNA DEFINICIÓN COMPRENSIVA DE MOVILIDAD FUNCIONAL

Llegados a este punto, y como él resumiera de manera muy acertada, podemos concluir que la movilidad funcional en sentido amplio tiene cinco manifestaciones. Pero, prescindiendo de aquéllas que tienen una naturaleza consensual y que no son específicamente problemáticas (los ascensos y las novaciones modificativas), la triada básica derivada de poderes empresariales unilaterales, sería ésta: cambios funcionales en el ejercicio del poder de dirección ordinario del empresario (movilidad funcional en sentido estricto u ordinaria); cambios funcionales provisionales en el ejercicio de una facultad extraordinaria del empresario que es el “*ius variandi*” (movilidad funcional extraordinaria); y cambios funcionales definitivos (y, por ello mismo, sustanciales), en virtud de una facultad empresarial que, más que extraordinaria, deberíamos de considerar verdaderamente excepcional: la de proceder, con determinados requisitos, a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de sus trabajadores. Se trata de una terminología (así como la elaboración conceptual que le sirve de base) no aceptada unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia³⁸, en las que se puede encontrar una gran variedad de propuestas que no es el caso analizar aquí.

De su obra se desprende, por tanto, una definición compresiva de movilidad funcional, que asumí en mi tesis doctoral, y que sería la siguiente: por movilidad funcional cabe entender aquella alteración producida en la prestación debida por el trabajador en base a su contrato de trabajo, alteración que puede producirse mediante tres mecanismos jurídicos: en primer lugar, como consecuencia de la especificación empresarial del trabajo convenido a través del poder de dirección ordinario; en segundo lugar, como consecuencia de su variación unilateral por parte del empresario, y ello bien con carácter temporal y extraordinario a través del “*ius variandi*”, o bien con carácter definitivo y excepcional, a través de la modificación sustancial de condiciones de trabajo; y en tercer lugar sería aquella alteración producida como consecuencia de la novación modificativa, por la que ambas partes acuerdan cambiar el objeto del contrato de trabajo.

Manuel Ramón finalizaba el prólogo de aquella tesis doctoral, señalando que para él supuso una enorme satisfacción haber dirigido el trabajo de un ensayista de gran solvencia, y un honor el prologarlo. Pero lo cierto es que no hay mayor satisfacción, ni mayor honor, que haber sido su discípulo. Me gustaría que estas pá-

³⁸ A su juicio, el “*ius variandi*” empresarial, no era un género del que emanarían todas las manifestaciones de la movilidad funcional, y por ello insistió en que la jurisprudencia había acuñado un concepto de “*ius variandi*”, incorrecto, al identificar con el mismo a la movilidad funcional en sentido amplio. ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La clasificación profesional y la movilidad funcional”, ob. cit. pág. 133 y ss.

ginas sirvieran de reconocimiento a la figura y a la labor de un maestro que supo sembrar la ilusión por el Derecho del Trabajo y por la vida académica en muchos de nosotros, y a quien siempre agradeceremos su enorme generosidad.

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA COMO FUNDAMENTO DE LA DESOBEDIENCIA DEL TRABAJADOR

JUAN MANUEL MORENO DÍAZ

*Doctor en Derecho. Profesor de la Escuela Universitaria de
Osuna
Universidad de Sevilla*

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. CONCEPTO Y MANIFESTACIONES DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA
 - 2.1. EL CONCEPTO DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA
 - 2.2. LAS MANIFESTACIONES DEL DERECHO DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA
 - 2.2.1. DERECHO COMPARADO
 - 2.2.2. MANIFESTACIONES DEL DERECHO DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN ESPAÑA
3. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LAS PRESTACIONES DE SERVICIOS
 - 3.1. LABORALES
 - 3.1.1. CONTEXTO DE DESENVOLVIMIENTO
 - 3.1.2. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y PODERES DEL EMPRESARIO
 - 3.2. EMPLEO PÚBLICO
 - 3.2.1. LOS INTERESES AFECTADOS: EL INTERÉS PÚBLICO Y EL INTERÉS DE LOS USUARIOS DEL SERVICIO
4. EL DERECHO DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA COMO FUNDAMENTO DE LA DESOBEDIENCIA DEL TRABAJADOR: CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

El punto de partida de este razonamiento en torno a la desobediencia del trabajador a las órdenes del empresario y al fundamento de la objeción de conciencia (como principal manifestación de las instituciones de desobediencia) como base de la desobediencia del trabajador, tiene un escenario definido: los problemas de conciencia del trabajador.

A este respecto, habrá que analizar el derecho de objeción de conciencia contenido en nuestra Constitución, referido en principio al servicio militar, y cuyos efectos habría que ver si pueden extrapolarse fuera de dicho contexto a las relaciones laborales y prestaciones de servicios, en general.

En este sentido, han sido numerosas y variadas en el Derecho Comparado las manifestaciones de la objeción de conciencia, fundamentalmente, en Estados Unidos: desde la desobediencia fiscal hasta la negativa a formar parte de un jurado, pasando por la que va a ser analizada en este artículo: la negativa del trabajador a obedecer las órdenes del empresario por razones de conciencia. Por el contrario, en nuestro Derecho no han sido muy numerosos los casos en que se han dado estas negativas a la obediencia a dichas órdenes empresariales, y se han centrado, sobre todo, en el ámbito de las prestaciones de servicio sanitarias. El Tribunal Constitucional reconoció hace más de treinta años el derecho de los profesionales de la sanidad a la práctica de abortos por razones de conciencia (STC 53/1985).

Por tanto, se trata de encontrar un posible fundamento donde basar las posibles desobediencias del trabajador a las órdenes del empresario porque dichas órdenes dañan derechos básicos y fundamentales del trabajador como la libertad de conciencia, ideológica o religiosa. Todo ello pasa por aclarar, en primer lugar, el concepto de objeción de conciencia y, posteriormente, ver si el mismo está reconocido con carácter general en nuestro Derecho y si, por tanto, podría constituir la base de la fundamentación del trabajador a negarse a obedecer al empresario en ocasiones como las vistas.

2. CONCEPTO Y MANIFESTACIONES DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

2.1. El concepto de objeción de conciencia

Dicho esto, hay que partir del concepto general de la objeción de conciencia, principalmente a través de su distinción con la institución jurídica que más se le aproxima, la desobediencia civil. La doctrina especializada ha llegado a la conclusión de que, siendo ambas manifestaciones de la desobediencia al Derecho,

una y otra van a diferenciarse principalmente por su finalidad: así, mientras que el desobediente civil va a incumplir una determinada obligación (por considerarla objetivamente injusta) con el objetivo de que la misma sea cambiada por otra justa, el objetor va igualmente a desobedecer el mandato impuesto por la obligación (basándose en otra razón: que el mandato impuesto por la obligación en cuestión atenta contra su moral) pero no con la finalidad de que la misma sea modificada, sino para que no le sea aplicado a su caso el régimen jurídico previsto en aquella.

Siendo así, se ha llegado a un concepto tradicional de objeción de conciencia que se enuncia diciendo que “la objeción de conciencia es un derecho subjetivo que tiene por objeto lograr la dispensa de un deber jurídico o la exención de responsabilidad cuando el incumplimiento de ese deber ya se ha consumado, dispensa o exención que invoca en su favor no cualquier motivo, sino precisamente la exigencia de respeto a un dictamen de conciencia que resulta contrario al contenido de la obligación jurídica”¹.

En relación con ello, la objeción de conciencia ha sido puesta en conexión, en numerosas ocasiones, con deberes cívicos. Así, tenemos ejemplos de objeciones de conciencia a formar parte de un jurado, al pago de impuestos, al juramento a la hora de tomar posesión de un cargo, etc. Sin embargo, a nosotros nos interesará otro tipo de objeción de conciencia, concretamente, la que tiene lugar en el seno de una prestación de servicios. A este respecto, hay que mencionar que desde principios de los ochenta, fue tomando cuerpo en la jurisprudencia de nuestro país un supuesto de objeción que va a ser de suma importancia para el objeto de nuestra investigación. Nos referimos, ni más ni menos, a la negativa de un médico de la sanidad pública a practicar abortos tipificados como legales en caso de que ello atente contra su conciencia. En este caso, el Tribunal Constitucional se pronunció en una importantísima sentencia de mediados de los años ochenta², que vino a reconocer el derecho de un médico de la sanidad pública a negarse a practicar abortos legales, cuando dicha práctica repugne verdaderamente su conciencia³.

¹ GASCÓN ABELLÁN, M., *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2010, p. 52.

² STC 53/1985, de 11 de abril (BJC nº 47, 1985).

³ Hay que decir al respecto que “el derecho del personal sanitario a negarse a intervenir, por razones de conciencia en la práctica de abortos (es) un derecho que suele estar reconocido y regulado legalmente en casi todos los países (no así en el nuestro, pese al expreso reconocimiento del mismo por el Tribunal Constitucional)”. En este sentido, v. BILBAO UBILLOS, J.M.: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, CEPC, Madrid, 1997, p. 699.

Con ello queremos poner de manifiesto la posibilidad de la existencia de la objeción de conciencia, más que en el seno de una prestación laboral, en el ámbito aún mayor de una prestación de servicios. Esto va a suponer un cambio radical en lo que hasta ahora habíamos venido entendiendo por objeción de conciencia, ya que va a suponer un plus en dicho concepto, aunque este aspecto será visto en el capítulo 3.

2.2. Las manifestaciones del derecho de objeción de conciencia

2.2.1. Derecho Comparado

Como se ha dicho, no han sido muchos los supuestos de objeción de conciencia que se han dado en el ordenamiento jurídico español, más allá de la relativa al servicio militar y a algunos otros casos que se han concretado en el ámbito de las prestaciones de servicios, y a los que aludiremos más adelante.

A diferencia de lo anterior, en otros países, y, fundamentalmente, en Estados Unidos, los casos de objeción de conciencia sí han sido numerosos y el hecho de la desobediencia por parte de una persona a una determinada obligación es ya antigua en dicho ordenamiento jurídico. A poco que se analice el ordenamiento jurídico estadounidense, nos daremos cuenta de que, siendo la objeción al servicio militar el caso prototípico, no es el único, dándose asimismo otros supuestos, tales como la objeción al saludo a la bandera, la objeción a tratamientos médicos, a normas administrativas, o, lo que aquí más interesa, casos de objeción en el seno de una relación laboral o de una prestación de servicios⁴.

2.2.2. Manifestaciones del derecho de objeción de conciencia en España.

La principal manifestación del derecho de objeción de conciencia en nuestro país ha sido la relativa al servicio militar⁵. Nuestra Constitución regula entre los derechos básicos de los ciudadanos la objeción de conciencia, previendo en su caso para todas aquellas personas que tuvieran reparos de conciencia a la realización del servicio militar una prestación social sustitutoria⁶.

⁴ En la jurisprudencia del TS norteamericano pueden encontrarse numerosísimos casos de objeción de conciencia, referidos a materias muy diversas, a lo largo de todo el siglo XX. En este sentido, véanse los excelentes trabajos de Palomino Lozano, R.: *Objeción de conciencia y relaciones laborales en el Derecho de los Estados Unidos*, REDT, nº 50, 1991, y Martínez Torrá, J.: *La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano*, Anuario de Derecho Eclesiástico, vol. I, 1985.

⁵ El TC se refirió a dicha manifestación de la objeción de conciencia en las Sentencias 160 y 161/1987.

⁶ Dicha institución perdió su sentido con la desaparición del servicio militar obligatorio en nuestro país el 31 de diciembre de 2001 (RD 247/2001, de 9 de marzo).

Por lo que respecta a nuestro ordenamiento, sin embargo, y si nos referimos a supuestos de objeción fuera de la relativa al servicio militar, no han sido tan comunes tales supuestos como en el Derecho comparado, aunque sí ha habido pronunciamientos importantes de nuestra jurisprudencia. A este respecto, debemos resaltar el caso de la objeción de conciencia al aborto, esto es, la negativa de un médico de la sanidad pública a la práctica de abortos legales, que mereció por parte del Tribunal Constitucional un detenido y pormenorizado análisis⁷. También merecieron la atención de nuestro más alto tribunal otros supuestos, como el relativo a los “sabbatarian”, es decir, los trabajadores pertenecientes a la Iglesia Adventista del Séptimo Día que se niegan a trabajar los sábados por prohibírsele su religión⁸ o el supuesto de la negativa a recibir transfusiones sanguíneas por parte de Testigos de Jehová⁹.

En relación con tales casos, hay que decir que en los dos supuestos resueltos por nuestro Alto Tribunal en el año 1985 se resuelven cuestiones relativas al ejercicio del derecho de objeción de conciencia por parte del trabajador¹⁰. En la STC 53/1985 se dejó claro el derecho de los servicios médicos y del resto del personal sanitario a negarse a la práctica de abortos, si el ejercicio de los mismos constituía repugnancia moral a los encargados de practicarla en cada caso¹¹. Por su parte, la STC 19/1985, relativa a la posibilidad de un trabajador que solicitó la modificación de su jornada de trabajo en sábados por impedírsele la religión que profesaba, el Tribunal Constitucional estableció que “cuando una empresa no dispensa a un trabajador del régimen laboral establecido respecto a la jornada de trabajo, para posibilitarle el cumplimiento de sus deberes religiosos, podrá existir una incompatibilidad entre los deberes religiosos, en cuanto imponga la inactividad laboral, y la ejecución del trabajo o el cumplimiento de obligaciones laborales, pero no una coercibilidad contraria al principio de neutralidad que debe presidir, en la materia, la conducta del empresario (...). Así pues, partiendo del régimen de jornada establecida con carácter general para una empresa, el otorgamiento de un des-

⁷ STC 53/1985, de 11 de abril (BJC nº 49, 1985).

⁸ STC 19/1985, de 13 de febrero (BJC nº 47, 1985).

⁹ El pronunciamiento más interesante al respecto fue establecido por la STC 154/2002, de 18 de julio, (RTC 2002/154), que ha debatido el caso en el que los padres de un niño (testigos de Jehová, tanto los padres, como el hijo) impiden la transfusión de sangre que necesitaba aquél.

¹⁰ Otra cosa sucede en el caso de las transfusiones de sangre, donde lo que se analiza es la negativa del paciente y de los padres del paciente a recibir transfusiones de sangre por parte de los servicios médicos, con base en la condición de Testigos de Jehová de aquéllos.

¹¹ La referida STC 53/1985 (FJ 14) estableció en relación con el derecho de objeción de conciencia “que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”.

canso semanal distinto supondría una excepcionalidad que, aunque pudiera estimarse como razonable, comportaría la legitimidad del otorgamiento de esta dispensa del régimen general, pero no la imperatividad de su imposición al empresario”.

Son dos casos que tienen su base en supuestos diferentes, pero que nos pueden dar ciertas pistas en relación con la jurisprudencia constitucional existente hasta el momento en el seno de una prestación de servicios, como tendremos ocasión de analizar a partir del capítulo siguiente.

Algo parecido sucede con la objeción de conciencia en el ámbito educativo. Si han sido numerosos y significativos los casos al respecto en la jurisprudencia norteamericana¹², no cabe decir que haya sucedido lo mismo en la española¹³. Sin embargo, en relación con esta manifestación de la objeción de conciencia, hay un aspecto que conviene resaltar porque puede resultar de interés en el tratamiento de la objeción de conciencia laboral. Me estoy refiriendo a la diferenciación que se ha hecho por parte de la jurisprudencia constitucional entre la colisión de derechos que tiene lugar en los centros educativos con un ideario propio (llamados en general “organizaciones ideológicas o de tendencia”) y los centros públicos, que por lo general atienden y siguen los principios de laicidad en la enseñanza que marca la Constitución. Dicha diferenciación es importante ponerla de manifiesto porque, como luego veremos, el tratamiento que haya de hacerse de los derechos de los trabajadores que prestan servicios en los mismos va a ser muy diferente en relación con el resto de empresas del ámbito privado o público que no tienen ese ideario. En las organizaciones de tendencia, la colisión entre los derechos del trabajador y el ideario de la empresa se va a regir por parámetros diferentes que en el resto de empresas, ya que en tales supuestos de conflicto va a prevalecer en todo caso el ideario del centro, mientras que en el resto de casos, los conflictos habrán de ser objeto de estudio en cada caso para ver cuál de los derechos en cuestión prevalece¹⁴.

¹² Dichos supuestos se han centrado, principalmente, en cuatro tipos de casos: a) Casos de saludo a la bandera (por parte de niños pertenecientes a los testigos de Jehová); b) Supuestos de escolarización obligatoria; c) Casos relacionados con la impartición en la escuela pública de determinadas materias, tales como la sexualidad o el evolucionismo; d) Supuestos en los que se plantea el derecho de los profesores y alumnos a ir vestidos de una determinada forma.

¹³ La problemática al respecto se ha reducido al enjuiciamiento (y denegación de la consideración de tal caso como objeción de conciencia) por el Tribunal Constitucional español de la negativa de una alumna de la licenciatura de Derecho a cursar la asignatura de derecho canónico, por entender que ello conculcaba su libertad ideológica y religiosa (v. ATC 1985/359, de 29 de mayo).

¹⁴ A este respecto, el TC (S. 47/1985, de 27 de marzo, BJC nº 48, 1985) se ha pronunciado en el sentido de reconocer el derecho del empresario a establecer un determinado ideario en su empresa (en este caso, en el centro docente) y el deber del trabajador de respetar dicho ideario. La razón de la prevalencia del ideario del centro sobre el derecho individual del trabajador hay que situarla en el hecho

3. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LAS PRESTACIONES DE SERVICIOS

3.1. Laborales

3.1.1. Contexto de desenvolvimiento

De todo lo que se ha dicho hasta el momento hemos visto que, tanto en el Derecho comparado como en nuestro ordenamiento, la objeción de conciencia ha sido puesta en conexión, en numerosas ocasiones, con deberes cívicos. Así, tenemos ejemplos de objeciones de conciencia a formar parte de un jurado, al pago de impuestos, al juramento a la hora de tomar posesión de un cargo, etc.

Sin embargo, a nosotros nos interesará otro tipo de objeción de conciencia, concretamente, la que tiene lugar en el seno de una prestación de servicios. A este respecto, hay que mencionar que desde principios de los ochenta, fue tomando cuerpo en la jurisprudencia de nuestro país un supuesto de objeción que va a ser de suma importancia para el objeto de nuestra investigación. Nos referimos, ni más ni menos, a la negativa de un médico de la sanidad pública a practicar abortos tipificados como legales en caso de que ello atente contra su conciencia. En este caso, el Tribunal Constitucional se pronunció en una importantísima sentencia de mediados de los años ochenta¹⁵, que vino a reconocer el derecho de un médico de la sanidad pública a negarse a practicar abortos legales, cuando dicha práctica repugne verdaderamente su conciencia¹⁶. Con ello queremos poner de manifiesto la posibilidad de la existencia de la objeción de conciencia, más que en el seno de una prestación laboral, en el ámbito aún mayor de una prestación de servicios, como ya se ha dicho.

Mientras tanto, en el ejercicio de la objeción de conciencia en el seno de una relación laboral, es necesario reconocer que van a colisionar los poderes del empresario reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores, con el pretendido derecho

de la defensa de una mayor tutela del grupo, porque encarna un interés colectivo o institucional, o porque representa a la mayoría (v. en este sentido BLAT GIMENO, F.: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, MTSS, Madrid, 1985).

¹⁵ STC 53/1985, de 11 de abril (BJC nº 47, 1985).

¹⁶ Hay que decir al respecto que “el derecho del personal sanitario a negarse a intervenir, por razones de conciencia en la práctica de abortos (es) un derecho que suele estar reconocido y regulado legalmente en casi todos los países (no así en el nuestro, pese al expreso reconocimiento del mismo por el Tribunal Constitucional)”. En este sentido, v. BILBAO UBILLOS, J.M.: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, CEPC, Madrid, 1997, p. 699.

del trabajador a desobedecer sus órdenes si éstas atentan contra sus libertades ideológica o religiosa.

Siendo éste el contexto, hay que decir que el escenario de actuación de la objeción de conciencia está muy en conexión con el ejercicio de los poderes del empresario para el que presta sus servicios. Dicho ejercicio pasa por un ejercicio regular de las facultades directivas, es decir, por un ejercicio dentro de los límites normales, sin extralimitación en los mismos por parte del empresario, como veremos a continuación.

3.1.2. Objeción de conciencia y poderes del empresario.

En relación con el ejercicio del derecho de objeción de conciencia en una prestación laboral, hay que establecer una doble premisa. En primer lugar, el punto de partida hay que situarlo en el seno de organizaciones no caracterizadas ideológicamente, es decir, aquellas que no tienen como fin principal la propagación de una ideología concreta. A este respecto, hay que decir que nuestra jurisprudencia ha sentado que en las llamadas organizaciones ideológicas o de tendencia, que tienen como finalidad básica la propagación de una ideología concreta, la colisión entre los derechos del trabajador y el ideario de la empresa se va a regir por parámetros diferentes que en el resto de supuestos, ya que en tales supuestos de conflicto va a prevalecer en todo caso el ideario del centro¹⁷, mientras que en el resto de casos, los conflictos habrán de ser objeto de estudio en cada caso para ver cuál de los derechos en cuestión prevalece. Por tanto, debe quedar claro desde este momento que el escenario de análisis de este estudio se centra en los casos de conflicto en organizaciones neutras o no ideológicas.

Partiendo de esta premisa, es necesario resaltar un segundo punto importante, que va a condicionar en gran manera el ejercicio del derecho de objeción en el ámbito de una prestación laboral. Nos referimos a la doctrina general de los poderes del empresario en el seno de la empresa y el necesario deber de obediencia que el trabajador tiene respecto de las órdenes dictadas por aquél.

¹⁷ A este respecto, el TC (S. 47/1985, de 27 de marzo, BJC nº 48, 1985) se ha pronunciado en el sentido del derecho del empresario a establecer un determinado ideario en su empresa (en este caso, en el centro docente) y el deber del trabajador de respetar dicho ideario. La razón de la prevalencia del ideario del centro sobre el derecho individual del trabajador hay que situarla en el hecho de la defensa de una mayor tutela del grupo, porque encarna un interés colectivo o institucional, o porque representa a la mayoría (v. en este sentido BLAT GIMENO, F., *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, MTSS, Madrid, 1985, p. 84).

A tal efecto, en el seno de una relación laboral el empresario tiene el poder de dirección y organización de su empresa, con un correlativo deber de obediencia por parte del trabajador a las órdenes dictadas por aquél, de forma tal que estando en presencia de una relación laboral (con las notas caracterizadoras, por tanto, del art. 1.1. ET), el trabajador estará obligado a obedecer las órdenes del empresario. Ahora bien, para que este esquema básico tenga su efecto equilibrador de poderes en el seno de la relación laboral, de forma tal que unos jueguen como límites de los otros, hace falta que el empresario actúe en el ejercicio regular de sus facultades directivas, tal como indica el art. 5, c) ET. La regularidad del ejercicio de las facultades de dirección del empresario se erige, de este modo, en el referente para establecer la legitimidad de la orden dada por aquél y para determinar la obligatoriedad de una determinada orden para los trabajadores pertenecientes al círculo del empresario, considerándose que hay irregularidad en la actuación del empresario cuando éste actúa “con manifiesta arbitrariedad y abuso de derecho”¹⁸. En definitiva, hay que considerar que el ejercicio de la objeción de conciencia tiene su contexto natural, dentro de una relación laboral, en el juego de las facultades directivas del empresario ejercidas con regularidad.

En tales circunstancias, habría que preguntarse si una orden del empresario ejercida con regularidad, que atente a los dictados de conciencia del trabajador, podría ser desobedecida por éste, con base en el ejercicio de los derechos del art. 16 de la CE. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha declarado expresamente que la libertad ideológica o de conciencia (art. 16 CE) “por sí misma, no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o ‘subconstitucionales’ por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos”¹⁹, siendo esta afirmación también aplicable a las obligaciones que dimanen de una relación laboral²⁰.

Por tanto, el reconocimiento que la Constitución hace de la objeción de conciencia, referida únicamente al servicio militar, hay que ceñirla en sus propios términos al mismo, sin que pueda extrapolarse como derivación del art. 30 a otras manifestaciones de la objeción de conciencia. Sin embargo, con posterioridad, el Tribunal Constitucional ha pronunciado alguna sentencia relativa a la constitucionalidad de la ley del aborto de los años ochenta, donde, de pasada, el Alto Tribunal

¹⁸ STS 28.11.1989 (Ar. 8276), FJ 2º.

¹⁹ STC 160/1987

²⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: *Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia*, en *Persona y Derecho*, nº 50, 2004 (p. 371), señala que “la rotunda afirmación de que los motivos de conciencia no liberan a los ciudadanos de deberes constitucionales es aplicable también a los deberes laborales que derivan de un contrato libremente aceptado por el trabajador, y que son deberes que el trabajador conoce y voluntariamente asume”.

se pronunció en relación con la posibilidad que tienen los profesionales de la sanidad a objetar la práctica de abortos²¹.

En definitiva, el tratamiento que se ha hecho por parte de nuestro ordenamiento jurídico del ejercicio de la objeción de conciencia por parte del trabajador a las obligaciones empresariales en el seno de una relación laboral ha consistido en una excesiva contractualización de la relación laboral y en una imposición de este principio por encima de las alusiones que se han pretendido hacer a los derechos fundamentales inespecíficos que los trabajadores tienen en el seno de estas relaciones²².

Sentado esto, la jurisprudencia comparada, fundamentalmente la estadounidense y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han establecido el criterio de la acomodación razonable como criterio determinante a la hora de coheronar las distintas obligaciones de las partes de una prestación de servicios, de forma tal que pueda satisfacerse a todas ellas.

Este criterio “implica el deber de buscar un arreglo o acuerdo que suponga una adecuación razonable de la actividad y funcionamiento de la empresa a las creencias y prácticas religiosas de los trabajadores. Ello se concreta en la obligación de la empresa de facilitar el libre ejercicio de su derecho, modificando las condiciones contractuales del trabajador, sin que ello provoque a la empresa un “perjuicio excesivo” (“undue hardship”). La “adecuación razonable” ha de conjugarse, por tanto, con “el perjuicio excesivo”, de forma que, solo si existiese un perjuicio excesivo, quedaría dispensada la empresa de cumplir la obligación de adecuación razonable entre la organización del trabajo y las prácticas religiosas de los trabajadores”²³.

²¹ Este aspecto se verá en el apartado relativo a la objeción de conciencia en las prestaciones de servicios públicos.

²² Así pudo verse en la STC 19/1985. En relación con lo anterior, se ha dicho que cuando el trabajador hace valer los derechos fundamentales en su dimensión de *agere licere*, pretendiendo no ya solo mostrar sus ideas sino demandar de la empresa una expectativa de prestación, la tendencia jurisprudencial del Tribunal Constitucional ha sido históricamente aplicar una clara lógica contractual como método de resolución del conflicto y, en consecuencia, no reconocer derechos que constituyan la imposición de modulaciones del contrato o cargas para el empresario. Frente a esto, hay quien aboga por introducir en nuestro Derecho la doctrina de la acomodación razonable, tan asentada en la jurisprudencia norteamericana desde hace tantos años.

²³ GOÑI SEIN, J.L.: *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?* (en http://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/10903/Jose_Luis_Gon%CC%83i.pdf?sequence=1), p. 57.

En consecuencia, hay quien es de la opinión²⁴ de que dicho criterio, asentado desde hace algún tiempo, como se ha dicho, en la jurisprudencia estadounidense y que ha tenido también un desarrollo posterior en la doctrina del TEDH y, de una manera incipiente, en la de nuestro Tribunal Constitucional²⁵, debería trasladarse al ejercicio de la objeción de conciencia en nuestro país, considerándose, en suma, “que la lógica contractual ha perdido parte del carácter central que poseía en el pasado o, al menos, que se abre una nueva tendencia a considerar aplicables los derechos positivos de expectativa de prestación en el ámbito laboral, a la espera de una confirmación más clara y reflexiva”²⁶.

En definitiva, aunque no puede decirse que en nuestro ordenamiento jurídico esté definitivamente asentado este principio modulador de la dialéctica entre los derechos fundamentales del trabajador y los poderes del empresario, todo indica que tanto la jurisprudencia europea como la de nuestro Tribunal Constitucional conducirán a la implantación progresiva de dicho principio.

3.2. Empleo Público

3.2.1. Los intereses afectados: el interés público y el interés de los usuarios del servicio

A todo lo ya dicho en los apartados anteriores, ha de añadirse un supuesto distinto de ejercicio de la objeción de conciencia, que viene dado por el contexto en el que dicho ejercicio tiene lugar. Nos estamos refiriendo a los casos en los que la objeción se manifiesta en el ámbito de una prestación de servicios pública, que no privada.

En tales casos, hay que tener en cuenta que se introduce un primer elemento importante que no se da en el caso de la objeción de conciencia en el seno de una relación laboral privada: el interés público y el interés de los usuarios del servicio. Esto ha sido así, sobre todo, en los casos en los que la objeción de conciencia se ha manifestado con más contundencia en el ordenamiento jurídico español, como es el caso de las prestaciones de servicio sanitarias, y, fundamentalmente, en el caso de la objeción de conciencia al aborto.

²⁴ A este respecto, v. GARCÍA GONZÁLEZ- CASTRO. G.: *Libertad religiosa y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una propuesta armonizadora*, Lex Social, Revista Jurídica de los Derechos Sociales, vol. 6, n° 1, 2016.

²⁵ SSTC 281/2005 y 26/2011.

²⁶ GOÑI SEIN, J.L.: *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?* (en http://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/10903/Jose_Luis_Gon%CC%83i.pdf?sequence=1), p. 57.

En efecto, en relación con dicho supuesto, tuvo lugar la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, que declaró la constitucionalidad de la despenalización parcial del aborto en los términos contenidos en la Ley Orgánica de 5 de julio de 1985, de reforma del Código Penal, y que reconoció de soslayo el derecho del personal sanitario a la objeción de conciencia a dichas prácticas abortivas.

Desde de ese momento, nuestro ordenamiento jurídico empezó a dictar normas que reconocieran el derecho de toda mujer a disponer de un centro sanitario donde poder llevar a cabo los abortos reconocidos como legales por la citada sentencia, y, por otro lado, reconocer el derecho de los profesionales sanitarios a la práctica de la objeción de conciencia al aborto²⁷. Por tanto, la norma trata de conjugar ambos derechos, de forma tal que el ejercicio de la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios no menoscabe el acceso y la calidad asistencial de la prestación²⁸. De esta manera, los profesionales sanitarios que invocaren razones de conciencia para no participar en este tipo de intervenciones tendrán que manifestarlo anticipadamente y por escrito, y, además, no podrán negarse a la dispensación del tratamiento y de la atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo²⁹.

Por otra parte, la STC 53/1985 introduce otro aspecto importante en lo relativo al ejercicio de la objeción de conciencia al aborto: el carácter sobrevenido de la obligación para el trabajador, no previsto inicialmente a la firma del contrato, como elemento que pueda servir de base a la objeción de conciencia. Esta circunstancia sobrevenida, más allá de las obligaciones conocidas por el trabajador desde la firma de su contrato, hace desplegar toda su efectividad a la objeción de conciencia, como derivación del derecho a la libertad ideológica del art. 16 CE. Así, el Tribunal Constitucional afirmó que “por lo que se refiere al derecho a objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y, como ha indicado este Tribunal en diversas

²⁷ RD 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo (art. 8), que establece que “en el ámbito de cada Comunidad Autónoma, la autoridad sanitaria competente garantizará que en sus dependencias públicas y centros sanitarios esté disponible y actualizada una relación de centros o establecimientos públicos o privados acreditados para la práctica legal del aborto”. Esto ha quedado refrendado con posterioridad en la L.O. 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (LSSR) (art. 18), que establece que, de no poder facilitar a tiempo a las usuarias un centro, la Administración sanitaria estará obligada a buscar otro para llevar a cabo dicha prestación, asumiendo los costes de la misma.

²⁸ LSSR (art. 19.2).

²⁹ LSSR (art. 19.2).

ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”³⁰.

Más allá de todo esto, y partiendo del reconocimiento por parte de nuestro ordenamiento jurídico del ejercicio de la objeción de conciencia al aborto por parte de los profesionales sanitarios, hay que decir que el mismo se encuentra limitado en ciertos supuestos. En primer lugar, como ya se dijo al principio, hay que tener presente que cuando estamos en organizaciones ideológicas o de tendencia, la jurisprudencia constitucional tiene establecido el carácter prevalente del ideario del centro respecto de los derechos del trabajador, de modo que aquél prima sobre estos. Esto ha tenido lugar, sobre todo, en el caso de centros educativos privados, con idearios propios. En tales casos, el Tribunal Constitucional³¹ reconoció el derecho del empresario de establecer un determinado ideario en su empresa y el deber del trabajador de respetar dicho ideario, con el argumento de la defensa de una mayor tutela del grupo, porque encarna un interés colectivo o institucional, o porque representa a la mayoría.

En segundo lugar, el caso de la urgencia vital, es decir, aquella en la que se da la circunstancia de que el médico que tiene que atender el caso de aborto terapéutico, con peligro por tanto para la vida de la madre, es objetor de conciencia, y, además, no hay otro médico para hacerlo. Por tanto, se plantea la disyuntiva entre el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia por el médico o la vida de la embarazada. Teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional³² optó por considerar superior la vida de la madre respecto de la del hijo en un supuesto de estas características, en consecuencia, parece que no cabe duda de la prevalencia en este caso del bien jurídico “vida” de la embarazada, lo cual haría decaer el derecho a la objeción de conciencia del facultativo.

³⁰ STC 53/1985. A este respecto, RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., *Libertad ideológica...*, op. cit., p. 17, ha señalado que “se trata de un “obiter” impreciso pero que deja claro que la objeción de conciencia forma parte del contenido de la libertad ideológica y que, por ello, puede derivarse directamente de la Constitución la cual puede legitimar en determinadas circunstancias el incumplimiento por motivos de conciencia de una determinada obligación laboral, más allá del supuesto del aborto reconocido a favor del personal sanitario. Partiendo de la STC 53/1985 la objeción de conciencia en materia de aborto no sería una excepción sino una manifestación específica de una regla que podría extenderse a otros supuestos. En esta línea parece moverse una jurisprudencia constitucional más reciente más sensible a proteger decisiones personales asumidas en función de las propias condiciones ideológicas o religiosas, si bien no aún en el ámbito laboral”.

³¹ STC 47/1985, de 27 de marzo.

³² La STC 53/1985 (FJ 11) optó en estos casos por hacer prevalecer la vida de la madre sobre la del hijo, ya que “si la vida del nasciturus se protegiera incondicionalmente, se protegería más a la vida del no nacido que a la vida del nacido, y se penalizaría a la mujer por defender su derecho a la vida”. Es por esta razón por la que el TC consideró este supuesto de aborto como ajustado a la Constitución.

En conclusión, habría que resumir este apartado diciendo que la objeción de conciencia en el seno de una prestación de servicios de carácter pública está reconocida en nuestro ordenamiento jurídico para el supuesto del aborto legal, aunque el ejercicio de la misma se encuentra muy mediatizada por los intereses, no sólo públicos, sino de los usuarios, y ello hace que las limitaciones al mismo se hagan mucho más patentes todavía que las que se dan en el seno de una relación laboral privada.

4. EL DERECHO DE OBJECIÓN DE CONCIENCIA COMO FUNDAMENTO DE LA DESOBEDIENCIA DEL TRABAJADOR: CONCLUSIONES

a) En la objeción de conciencia en nuestro país se ha partido de un inicial tratamiento de la objeción de conciencia en relación con el servicio militar para después derivar hacia otras manifestaciones menos comunes.

b) En nuestro ordenamiento jurídico ha habido una resistencia tradicional en relación con la imposibilidad de trasladar la doctrina jurisprudencial sobre la objeción de conciencia al servicio militar al resto de manifestaciones de la objeción con carácter generalizado.

c) La mayor parte de las manifestaciones de la objeción de conciencia en una prestación de servicios han tenido lugar en relación con las prestaciones sanitarias, en casos tales como el aborto, las transfusiones de sangre o la objeción farmacéutica, aunque en tales casos solo ha habido un reconocimiento expreso por parte de la jurisprudencia constitucional de la objeción de conciencia al aborto.

d) En relación con el ejercicio de la objeción de conciencia en las prestaciones de servicios, habría que distinguir entre el ámbito público y privado.

En el ámbito privado, tras un tiempo en el que se impuso con rotundidad el criterio de la contractualización de la relación laboral y, por tanto, del sometimiento del cumplimiento de las obligaciones de las partes a lo inicialmente pactado, se ve cierta y relativamente próxima la traslación a nuestro ordenamiento del principio de acomodación razonable de las obligaciones de las partes de dicha relación, derivado de su asentamiento en la jurisprudencia estadounidense y de su progresiva implantación en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Por su parte, en el ámbito público, además de los intereses anteriores, se ven afectados también los del usuario del servicio público, con lo cual la óptica y el tratamiento de la objeción de conciencia sería distinta. Aquí, se ha partido de un reconocimiento de la objeción de conciencia del personal sanitario a la práctica de abortos, y ello ha conducido a la doctrina a aventurar la posible aplicación de la ju-

jurisprudencia constitucional a otros casos de objeción de conciencia en el ámbito de una prestación de servicios.

e) En todo caso, la hipotética extensión de la objeción de conciencia a otros casos distintos del aborto en el seno de una prestación de servicios encontraría los límites ya tratados en la jurisprudencia constitucional de las organizaciones de tendencia y de los supuestos de urgencia vital. En el primero de los casos, prevalecería el ideario del centro sobre el derecho del trabajador individual del trabajador, de modo que éste no podría ejercer el derecho en este tipo de centros. Por su lado, tampoco podría ejercerse la objeción de conciencia en los casos de urgencia vital porque en dicho supuesto hay un bien jurídico superior a aquél, que no es otro que la vida de la madre.

BIBLIOGRAFÍA

- BILBAO UBILLOS, J.M.: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, CEPCC, Madrid, 1997.
- BLAT GIMENO, F.: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, MTSS, Madrid, 1985.
- ESCOBAR ROCA, G.: *La objeción de conciencia en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- GARCÍA GONZÁLEZ- CASTRO, G.: *Libertad religiosa y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una propuesta armonizadora*, Lex Social, Revista Jurídica de los Derechos Sociales, vol. 6, nº 1, 2016.
- GOÑI SEIN, J.L.: *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?* (en http://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/10903/Jose_Luis_Gon%CC%83i.pdf?sequence=1).
- MARTÍNEZ TORRÓN, J.: *La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano*, Anuario de Derecho Eclesiástico, vol. I, 1985.
- ORTEGA MORENO, D.: *La objeción de conciencia en el ámbito sanitario*, Revista de Derecho Político, nº 45, 1999.
- PALOMINO LOZANO, R.: *Objeción de conciencia y relaciones laborales en el Derecho de los Estados Unidos*, REDT, nº 50, 1991.
- PALOMINO LOZANO, R.: *Objeción de Conciencia y Religión: una perspectiva comparada*, Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 10. 2009.
- PRIETO SANCHÍS, L.: *Libertad y objeción de conciencia*, en Persona y Derecho, nº 54, 2006.

- RAWLS, J.: *Teoría de la Justicia* (trad. M^a D. González), F.C.E., Madrid, 1979.
- RAZ, J.: *La autoridad del Derecho* (trad. R. Tamayo), UNAM, México, 1982.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: *Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia*, en *Persona y Derecho*, n° 50, 2004.
- SINGER, P.: *Democracia y desobediencia*, Ariel, Barcelona, 1985.

NUEVAS PERSPECTIVAS DEL DESPIDO NULO

JUAN PEDROSA GONZÁLEZ

Abogado

*Profesor doctor (sustituto) de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

ÍNDICE

- 1.- INTRODUCCIÓN
- 2.- PERSPECTIVA PROCESAL DEL DESPIDO NULO Y SUS CONSECUENCIAS LEGALES
- 3.- LA POSIBILIDAD DE EJECUCIÓN ALTERNATIVA
- 4.- EL DERECHO AL TRABAJO NO ES UN DERECHO FUNDAMENTAL
- 5.- LA READMISIÓN COMO OTRA MANERA DE PROTEGER OTROS INTERESES QUE NO SON
LOS DE LA EJECUCIÓN
- 6.- OTRAS CAUSAS DE NULIDAD EN EL DESPIDO POR EXIGENCIA DEL DERECHO COMU-
NITARIO
- 7.- CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

El despido de un trabajador por parte de un empresario es manifestación del ejercicio del poder de autotutela privada de los propios intereses¹, que el ordenamiento otorga al empresario, permitiendo así la privación por una persona a otra de sus normales ingresos, exponiéndolo a la violencia privada². La ley regula el procedimiento de despido, y las consecuencias jurídicas del despido realizado no conforme a derecho. Si el Derecho no es más que una manera de controlar la conducta de las personas³ por parte del Estado; que en este caso se refiere a la conducta del empresario que realiza un despido, y del trabajador que lo soporta, entonces estamos hablando de la consecuencia jurídica que el ordenamiento jurídico impone al despido que por hipótesis no es conforme a derecho. Es un problema técnico-procesal⁴.

La improcedencia o la nulidad es algo que la norma predica de los dos supuestos principales de despido: el económico y el disciplinario. Las causas de la nulidad son distintas en un supuesto y en otro, puesto que la falta de los requisitos formales genera la nulidad en el despido económico, y no la genera en la actualidad en el despido disciplinario⁵. Tradicionalmente, el TC ha mantenido (en un supuesto de despido disciplinario), que ejecutar la sentencia de despido ilegal en sus mismos términos o por equivalente pecuniario es lo mismo, y no afecta a los derechos fundamentales⁶, por lo que el despido improcedente (que permite ser ejecutado en uno u otro sentido, según el interés de la empresa) genera una serie de consecuencias

¹ Vid. “Proceso, autocomposición y autodefensa”, de N. Alcalá-Zamora y Castillo, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, *passim*.

² Porque el trabajador “...a través del trabajo (...) obtiene derechos de integración y de participación en la sociedad, en la cultura, en la educación y en la familia” A. Baylos Grau, “El despido o la violencia del poder privado”, Trotta, 2009, p. 44, y privarlos de ellos por el empresario es un acto de violencia.

³ “un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres”, según dice Kelsen, en “Teoría pura del Derecho”, o “el conjunto de las normas de coacción que tienen validez en un Estado”, según R. v. Ihering, en “El Fin del Derecho”, Comares, 2000. p. 223, aunque también se ha dicho que “...las normas legales carecen a menudo de eficacia, si no se encuentran además reforzadas por sanciones sociales”, según O. Kahn Freund, en “Trabajo y Derecho”, MTSS, p. 55.

⁴ Aunque para el TS es un problema sustantivo que se ha incluido también en la Ley de Procedimiento Laboral, STS de 11 de marzo de 1997, RJ 1997/2313, “...porque no se trata de normas procesales, sino de reglas de carácter sustantivo, en la medida que recogen la obligación alternativa que se impone al empresario como consecuencia de la declaración de la improcedencia del despido, aunque tal obligación, que se establece en una disposición formalmente sustantiva como el Estatuto de los Trabajadores, haya sido también incorporada a otro texto de carácter procesal (el artículo 110 de la Ley de Procedimiento Laboral)”.

⁵ Lo que es calificado por M.E. Casas Baamonde como “inconsecuencias del nuevo sistema”, en “Irregularidad formal, fraude de ley y nulidad del despido disciplinario”, Relaciones Laborales 1994, Tomo II, p.79. y ss.

⁶ Ya que “...el derecho al trabajo es indiferente acerca de las consecuencias que el legislador haga derivar del despido injustificado”..., aunque “...la indiferencia del derecho al trabajo frente a las consecuencias del despido injustificado no es absoluta.”, según A. Baylos Grau en “El despido o la violencia...”, cit, p. 59.

cundo se opta por la indemnización, consecuencias que se generan igualmente aunque sea declarado ilegal.

Interesa tener presente las consecuencias que tiene un despido improcedente según nuestro ordenamiento jurídico, puesto que la declaración de improcedencia de tal despido no le hace perder todos sus efectos jurídicos; los tiene pese a ser un despido ilegal.

En cambio, la declaración de nulidad en el despido pretende impedir todos los efectos de un despido ilegal⁷, a diferencia del declarado improcedente. La causa de la nulidad en la regulación del despido disciplinario deriva del respeto a los derechos fundamentales, según doctrina reiterada del TC⁸. Las actuales posibilidades de declaración de nulidad de un despido que produzca una discriminación por razón de sexo, o un acoso (sea sexual o no) son, a mi entender, exigencias derivadas del respeto a los derechos fundamentales, aunque también con ello se cumplen obligaciones internacionales del reino de España.

La causa de la nulidad en la regulación del despido económico deriva de la primacía del Derecho comunitario, y de la obligación de que ante su incumplimiento, el Estado adopte medidas suficientes para sancionar ese incumplimiento, como ha venido manteniendo el Tribunal de la hoy Unión Europea (TJUE), en su Sentencia de 8 de junio de 1994, Asunto C-383/92, que reitera en su sentencia de la misma fecha, asunto C-382/92.

Entendemos por tanto, que el problema de la ilegalidad del despido se centra en el procedimiento y en las consecuencias jurídicas que el ordenamiento anuda a tal despido. Es un problema de técnica jurídica.

2. PERSPECTIVA PROCESAL DEL DESPIDO NULO Y SUS CONSECUENCIAS LEGALES

Es el legislador quien opta libremente por fijar los efectos para el despido ilegal, puesto que, como hemos visto, no se afectan derechos fundamentales al elegir unos u otros efectos del despido ilegal (ejecución in natura o por equivalente pecuniario).

⁷ Se pretende hacer del despido nulo un “acto nulo, con nulidad absoluta, es imposible sanarlo por conformación”, según T. Iglesias Pérez, en “La nulidad radical de los despidos inconstitucionales”, tesis no publicada, Septiembre de 1986, p. 93.

⁸ STS de 23 de noviembre de 1981, que analiza un supuesto en que el despido, por ser contrario a derechos fundamentales, no puede ser ejecutado como cualquier otro despido nulo de su época, es decir, mediante el incidente procesal de no readmisión y la extinción indemnizada del contrato. Vid. en el mismo sentido las SSTC 140/1999 y 66/1993, entre otras.

Por tanto, es una elección de política legislativa que realiza la norma procesal estatal⁹, pero que permite ser mejorada por convenio¹⁰.

Si como ha mantenido el TC, no sufre ningún derecho constitucional por el hecho de que la sentencia se ejecute de una forma u otra, y que corresponde a la ley elegir la manera en que el despido declarado ilegal por sentencia se va a ejecutar, el problema consiste en que la elección de un modo u otro de ejecutar una sentencia de despido ilegal puede dar al despido ilegal una serie de efectos que se producirán aunque tal despido se realice contra la norma que regule el despido.

El despido improcedente, si se ejecuta por equivalente pecuniario produce unos efectos, aunque sea declarado ilegal, que se pueden relacionar con el ruptura de la relación laboral con efectos desde la decisión empresarial¹¹, declarada ilegal por hipótesis, pero que la sentencia no anula. Este ruptura lleva aparejada una indemnización a favor del trabajador, que no le resarce de todos los daños ocasionados, sino sólo de los que la norma establece¹², y cuya cuantía puede variar, puesto que el legislador al establecer la cuantía de la indemnización tiene en cuenta no sólo los intereses del sujeto dañado, sino también los intereses de la economía nacional¹³. Además, en caso de que no exista readmisión, los salarios de tramitación no se de-

⁹ Y que puede contradecir la norma sustantiva, puesto que, como se ha dicho "...la LPL de 1980 (RDL 1568/1980, de 13 de junio) dejó en letra muerta los motivos de nulidad del despido diseñados en el ET de 1980", según A. Baylos Grau, "El despido...", cit. p. 60, y ya afirmó antes M. R. Alarcón Caracuel en "El despido nulo en el Estatuto de los Trabajadores y en el Texto refundido de la Ley de procedimiento Laboral", publicado en el Tomo I de *Los convenios colectivos y la extinción del contrato de trabajo en la ley del Estatuto de los Trabajadores*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, 1981, al decir que la norma procesal, lo que ha hecho es "...eliminar en la práctica la distinción de efectos entre el despido nulo y el improcedente que el ET parecía querer restablecer".

¹⁰ Desde la STS de 11 de marzo de 1997 (RJ1997/2313), Recurso 3967/1996, el TS viene admitiendo que el convenio colectivo aplicable otorgue la opción entre indemnización o readmisión al trabajador, en contra del otorgamiento al empresario que hace la legislación heterónoma estatal, ya que no estamos ante una opción impuesta en una norma de derecho necesario absoluto.

¹¹ Art. 56.1 ET, in fine.

¹² El TC ha afirmado en su STC 68/1983, de 26 de julio, que la indemnización legalmente prevista en estos casos es una "compensación en la cuantía que el ordenamiento ha estimado adecuada del perjuicio sufrido por el trabajador", compensación legal que puede cambiar con el tiempo, y que en todo caso la impone el legislador, no el juez que analice los daños sufridos por la víctima del daño ilícito, el trabajador. Se contradice con ello el dogma de que la indemnización debe ser igual al daño sufrido, y que ha sido el fundamento de la conocida STC sobre los baremos, STC 181/2000, de 29 de junio, que declara inconstitucional impedir que el juzgador cuantifique los daños ocasionados por la conducta del sujeto que causa el daño. En el Derecho del Trabajo sí es constitucional, puesto que el Auto del TC 43/2014, de 12 de febrero, inadmite a trámite, por poco fundada, la cuestión de inconstitucionalidad que cuestionaba este motivo.

¹³ Y sabido es que una opción política pretende la reducción de la indemnización por despido ilegal porque facilitando el despido se crean puestos de trabajo, valga la contradicción.

vengan¹⁴, perdiéndose así una parte de la indemnización que antes ocasionaba el despido improcedente (considerando que la naturaleza jurídica de los salarios de trámite sea indemnizatoria), aparte de la reducción operada legalmente en la cuantía de la indemnización¹⁵.

El despido nulo no permite que el despido ilegal produzca efectos de tipo alguno, ya que aunque la decisión del empresario los produzca en un primer momento, dada la autotutela de intereses que tiene por ley el empleador, los anula a posteriori¹⁶. Así, la opción legal por la nulidad permite anular todos los efectos del despido ilegal, en tanto que la opción legal por la improcedencia no.

3. LA POSIBILIDAD DE EJECUCIÓN ALTERNATIVA

Las sentencias laborales pueden ser objeto de ejecución en sus mismos términos o por equivalente pecuniario y, como hemos referido *supra*, no existe violación de derecho constitucional alguno si la ejecución de sentencias no se hace *in natura*, sino por su equivalente pecuniario. Así, en la STC a 58/83, de 29 de junio, se afirma que “... *tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación*”. Precizando la STC 69/83, de 26 de julio, que la indemnización en estos casos es una “*compensación en la cuantía que el Ordenamiento ha estimado adecuada del perjuicio sufrido por el trabajador*”.

Sin embargo, esta compensación fijada legalmente, y considerada adecuada, no engloba la totalidad de perjuicios sufridos por el trabajador, sino los que la norma en cada momento considera qué es lo que se debe indemnizar por un hecho ilícito como es el despido ilegal. Se trata de una norma especial que regula de manera diferente lo estipulado por la norma general, que impone el resarcimiento de todos los daños causados por el hecho ilícito¹⁷. Resulta de ello una minusvaloración de los intereses del trabajador, que no ve indemnizados todos los daños que el despido ilegal le ocasiona, sino que tiene derecho sólo a una indemnización tasada por el legislador y que puede ser (y de hecho es) alterada en el tiempo. Es

¹⁴ El actual art. 56.2 ET sólo otorga el derecho a los salarios de tramitación en caso de readmisión.

¹⁵ El actual art. 56.2 ET cifra la indemnización por despido en 33 días por año, reduciendo los anteriores 45 días por año, con el límite de 24 mensualidades, siendo antes este límite de 42 mensualidades máximas.

¹⁶ A. Baylos Grau afirma en relación con el despido nulo que “...la readmisión del trabajador despedido, supone la recomposición del vínculo contractual” en “El despido...” cit, p. 28.

¹⁷ Vid. art. 1902 del Cód. Civil y STC 181/2000.

además, una contradicción con la STC 181/2000 de 29 de junio, relativa a los baremos de los daños producidos en los accidentes de circulación, ya que en el despido ilegal se trata de un hecho ilícito causado por el empresario, pero donde el juez no tiene libertad para establecer la cuantía de los daños, sino que viene fijada legalmente en atención no sólo de los intereses del trabajador, sino también de otros intereses que la norma pretende tutelar.

4-EL DERECHO AL TRABAJO NO ES UN DERECHO FUNDAMENTAL

El derecho al trabajo está reconocido en la Constitución española, art. 35, dentro de la sección dedicada a los derechos y deberes de los ciudadanos, según el cual: “1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. 2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores”. Se trata de un derecho que por su ubicación constitucional no está cubierto la protección especial que la Constitución contempla en el art. 53.2 para los derechos fundamentales, aplicable sólo a los derechos fundamentales, contenidos en la sección primera del Capítulo Primero de la Constitución, al derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación contemplados en el art.14, y al derecho a la objeción de conciencia recogido en el art. 30. Por tanto, el derecho al trabajo, al estar insertado en la sección segunda del capítulo primero de la Constitución, no va a gozar de esa protección especial que tienen los derechos fundamentales.

Se trata de un derecho económico y social que según la teoría clásica, no está especialmente amparado por el Estado, y necesita un desarrollo a nivel legislativo para poder ser alegado ante los tribunales¹⁸, por lo que no tiene la protección estatal que pueden tener otros derechos constitucionales¹⁹. Y aunque algunos autores han criticado esa falta de protección especial al derecho al trabajo²⁰, los tribunales siguen considerando al derecho al trabajo como un derecho que no la tiene por no ser de fundamental²¹. Por ello, se considera que un despido ilegal, como tal, no viola ningún derecho fundamental.

¹⁸ “Y es que el mito de la división de poderes es una idea-fuerza de tal magnitud que la posibilidad de reclamar ante un tribunal de justicia ha sido considerado como el máximo a lo que el individuo puede aspirar en sus relaciones con el Estado todopoderoso”, según M.R. Alarcón Caracul, en “Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar”, RPS n.º 121.

¹⁹ Y por ello, el TC ya ha dicho que el derecho al trabajo está “..., configurado en la Constitución más como objetivo al que se debe la acción de los poderes públicos que como derecho subjetivo frente al Estado...”, STC de 2 de julio de 1981, dictada en la Cuestión de Inconstitucionalidad 223/1980.

²⁰ Entre los que se encuentra M. R. Alarcón en la obra antes citada.

²¹ Así lo dice expresamente el TC, para el cual, “El derecho al trabajo no es un derecho fundamental, que lo son sólo los de la sección primera del capítulo II, título primero de la Constitución (arts.

5. LA READMISIÓN COMO MANERA DE PROTEGER OTROS INTERESES QUE NO SON LOS DE LA EJECUCIÓN

Llegados a este punto se puede mantener, por tanto, que no es el derecho a la ejecución en sus mismos términos lo que se protege con la calificación del despido como nulo, ya que como hemos visto, la ejecución de la sentencia de despido ilegal por su equivalente pecuniario no afecta a los derechos fundamentales. La declaración de nulidad de un despido viene a proteger otros derechos constitucionales que la ley tiene la obligación de proteger²².

En el despido disciplinario, los derechos que protege la declaración de nulidad de un despido son los derechos fundamentales del trabajador. Por ello se creó la figura del despido radicalmente nulo, que no podía dar lugar a la ruptura de la relación laboral, manteniéndola viva precisamente para protegerla de cualquier lesión de derechos fundamentales del trabajador. De lo contrario, si habría lesión de derechos fundamentales si, pese a ser declarada ilegal la extinción, ésta se produjera realmente. No se protege así solamente el despido frente a una decisión empresarial discriminatoria, sino frente a una decisión empresarial que lesione cualquier derecho fundamental del trabajador, no sólo la igualdad²³. Si el legislador admitiese que, pese a tratarse de un despido lesivo de derechos fundamentales, la decisión extintiva del empresario se mantuviese aunque fuera de forma indemnizada, sería la propia norma la que estaría cooperando en la lesión de derechos fundamentales del trabajador despedido.

Además, en lo que respecta al despido económico, el reino de España se obliga a hacer respetar el Derecho comunitario. Conforme al principio de cooperación leal, hoy recogido por el art. 4.3 del Tratado de la Unión Europea, el reino de España como estado miembro tiene la obligación de hacer que las normas europeas tengan eficacia directa en España, y hacer todo lo posible a nivel estatal para que así sea. La Unión Europea aprobó en su momento la Directiva 75/129 CEE, sobre

15 a 29), sino un derecho constitucional de los ciudadanos de los contenidos en la sección segunda del referido capítulo de la Constitución, a diferencia del carácter de derecho fundamental del derecho de tutela judicial efectiva del art. 24 CE", STC 44/2006, de 13 de febrero.

²² Así lo ha afirmado M.R. Alarcón Caracul, en "El despido en la doctrina del Tribunal Constitucional", Revista de Trabajo n.º 4, donde mantiene que en su Sentencia 38/1981, el TC no creó la figura del despido radicalmente nulo, sino que sentenció "que la discriminación y cualquier otra violación de derechos fundamentales del trabajador constituye una infracción de la Constitución cuya sanción no puede ser otra que la declaración de nulidad del acto que produce dicha violación" y que los efectos de esa declaración no pueden ser otros que el restablecimiento del demandante en sus derechos.

²³ Se han definido los despidos radicalmente nulos como "todos aquellos supuestos en que, al producirse un despido, se vulneran derechos constitucionales fundamentales" Vid. T. Iglesias, "La nulidad radical..."cit, p. 7.

despidos colectivos, que impone una serie de formalidades el empleador para proceder al despido colectivo, entre otras, el periodo de consultas en su art. 2. Para hacer que la norma que exige el periodo de consultas se cumpla, la declaración de nulidad del despido que incumpla las formalidades exigidas por la Directiva citada (y sus reformas) es necesaria, puesto que declarar improcedente el despido así realizado, otorgaría efectos a ese despido, aunque sea ilegal, y por tanto, se incumpliría la normativa europea. Eso es lo que pretende evitar el Tribunal de Justicia de la entonces Comunidad Europea, cuando afirmó que:

“Cuando una Directiva comunitaria no prevé sanciones específicas en caso de infracción de sus disposiciones o se remite, en este punto, a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales, el artículo 5 del Tratado obliga a los Estados miembros a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario. Con este fin, los Estados miembros, aunque conservan una facultad discrecional en cuanto a la elección de las sanciones, deben velar por que las infracciones de la normativa comunitaria sean sancionadas en condiciones de fondo y de procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional de naturaleza e importancia similares y que, en todo caso, confieran a la sanción un carácter efectivo, proporcionado y disuasivo (véanse, en lo que respecta a los Reglamentos, las sentencias de 21 de septiembre de 1989, Comisión/Grecia, 68/88, Rec. p. 2965, apartados 23 y 24, y de 2 de octubre de 1991, Vandevenne y otros, C-7/90, Rec. p. 1-4371, apartado 11)”²⁴.

Pero el interés de España en cumplir el Derecho comunitario ha sido relativo, y no ha impedido que por sentencia de 13 de mayo de 2015 (Asunto –392/13) el TJUE declare que el Derecho comunitario se opone a una legislación como la española, que establece como única unidad de referencia, la empresa y no el centro de trabajo, y con ello se obstaculiza el procedimiento de información y consulta a los representantes de los trabajadores. Se impone, pues, una reforma legislativa en la materia.

6. OTRAS CAUSAS DE NULIDAD EN EL DESPIDO POR EXIGENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO

A mi entender, cualquier directiva adoptada en el futuro por la Unión europea sobre el despido, ocasionará el deber del de España como estado miembro de adoptar medidas apropiadas para que tal norma comunitaria sea cumplida, y ello por las mismas razones que en caso de despido colectivo con defectos formales se in-

²⁴ STCE de 8-6-1994, asunto C-383/92, p.40 y, reiterando el argumento, la sentencia de la misma fecha, asunto C-382/82, p.55.

introduce por la normativa española la nulidad y no la improcedencia. La nulidad en estos casos, protegerá los compromisos europeos de España, no el derecho subjetivo al trabajo del art. 35 CE.

Por ello, si la Unión europea en el futuro genera una norma en materia de despido, sea disciplinario o de cualquier otro tipo, el Estado español habrá de transponerla al derecho interno de manera que se cumplan los objetivos de esta hipotética norma europea. Esto producirá que la sanción que prevea el ordenamiento español a la transgresión de tal norma comunitaria deba ser una sanción efectiva que permita el cumplimiento de los objetivos de la norma europea. Y esto sólo se podrá conseguir, a mi entender, con la declaración de nulidad, y con la privación de todos los efectos de la conducta contraria a tal norma comunitaria. En materia de despido, la consecuencia habrá de ser la nulidad, puesto que la improcedencia, como hemos visto, genera efectos de la conducta ilícita, que, por principio, no pueden ser admitidos si el Estado debe cumplir fielmente la norma comunitaria.

Esta exigencia puede ralentizar o impedir la existencia de normas comunitarias en materia de despido, como hasta el momento ha ocurrido. La Unión europea no adopta norma alguna en materia de despido porque su adopción producirá la obligación de todos los Estados miembros de garantizar el efectivo cumplimiento de las normas comunitarias que se adopten. Esto puede ocasionar que determinados estados, como el español, legislen en materia de despido estableciendo la nulidad y la privación de cualquier efecto de determinadas conductas que actualmente, aunque sean ilegales, producen efectos según la normativa nacional. Por ello la Unión europea no ha hecho, hasta la actualidad, una regulación general del despido, aunque sí ha legislado sobre determinadas materias que inciden tangencialmente en el despido, como en el supuesto del acoso.

Respecto del acoso, establece actualmente el art. 54.g) del Estatuto de los Trabajadores, que es causa de incumplimiento contractual, sancionable con el despido, “g) *El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.*”

Se entiende con ello, que se está protegiendo a los trabajadores de la empresa que sean objeto de acoso en el trabajo por otro trabajador, ya que quien realice tal comportamiento puede ser despedido por el empleador. Con ello, y a nuestro entender, se están cumpliendo las obligaciones que le incumben al reino de España impuestas por la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). El art. 17, y siguientes de esta directiva, impone a los estados

miembros de la Unión Europea una serie de obligaciones a cumplir para la efectividad de la misma, efecto común de cualquier directiva, norma mediante la que se fijan los objetivos a cumplir pero no los medios que se dejan a la voluntad de los estados miembros²⁵.

Para proteger los intereses de las personas sometidas a acoso es por lo que el Estatuto de los Trabajadores, cumpliendo con ello las obligaciones impuestas al Estado español por las directivas citadas, permite el despido de las personas que lo ocasionen, despido que, si cumple los requisitos formales y se demuestra en juicio la realidad de los hechos, será calificado por el órgano judicial como procedente. Si no se pudiese probar los hechos imputados al supuesto acosador, el despido no sería declarado nulo sino improcedente porque no lesiona ningún derecho fundamental del trabajador que ocasiona el acoso, ni incumple ninguna obligación comunitaria.

Pero en todo caso, hay que dejar constancia de que la norma existe, precisamente, para dar cumplimiento por el Estado español a la Directiva citada, y para proteger con ello no sólo el derecho a no ser discriminado de los trabajadores víctimas de esta situación (cosa que afecta al derecho a la igualdad del art. 14 CE), sino también para dar cumplimiento a las obligaciones que se imponen al reino de España por la directiva citada.

Es de hacer notar que en la redacción original del Estatuto de los Trabajadores (la aprobada por la Ley 8/1980, y publicado en el BOE de 14-3-1980) no aparecía esta causa de despido, ya que ésta fue introducida en nuestro ordenamiento por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuya disposición adicional décimo primera introduce, entre otros, este supuesto.

La citada Ley Orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres modifica otras disposiciones de nuestro ordenamiento, entre ellas la entonces vigente Ley de Procedimiento Laboral, para declarar la nulidad de los despidos que tengan como móvil alguna causa de discriminación. Actualmente, los arts. 108 y 122 de la hoy vigente Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social, viene a recoger la misma nulidad que se regula en la Ley Orgánica citada, en cuyo preámbulo se afirma que “La igualdad es, asimismo, un principio fundamental de la Unión Eu-

²⁵ El art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo art. 249 del TCE) establece, entre otras cosas, que “La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”. Por tanto todas las directivas comunitarias establecen obligaciones al Estado miembro destinatario.

ropea. Desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999, la igualdad entre mujeres y hombres y la eliminación de las desigualdades entre unos y otros son un objetivo que debe integrarse en todas las políticas y acciones de la Unión y de sus miembros. Con amparo en el antiguo artículo 111 del Tratado de Roma, se ha desarrollado un acervo comunitario sobre igualdad de sexos de gran amplitud e importante calado, a cuya adecuada transposición se dirige, en buena medida, la presente Ley. En particular, esta Ley incorpora al ordenamiento español dos directivas en material de igualdad de trato, la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro”.

A mi entender, los despidos nulos que la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres viene a introducir en nuestro ordenamiento son especificación y concreción de la causa general, ya vista, que establece que los despidos con violación de derechos fundamentales son nulos, y que ya hizo la STC 38/81. Esta Ley, en cumplimiento de las obligaciones que impone la directiva citada (y otras anteriores) viene a concretar la cláusula general ya existente anteriormente en nuestro ordenamiento jurídico. Y ello porque la calificación de nulidad de los despidos que introduce, ya podía entenderse aplicable en España con anterioridad, por subsunción en la norma que declara la nulidad de los despidos que causen discriminación.

7. CONCLUSIONES

La declaración de un despido ilegal como improcedente o como nulo es una decisión política que se adopta por el legislador en cada momento para determinar las consecuencias de los despidos que contrarían la ley. Estos despidos contrarios a la ley pueden mantener unas determinadas consecuencias pese a ser contrarios a la Ley, o impedirse las mismas mediante su nulidad, según se opte políticamente por parte del legislador. Así, la declaración de un despido ilegal como improcedente le permite tener una serie de consecuencias jurídicas, y la declaración de nulidad intenta anular todas esas consecuencias jurídicas, ya que la posibilidad de autotutela de intereses por el empresario y no por el trabajador, no es discutida en los supuestos de despido.

No se protege, con la declaración de nulidad del despido, el derecho al trabajo recogido en el art. 35 de la Constitución, ya que no se considera como un derecho fundamental necesitado de especial protección, por lo que el legislador entiende que el derecho subjetivo al trabajo también es protegido cuando la readmisión se sustituye por una indemnización tasada por la ley, en caso de despido ilegal. Lo que se protege con la declaración de nulidad son otros derechos fundamentales del tra-

bajador, o las obligaciones comunitarias aceptadas por el reino de España. Con ello, la nulidad se establecerá en el futuro cuando se pretendan proteger derechos distintos del derecho al trabajo, o cuando se imponga por las normas comunitarias la obligación del Estado de proteger los derechos que aquéllas especifiquen. Para nuestra legislación, por tanto, el derecho al trabajo se protege facilitando el despido mediante la declaración de improcedencia, y no mediante la nulidad del despido que queda así reservada para la protección de otros derechos diferentes.

En todo caso, será habrá una nueva causa para que la legislación española declare la nulidad de un determinado despido cuando así lo exija una norma comunitaria obligatoria para el Estado. Con ello, cualquier futura regulación a nivel comunitario que afecte a la regulación nacional del despido, hará que ésta no establezca la improcedencia del despido ocurrido contra la normativa europea, sino su nulidad. Lo contrario sería el incumplimiento por parte del Estado español de conferir a la sanción que el ordenamiento español impone a tal acto contrario a Derecho comunitario, un carácter efectivo, proporcionado y disuasivo.

5. DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

LA TUTELA SOCIALE EN EL MERCADO DE TRABAJO: PASADO, PRESENTE, Y ¿EL FUTURO?*

GIAN GUIDO BALANDI

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Ferrara (Italia)*

SOMARIO

1. UN POCO DI STORIA
2. LE VARIE CONDIZIONI DI DEBOLEZZA SUL MERCATO
3. RICOSTRUZIONE SISTEMATICA DEGLI STRUMENTI DI TUTELA
4. UNA RIFLESSIONE D'INSIEME E RIVOLTA AL FUTURO

* Questo scritto deve alcune delle sue parti alla voce Mercato del lavoro (tutele nel) in corso di stampa nell' Enciclopedia del Diritto - Appendice.

1. UN POCO DI STORIA

Il potere politico si è sempre occupato del mercato del lavoro, per lo meno a partire dalla fine del lavoro schiavistico. Nella sua brillante ricostruzione storica, Matt Finkin ricorda una legislazione inglese del quattordicesimo secolo: disposizioni intese a regolare non solo i salari ma più in generale il mercato del lavoro «*notably hiring and workers mobility*»¹, peraltro seguendo le precedenti esperienze di città e villaggi. Ma è agli albori della industrializzazione che questo appare con grande evidenza. Richiamo qui una vicenda storica alla quale ho già dedicato attenzione in un risalente studio sugli stessi temi: l'affermarsi nella Inghilterra degli anni '30 del secolo XIX del principio di *less eligibility*. In buona sostanza la completa subordinazione di qualsiasi forma di tutela all'andamento del mercato del lavoro. Ecco il testo completo che enuncia il principio in questione, come elaborato dalla Commissione che preparò il *Poor Law Amendment Act* del 1834: «La prima e più importante di tutte le condizioni è che la situazione dell'individuo tutelato non sia resa realmente o apparentemente desiderabile quanto la situazione del lavoratore del più basso livello»².

Ho fatto riferimento a qualsiasi forma di tutela; siamo infatti in sede di riforma delle *Poor Laws*, interventi che non distinguono in ragione della causa produttrice della condizione di bisogno, e non a caso: è solo con l'avvento della tecnica assicurativa che l'attenzione si sposta da questa all'evento generatore.

Dunque la povertà –la disponibilità di risorse insufficienti a far fronte alle esigenze della sopravvivenza: vestiti, cibi, riscaldamento– è la condizione alla quale si proponevano di porre un sollievo, regolandone gli aspetti più potenzialmente eversivi dell'ordine costituito, i sistemi ai quali sto accennando. Tale regolazione riguardava al contempo aspetti della devianza criminale e della collocazione sul mercato del lavoro: le *working houses* erano appunto luoghi di lavoro e di detenzione³.

E' significativo dunque che al progressivo formarsi di una economia capitalista tale conforto e controllo passasse attraverso una accentuazione dell'elemento di governo del mercato del lavoro. In altri termini, il controllo della posizione nel mercato del lavoro assumeva il valore di un contrasto alla condizione di povertà, seppure sempre con il meccanismo mercantile nel ruolo di elemento dominante,

¹ FINKIN, *The Past and Future of Labor Law in Comparative Perspective*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XV, Tübingen, 2014, p. 8 dell'estratto.

² BALANDI, *Tutela del reddito e mercato del lavoro nell'ordinamento italiano*, Milano, 1984, 195 ss. e ivi riferimenti

³ PIVEN, CLOWARD, *Regulating the Poor*, London, 1972.

come abbiamo visto nel principio sopra citato, fondandosi con ciò quella opposizione tra “povero” e “occupato”, che ha resistito per lunghi decenni e che solo di recente è stata “scandalosamente” frantumata. Quello che un tempo era un ossimoro -“lavoratore povero”- ha perso tale carattere, retoricamente rilevabile, per diventare una realtà in molte situazioni⁴.

Il passaggio alla tecnica assicurativa per sopperire a condizioni di bisogno rappresenta, più che una evoluzione, un vero e proprio cambiamento di paradigma sistemico. Perde rilievo infatti la condizione in cui versa il singolo cittadino (o ancora suddito) e sono poste al centro condizioni di bisogno socialmente rilevanti in cui versano “potenzialmente” interi gruppi di cittadini. Potenzialmente: infatti non è più l’attualità della condizione di bisogno ma il “rischio” che tale condizione si verifichi a costituire l’oggetto dell’intervento, e dunque lo strumento per prevenire le conseguenze del verificarsi del rischio è –conosciuto ormai da qualche secolo in campo commerciale– l’assicurazione.

Questo comporta l’individuazione di rischi specifici anche al fine di poterli “processare” secondo le tecniche proprie dell’assicurazione: in particolare, occorre valutare con precisione attuariale il rischio in relazione alla platea degli assicurati, valutazione dalla quale ricavare i costi e i *benefit* da corrispondere all’occorrenza dell’evento in questione. In questo modo la condizione sul mercato del lavoro perde la propria passata centralità, per fare venire in rilievo “rischi sociali”⁵ precisamente individuati: la malattia, l’infortunio sul lavoro, l’invalidità.

Come è ampiamente noto, questo processo inizia a svilupparsi nell’ultimo quarto del secolo XIX e nel modo più incisivo –o per lo meno tramandato come tale– nel Reich tedesco appena unificato sotto il cancellierato di Bismack⁶. Proprio i tre rischi appena ricordati sono tra i primi, l’infortunio in particolare è il primo a essere assicurato anche nell’ordinamento del Regno d’Italia, mentre all’invalidità si associa la vecchiaia⁷. Solo in un secondo tempo⁸ la posizione sul

⁴ SARACENO, *Il lavoro non basta. La povertà in Europa negli anni della crisi*, Milano, 2015 ; *Droit social et travailleurs pauvres*, sous la direction de AUVERGNON, Bruxelles, 2013.

⁵ Ancora significativo il richiamo allo studio fondante di PERSIANI, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Padova, 1960, spec. 317 ss.

⁶ Ricostruzione amplissimamente frequentata in letteratura, v. per tutti una delle più esaurienti redatta in occasione del centenario della prima legislazione ZÖLLNER, *Germany*, in *The Evolution of Social Insurance 1881-1981*, London, 1982.

⁷ Per una stringata sintesi storica v. di recente BALANDI, *L’eterna ghirlanda opaca: evoluzione e contraddizione del sistema italiano di sicurezza sociale in Lav. dir.*, 2015, 313.

⁸ In Italia con il d. lg. lt. 21 aprile 1919, n. 603; in Gran Bretagna nel 1911 con il National Insurance Act (OGUS, *Great Britain*, in *The Evolution cit.*, p. 154) e in Germania solo nel 1927 dopo una lunghissima gestazione (ZÖLLNER, *op. cit.* 50); in Francia si dovette attendere fino al 1958, quando la materia fu regolata da un accordo interconfederale (LABORDE, *Droit de la sécurité sociale*, Paris, 2004, 78).

mercato del lavoro –la disoccupazione– è stata oggetto di protezione e la ragione non è difficile da attingere: a differenza degli altri eventi, tutti personalmente afflittivi, la disoccupazione è –o può essere considerata– afflittiva solo in relazione alla mancanza di reddito e perciò richiede una speciale attenzione; e una tutela economica di quella condizione può interferire con il funzionamento del mercato del lavoro negli stessi termini messi bruscamente in evidenza dal principio di *less eligibility*. Non a caso, mezzo secolo più tardi, la Costituzione italiana sentirà il bisogno di aggettivare come “involontaria” solo la disoccupazione, tra gli eventi indicati nell’art. 38.2, mentre, a rigore, anche sugli altri può incidere in qualche modo la volontà dell’assicurato.

2. LE VARIE CONDIZIONI DI DEBOLEZZA SUL MERCATO

Nell’assetto originario della tutela nel mercato del lavoro era dunque solo la disoccupazione a essere presa in considerazione. Era una mancanza di lavoro tuttavia non priva di una qualificazione: i manuali parlavano di disoccupazione “frizionale”, prodotto di un mercato del lavoro stabile nel quale tale mancanza fosse un episodio occasionale, quindi di breve durata per connessione con temporanee oscillazioni economiche e/o produttive. Tale qualificazione dell’evento si rifletteva in una qualificazione dei soggetti protetti: potevano godere della tutela –erano cioè assicurati– i lavoratori “*regularly attached to the labour market*”⁹, ossia non precariamente occupati. E’ evidente lo schema assicurativo: l’evento è futuro e incerto per i primi mentre per i secondi è certo, quindi non assicurabile. Ed altrettanto evidente è che l’“esercito industriale di riserva” tale doveva rimanere e quindi non godere di una protezione che ne snaturasse la “funzione” di calmieri delle riven dicazioni dei lavoratori.

Più di un secolo è trascorso e all’apparenza di profondi cambiamenti –che indubbiamente sono intervenuti– si accompagna la percezione di alcuni tratti di continuità, per qualche verso, e anche di ritorno al passato. La segmentazione del mercato del lavoro, per esempio, può ricordare quella degli albori della industrializzazione con le molteplici forme di impiego, che facevano da contorno agli occupati della nascente grande fabbrica: con la differenza che questa allora era appunto il “futuro”, mentre oggi è il “passato”, per cui misurare su questa forma di occupazione i paradigmi di tutela appare quanto meno di corto respiro.

⁹ La letteratura del Regno Unito ha sviluppato questi temi anche perché quella per la disoccupazione, introdotta nel 1911, era l’unica forma di protezione sociale basata sulla forma assicurativa, sulla scorta dell’esperienza tedesca. V. OGUS, BARENDT, *The Law of Social Security*, London, 1988, spec. 63-64.

Conviene dunque allargare lo sguardo ad altre situazioni di debolezza sul mercato del lavoro al di là della disoccupazione “frizionale” degli stabilmente occupati, che oggi appare, da un lato, un fenomeno minoritario e, dall’altro, l’obiettivo del (discusso) programma europeo di *flexicurity*¹⁰: una rapida e assistita transizione da una occupazione a un’altra.

Volendo esercitarsi in una sorta di tassonomia della odierna debolezza nel mercato del lavoro, la prima citazione la merita la disoccupazione giovanile, che meglio sarebbe definire di ingresso nel mercato del lavoro: la soglia infatti si è ormai alzata a un’età che in altra epoca si sarebbe definita di piena maturità. In ogni caso, il fattore di debolezza qui è dato appunto dall’ingresso nel mercato e non certo dall’età in sé considerata. Difficoltà d’ingresso che segnala come problema certamente tra i più importanti –anche se non unico– quello della formazione scolastica e del suo rapporto con la formazione sul lavoro e pertanto delle varie forme di apprendistato.

All’estremo opposto del ciclo vitale si colloca invece la disoccupazione, qui non più definita con riferimento anagrafico –senile, bisognerebbe chiamarla, ma forse è *politically incorrect*– bensì in uscita dal mercato e meglio ancora sarebbe da classificare come *species* della disoccupazione di lunga durata. Il *genus* infatti può riguardare anche il periodo non terminale della vita attiva e assumere dunque caratteristiche –e richiedere provvedimenti di tutela– diversi dal precedente. Peraltro, la disoccupazione di lunga durata è fenomeno conosciuto dagli albori della tutela (economica) della mancanza di lavoro, ma proprio per questa sua caratteristica che la rendeva difficilmente assicurabile, esclusa dalla protezione.

Accanto alla mancanza di lavoro in entrata nel mercato e a quella *long standing* sia al termine sia nel corso della vita attiva, occorre poi registrare, come ulteriore forma di debolezza, l’irregolarità dell’occupazione. Si badi bene: non è che non sia sempre esistita occupazione irregolare o precaria; essa tuttavia non emergeva nel quadro della “narrazione” della disoccupazione, in ragione della sua esplicita esclusione da ogni forma di tutela, come ho ricordato poco sopra. Tutela riservata in favore degli stabilmente occupati e formalmente garantita, e giustificata dal punto di vista della coerenza del sistema, dal potente strumento dell’assicurazione.

L’assicurazione continua a giocare anche oggi nell’ordinamento italiano un certo ruolo nelle protezioni previste per alcune situazioni di irregolarità¹¹. Tra le

¹⁰ Da quando è stato lanciato, a metà del primo decennio del nuovo secolo, il programma di *flexicurity* ha provocato la pubblicazione di una quantità sterminata di scritti, v. solo BEKKER, *Flexicurity: the emergence of a European Concept*, Cambridge, 2012.

¹¹ RENGÀ, *Post fata resurgo: la rivincita del principio assicurativo nella tutela della disoccupazione*, in *Lav. dir.*, 2015, 77.

quali conviene comunque in questa sede operare alcune distinzioni. Si annoverano normalmente, tra le occupazioni dipendenti precarie, il contratto a termine e quello a tempo parziale. E in effetti questi contratti possono tradursi in situazioni di particolare instabilità, ma non necessariamente, e può proprio succedere, che proprio quando generano debolezza non riescono nemmeno a generare tutela. Restando nell'area dei contratti di lavoro subordinato, sicuramente "precari" sono da considerare il lavoro intermittente; il lavoro somministrato; il lavoro accessorio, conosciuti –in varia forma– anche in altri sistemi giuridici.

La irregolare o precaria presenza sul mercato del lavoro non è tuttavia limitata a figure di lavoratori dipendenti: da alcuni decenni è socialmente –e anche dall'ordinamento– apprezzata la figura del lavoratore autonomo economicamente debole o almeno "non forte"¹². Si tratta delle collaborazioni coordinate e continuative: una *enclave* nella quale sono stati sospinti o si sono rifugiati i colpiti dalla "fuga dal lavoro dipendente", per correggere le cui distorsioni all'inizio degli anni 2000 è stata creata la figura particolare del collaboratore a progetto, destinata dalla legislazione più recente ad una imminente fine. Residuano tuttavia le generiche collaborazioni autonome, le più precarie delle quali rientrano nel campo di applicazione delle tutele nel mercato del lavoro.

Resta infine da accennare a un'ultima condizione di debolezza nel mercato, quella che si realizza non con la perdita del posto di lavoro ma con la riduzione dell'impegno che esso comporta, in termini di orario e quindi di retribuzione. Fuor di generalizzazione è dunque il caso delle riduzioni di orario, fino alla sospensione (o riduzione a zero ore). La storia della protezione di questa forma di debolezza sul mercato –almeno fino ad un certo momento tipica dell'ordinamento italiano– parte anch'essa da lontano –dalla seconda guerra mondiale e dalle interruzioni che gli eventi bellici causavano– e mostra sin dall'inizio il suo volto duplice di tutela dell'interesse sia del lavoratore alla continuità del reddito sia del datore a evitare la dispersione della "sua" forza lavoro, ovvero –forse soprattutto in epoca recente e nella maggior parte delle ipotesi– a evitare le tensioni sociali connesse ai licenziamenti. Dal punto di vista della astratta debolezza, questa condizione non è dissimile da quella di chi si veda costretto comunque a un impiego ridotto (tempo parziale, intermittente ecc.); tuttavia permane la differenza tra una condizione per così dire "originaria" e una che deriva dalla trasformazione di una precedente "non debole" o "meno debole".

¹² E' interessante richiamare l'evoluzione della protezione sociale del lavoro autonomo, il cui inizio può forse essere rintracciato, fin dagli anni '30 del secolo passato, nella figura dell'agente e rappresentante di commercio – sulla quale si modellerà poi la collaborazione coordinata e continuativa – e nella relativa previsione di tutela pensionistica. La tutela nel mercato del lavoro è invece fenomeno recentissimo.

3. RICOSTRUZIONE SISTEMATICA DEGLI STRUMENTI DI TUTELA

Le disposizioni della Costituzione italiana disegnano con esemplare chiarezza quelli che sono (dovrebbero essere) gli strumenti di tutela delle condizioni di debolezza nel mercato del lavoro agli articoli 4 e 38. A mente del primo, “La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto”. Il secondo sancisce il diritto dei lavoratori a “che siano previsti e assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di (...) disoccupazione involontaria”. Detto altrimenti, la tutela si esercita –dovrebbe esercitarsi– nella duplice direzione della garanzia di un reddito sostitutivo di quello generato dall’impiego e da un sostegno nella ricerca di una occupazione. Detto nel linguaggio corrente: le politiche attive e le politiche passive di contrasto alla disoccupazione.

Storicamente, la tutela del reddito è stata la forma quasi esclusiva di intervento pubblico fino a epoca molto recente; la modalità tradizionale di organizzazione del collocamento pubblico è infatti difficilmente classificabile come “politica attiva”. Strumento esclusivamente finalizzato a un’“equa ripartizione del bene scarso occupazione” attraverso il meccanismo delle liste organizzate secondo criteri di meritevolezza sociale, gli era estranea qualsiasi attività promozionale della domanda o della facilitazione dell’incontro tra offerta e domanda.

La tutela del reddito, dunque, si attua attraverso trasferimenti di reddito a opera di un soggetto pubblico. Dal punto di vista sistematico si possono distinguere varie modalità di organizzazione di tali trasferimenti i cui elementi costitutivi sono i seguenti: l’unità temporale di riferimento; la determinazione dell’ammontare per unità temporale; la durata del trasferimento.

Quanto alla unità temporale essa normalmente corrisponde alle tradizioni degli ordinamenti –in quello britannico ad esempio è di solito la settimana– ovvero ai contesti in cui si inserisce il trasferimento stesso. Così nell’ordinamento italiano sono la giornata e la settimana per le tutele in materia di disoccupazione e il mese per quelle in materia di sospensioni.

Più complesse le questioni poste dalla determinazione dell’ammontare. La prima *summa divisio* è tra cifra fissa e cifra variabile; ma poi occorre prendere in considerazione le varie possibili *rationes* della variabilità. Una prima *ratio* può fondarsi su elementi pregressi, che a loro volta possono articolarsi principalmente nel riferimento a retribuzione o a contribuzione, e di queste è evidente l’origine sistematica assicurativa. Un’altra può prendere in considerazione il tempo trascorso dall’inizio dell’erogazione per procedere a una progressiva riduzione (in astratta ipotesi anche a un aumento). Nel contesto dell’ammontare della prestazione è da tenere in considerazione anche l’importante componente rappresentata dalla c.d.

contribuzione figurativa –la contribuzione al sistema pensionistico non versata ma che verrà calcolata al momento del maturare del diritto al trattamento– tuttavia non generalizzata in tutte le previsioni di prestazioni per disoccupazione.

La durata della prestazione, sempre rapportata al permanere delle condizioni di accesso, è normalmente fissata nel limite massimo; questo può essere unico o articolato in più termini, la cui scadenza determina conseguenze, ad esempio sull'ammontare, come visto poco sopra; possono inoltre essere previsti meccanismi di proroga. Inoltre, anche la durata massima, come già *supra* l'ammontare, può essere parametrata su un elemento pregresso, e precisamente la durata dell'occupazione in un periodo precedente predeterminato. Nella maggior parte dei casi la durata massima è fissata in termini generali dalla fonte legislativa, ma in alcuni casi può anche essere lasciata all'amministrazione erogante, ed essere condizionata dalla disponibilità delle risorse necessarie.

Le possibili combinazioni di questi elementi esprimono scelte di politica legislativa e sociale riconducibili a diversi modelli di sicurezza sociale. Alcune esemplificazioni sono possibili.

Il *flat rate benefit* per una durata massima tendenzialmente breve è parte certamente di un sistema a protezione minima, coerente con l'idea del ristoro della disoccupazione meramente "frizionale". E' un modello del quale ci sembra difficile affermare la coerenza con i programmi di eguagliamento sostanziali, tipici delle costituzioni sociali come quella italiana, dove è incardinato nel secondo comma dell'art. 3, nonché con il principio di adeguatezza delle prestazioni, anch'esso costituzionalmente rilevante. L'ammontare e la durata rapportati a componenti della precedente occupazione, oltre a ricondursi alla sistematica assicurativa come già accennato, esprimono certamente un rilievo e una considerazione della meritevolezza sociale, molta o poca che sia, della quale il soggetto tutelato è portatore, e acquistano significato anche rispetto alla circolazione solidaristica delle risorse.

In particolare l'impiego come parametro del precedente salario può mettere in evidenza –sia in positivo sia in negativo– la considerazione del ricordato principio di adeguatezza. Questo viene in discussione anche nell'ipotesi di trattamento decrescente con il decorrere del tempo, che può condurre alla violazione dello stesso principio, e che in ogni caso mette in luce un tentativo di affiancamento alle politiche attive. Affiancamento che appare basato su una sorta di razionalità mercantile –la scelta "razionale" tra un'indennità e un salario che competono verso il basso– ovvero, detto altrimenti, sulla forza della costrizione economica ad attivarsi nella ricerca di un lavoro sempre più "qualsiasi".

4. UNA RIFLESSIONE D'INSIEME E RIVOLTA AL FUTURO

Il sistema italiano di tutele nel mercato del lavoro è stato ampiamente modificato nel quadro della complessa legislazione che è stata attuata nel corso del 2015, della quale non è possibile qui fornire dettagliata illustrazione¹³. Se ne possono però sottolineare alcuni tratti, utili per qualche considerazione d'ordine generale.

In primo luogo occorre constatare la evidente difficoltà di procedere a disegnare ed attuare la fondazione di un assetto relativamente stabile di tale parte dell'ordinamento, infatti si è trattato ancora una volta più che altro di un aggiustamento. Lo rivelano ad esempio le proroghe di trattamenti preesistenti e già più volte in passato presentati come di imminente abbandono.

Ovviamente, è opportuno precisare che, ad avviso di chi scrive, non è il *work in progress* ad essere criticabile. E' ben possibile che il legislatore proceda a una costruzione progressiva, anche mediante aggiustamenti, a patto però che se ne ravvisi il disegno unitario e finalistico. Il che non appare nell'insieme della normativa più recente entrata in vigore nella legislazione italiana.

Si veda, per fare un esempio importante, la sopravvivenza –o addirittura la reviviscenza– di frammenti assicurativi mischiati ad altri di tipo assistenzialistico. Con questo non si vuole affermare che un modello sia buono o cattivo in assoluto o che debba mantenersi inalterato nel mutare dei dati sociali che è chiamato a regolare. Nel caso di un istituto di nuova creazione –una tutela per disoccupati di lungo periodo– vi confluiscono elementi classicamente assistenziali, quale il limite delle risorse messe a disposizione, per cui la situazione giuridica del destinatario può difficilmente qualificarsi diritto soggettivo. Ancora della medesima appartenenza sistematica è senz'altro il *means test* che ne limita a “bisognosi” variamente qualificati la destinazione.

In buona sostanza, alla disoccupazione di lunga durata questa legislazione propone una tutela che combina i paradigmi della previdenza e dell'assistenza, costituzionalizzati rispettivamente nei commi secondo e primo dell'art. 38. E' questa una prospettiva di “sicurezza sociale”, secondo gli auspici più volte espressi in dottrina¹⁴ di integrazione tra i principi espressi nei due commi? Se l'integrazione era –come era– intesa nel senso dell'arricchimento reciproco delle due prospettive –l'universalismo dell'assistenza e la certezza del diritto previdenziale– qui viceversa

¹³ Sia consentito il rinvio alla mia voce Mercato del lavoro (tutele nel) in Enc. Del dir. Appendice, 2016, dalla quale anche questo scritto trae spunto.

¹⁴ A partire dal seminale studio di PERSIANI, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Padova 1960. Al quale adde *si licet* BALANDI, *Sicurezza sociale*, in *D. disc. priv., sez. comm.* Vol. XIII, 419.

assistiamo a un reciproco impoverimento: la recente tutela è selettiva come la previdenza e *means tested* e limitata alle risorse disponibili come l'assistenza.

Un tema che la recente legislazione ha posto con particolare evidenza è quello di una rafforzata "condizionalità" a carico del beneficiario delle tutele ed è questo un altro luogo dove si addensano le contraddizioni. Come è stato ben messo in luce, se la logica dei trattamenti è quella della meritevolezza assicurativa, che rapporta la durata del trattamento e l'ammontare del *benefit* alla pregressa attività del lavoratore, «non si vede allora perché, una volta maturato, il godimento di tale diritto debba essere condizionato da sempre più gravosi oneri di attivazione»¹⁵.

Inoltre, fuori da ogni sistematica, la lista di adempimenti a carico del disoccupato e delle sanzioni ha più l'aspetto di un percorso a ostacoli disseminato di trappole che non di un disegno di leale collaborazione in vista del comune obiettivo della rioccupazione.

Quest'ultima dovrebbe essere –come noto– la seconda gamba della *security* –tutela nel mercato– assieme alla protezione economica, entrambe riequilibratrici della *flexi*, robustamente assicurata ai datori di lavoro da altre componenti del più recente disegno legislativo italiano. Ma proprio la protezione economica appare essere costruita nelle strette maglie dello schema assicurativo, rendendo ulteriormente claudicante, perché contraddittorio, il proclamato progetto di *flexicurity*.

In primo rilievo, tra gli obiettivi politici della recente stagione legislativa, in coerenza anche con obiettivi europei, c'era l'ampliamento della platea dei destinatari, ma l'utilizzo di frammenti di schema assicurativo non garantisce il perseguimento della universalizzazione della tutela. Proprio in virtù degli stessi meccanismi la selettività è aggravata dal lasciare privi di protezione proprio i soggetti più deboli, cioè coloro che vantano la storia occupazionale più precaria. Così come tra i più deboli si trovano gli inoccupati, tendenzialmente i giovani in cerca di prima occupazione, per i quali l'insieme normativo del 2015 nulla prevede.

Una breve annotazione relativa al tema della solidarietà è opportuna. Da due punti di vista: il primo è quello della «logica individualistica»¹⁶ che presiede alla determinazione del *quantum* della tutela, sia come ammontare del *benefit*, sia come durata della corresponsione, in quanto rapportato alla pregressa storia occupazionale. Il secondo profilo è dato dalla mancanza, per quanto riguarda i trattamenti di

¹⁵ ORLANDINI, *op. cit.*, 75.

¹⁶ ORLANDINI *op. cit.* 70.

disoccupazione, di qualsiasi dimensione collettiva. L'organizzazione sindacale è totalmente assente negli strumenti di tutela della disoccupazione e anche nell'organizzazione e gestione delle politiche del lavoro.

La prospettiva storica dalla quale ho preso l'avvio impone per terminare brevi considerazioni conclusive nello stesso registro.

Il tema è il disorientamento che si percepisce nell'insieme degli ordinamenti di protezione sociale. Decenni di liberismo mercantilistico, producendo un incontrollato individualismo ad ogni livello di aggregato sociale –dalle piccole patrie che stanno annichilendo la prospettiva europea giù giù fino alle famiglie, l'una contro l'altra armate nei condomini– appare avere cancellato qualsivoglia legittimazione alla solidarietà. E la solidarietà, variamente articolata, anche limitata e ristretta, costituisce comunque l'ingrediente imprescindibile di qualunque costruzione di protezione sociale che si basa, richiamandosi al carattere essenziale, su una redistribuzione di risorse: da chi ha a chi non ha.

Il disorientamento, che pure pervade ogni campo della protezione sociale, si manifesta nel modo più clamoroso quando è in gioco la solidarietà attorno non a vicende della “vita” –così si possono chiamare la nascita, la malattia, l'invalidità, la vecchiaia, la morte– ma a un comportamento in un mercato, quale appunto è il “lavorare”, in tutte le varianti che sono venute in evidenza in questo studio.

L'incertezza sistemica che si è cercato di mettere in luce appare proprio il riflesso di questa irrisolta tensione tra la pervasività dell'individualismo mercantilistico e la sopravvivenza, a livello ordinamentale e politico, di frammenti solidaristici ereditati dall'epoca che è giocoforza chiamare “precedente” a quella attuale. Tali frammenti sono non solo ispirati ad un valore che appare ora non egemone (appunto la solidarietà) ma anche radicati nel modo di produzione e di circolazione economica di “allora”.

Questa doppia eterogeneità rispetto al presente, tecnologico e globalizzato, getta qualche lama di luce sulla legislazione affastellata e confusa, sulle norme che inseguono nella complessità un traguardo di adeguatezza alla complessità del reale, mostrando l'incapacità di cogliere i dati essenziali. Tutto ciò non è il prodotto della insipienza tecnica o della mera volontà politica del legislatore, è lo specchio di quello “stato del mondo” al quale ho fatto cenno e che non è certo ribaltabile dal volontarismo di un singolo Parlamento.

Sul piano del tema più preciso qui affrontato –le tutele nel mercato del lavoro– se, come ho scritto *supra*, in principio era solo il mercato del lavoro a regolare l'universo della tutela sociale, oggi si manifesta di nuovo una forte capacità della posizione del singolo nello stesso mercato di condizionare l'insieme della prote-

zione sociale. E ciò appare vero per quanto di tutela continua a restare, o è ritornato ad essere, collegato alla condizione occupazionale e non è trascorso nel, peraltro sempre più eroso, patrimonio del cittadino in quanto tale. Insomma, anziché la somma in positivo del principio assistenziale con quello previdenziale nella prospettiva della “sicurezza sociale”, assistiamo alla somma delle negatività dell’uno e dell’altro.

I termini della questione sono evidentemente diversi da quelli di due secoli orsono, tuttavia è importante raccordare con precisione i dati della realtà economico sociale con gli assetti valoriali ai quali ci si intende ispirare e immaginare “creativamente” nuovi strumenti su nuove basi, non diversamente da quanto fecero, come usa personalizzare, ai loro tempi Bismarck e Beveridge.

La storia, come si sa, non finisce qui ed ora e in fondo, anche dopo le più catastrofiche devastazioni, è possibile dire, come Rossella, «domani è un altro giorno».

HACIA EL DERECHO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LA MANO DE MANUEL RAMÓN ALARCÓN CARACUEL

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO
*Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de
la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LOS PRIMEROS PLANTEAMIENTOS: UNA SEGURIDAD SOCIAL OMNICOMPENSIVA
3. LA APUESTA POR UNA NUEVA EXPRESIÓN: LA PROTECCIÓN SOCIAL
 - 3.1. LOS PORQUÉS DEL RECURSO A LA LOCUCIÓN PROTECCIÓN SOCIAL
 - 3.2. PROMOCIÓN SOCIAL *VERSUS* PROTECCIÓN SOCIAL (LA FRONTERA EXTERNA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL)
 - 3.3. CONCEPTO Y CONTENIDO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (LA FRONTERA INTERNA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL)
 - 3.3.1. SEGURIDAD SOCIAL Y SANIDAD
 - 3.3.2. SEGURIDAD SOCIAL Y ASISTENCIA SOCIAL
 - 3.3.3. ¿*QUID* DE LOS SERVICIOS SOCIALES?
 - 3.3.4. LA DISCIPLINA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL
4. LA FORTUNA DE UN SINTAGMA AÚN EN PROCESO DE CONSTRUCCIÓN

“En definitiva, todo ello puede resumirse en un principio general de solidaridad *integral*: se trata de que «todos» -representado por los poderes públicos- estemos comprometidos a proteger «a todos frente a todo», mediante la puesta en marcha de un «sistema *integrado* de protección social» (diríamos en términos actuales), que es con lo que la mejor doctrina (Alonso Olea) ha identificado entre nosotros a la Seguridad Social: «conjunto *integrado* de medidas públicas de ordenación de un sistema de solidaridad para la prevención y remedio de riesgos personales mediante prestaciones individualizadas y económicamente evaluables»”¹

“La protección social es «cosa de todos» (Estado y CCAA) pero «no todos tienen que hacer lo mismo» sino que debe hacerse una distribución racional del esfuerzo protector, en aras a su mayor eficacia”²

Manuel Ramón Alarcón Caracuel

1. INTRODUCCIÓN

La Seguridad Social, o la protección social en tiempos más recientes, constituyó siempre para el profesor Alarcón materia esencial en su desarrollo investigador. Núcleo esencial donde proyectar sus ideas de solidaridad, redistribución e igualdad en la organización general de cualquier Estado, la preocupación por su adecuada configuración material, por la construcción de una dogmática de la materia que, trascendiendo el mero dato normativo pero sin perderlo de vista (habida cuenta de la importancia que, en la práctica, acaba representando en una materia tan del caso concreto como esta), diera consistencia a una disciplina que no quedara reducida a un conjunto de normas variadas, técnicas, complejas y de, a veces, no fácil interpretación. La Constitución española, con su consagración del Estado Social y democrático de Derecho (trasunto de ese Estado de Bienestar al que el profesor Alarcón tanto gustaba de referirse) y del principio de igualdad real y efectiva, junto con las directrices del artículo 41 CE, le dio alas y fundamento para construir un

¹ Alarcón Caracuel, M.R.: “Hacia el Derecho de la protección social”, en AA.VV. López López, J. (coord.), *Seguridad Social y Protección Social: Temas de actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 15.

² Alarcón Caracuel, M.R.: “Políticas de protección social en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía”, en AA.VV. Prados de Reyes, F. (coord.), *Políticas Laborales y de Protección Social y Marco Competencial en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía*, XXVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, CARL-Mergablum, Sevilla, 2008, pág. 28.

modelo de Seguridad Social presidido por principios como el de universalidad subjetiva, generalidad objetiva, publicación institucional y suficiencia prestacional³.

Pero, como él diría y haría, centrémonos en el tema y vayamos por partes.

2. LOS PRIMEROS PLANTEAMIENTOS: UNA SEGURIDAD SOCIAL OMNICOMPENSIVA

En sus primeros planteamientos⁴, y ante el reto de articular un sistema que descansara en el principio de solidaridad (“un superprincipio”, que, en terminología constitucional debería ser denominado “valor”, porque es el que dota de sentido a la institución que se conoce como Seguridad Social⁵) y, por ende, en el de unidad de caja, en el nuevo modelo territorial-competencial que diseñó nuestro texto constitucional, el profesor Alarcón propuso y abogó por un concepto material de Seguridad Social, omnicompensivo, que, como tal, no se presentaba incompatible con una extensión de las competencias autonómicas en el bloque complementario-asistencial, más próximo en su funcionalidad a los ciudadanos. Esa Seguridad Social omnicompensiva estaría integrada por tres grandes bloques, el relativo a la protección de la Salud, el de las prestaciones económicas (tanto contributivas como asistenciales) y el de las prestaciones técnicas complementarias (donde se incluirían los servicios sociales y la Asistencia social).

Nos situamos en los años ochenta y la defensa de ese concepto omnicompensivo pero, especialmente, integrador, de Seguridad Social, no era sino un mecanismo para hacer frente a ciertas tendencias disgregadoras, normativas y sociales, que podrían traducirse en un cuestionamiento del papel redistributivo y solidario que, a juicio del profesor Alarcón, es consustancial a aquella institución⁶. La aparición, pocos meses antes que la Constitución, del Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre de gestión institucional, confiando la gestión de la prestación por desempleo a una entidad al margen de la Seguridad Social (el entonces INEM)⁷, la

³ Un detallado análisis de tales principios en Alarcón Caracuel, M.R.: *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 59 y ss.

⁴ Alarcón Caracuel, M.R.: “La integración de los Servicios Sociales y la Asistencia Social en la Seguridad Social”, en AA.VV. Pérez Pérez, M. (coord.), *IV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejería de Trabajo y Seguridad Social. Junta de Andalucía, Sevilla 1986.

⁵ Alarcón Caracuel, M.R.: “Los principios jurídicos de la Seguridad Social”, en AA.VV. López López, J. y C. Chacartegui Jávea (coords.), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2005, pág. 24.

⁶ Alarcón Caracuel, M.R.: “Hacia el Derecho de la Protección social”, op. cit., pág. 16.

⁷ Y se insistía en esta idea al regular la prestación por desempleo en norma específica (la Ley 51/1980, de 8 de octubre, básica de Empleo), fuera de la Ley General de la Seguridad Social.

dispersión constitucional en el tratamiento de las materias propias de la Seguridad (explicable, según él, en su carácter polivalente) así como, intuimos que esta razón muy especialmente, la publicación del denominado “Libro Naranja” sobre reforma de la Seguridad Social donde se estructuraba esta en tres niveles (uno universal-asistencial; otro, profesional-contributivo, y un tercero, complementario-libre) y se insistía en separar la financiación del nivel asistencial y el contributivo, “como queriendo inmunizar a éste de toda veleidad redistributiva”⁸ lo condujeron a tal opción conceptual para conjurar los peligros de desarticulación y desagregación de la Seguridad Social (su desmantelamiento), con la finalidad última de dejarla reducida a un organismo gestor de prestaciones esencialmente contributivas, ajeno a todo elemento asistencial y desvinculado de los principios de unidad de caja y solidaridad financiera⁹.

3. LA APUESTA POR UNA NUEVA EXPRESIÓN: LA PROTECCIÓN SOCIAL

3.1. Los porqués del uso de la locución protección social

Transcurrida una década de su apuesta por un concepto omnicomprensivo e integrador de Seguridad Social, el profesor Alarcón reflexiona de nuevo sobre las fronteras de la Seguridad Social y el contenido de la actividad prestacional de los poderes públicos, encontrando en la expresión protección social una herramienta útil para llevar a cabo una labor de construcción dogmática que seguía presidida por similares finalidades a las de antaño: la esencial de la defensa de un sistema prestacional de carácter redistributivo y solidario, y la secundaria (pero muy significativa para un jurista preocupado por la pureza de conceptos y vocablos) de clarificación conceptual y terminológica.

Una serie de “nuevos datos”, según sus propias palabras, le llevan a tal elección. Así la recepción de la locución por la literatura comunitaria (la normativa¹⁰ pero

⁸ Alarcón Caracuel M.R.: “Hacia el Derecho de la Protección social”, op.cit., pág. 16.

⁹ Alarcón Caracuel, M.R.: “La integración de los Servicios Sociales y la Asistencia Social...”, op. cit. págs. 62-63.

¹⁰ En aquellos momento, el Tratado de Maastrich de 7 de febrero de 1992 (art. 6 B) había dado una nueva redacción al Tratado de Roma, que, en su artículo 2, pasaría a indicar que la “La Comunidad tendrá por misión promover...un alto nivel...de protección social”; y el Protocolo sobre Política Social anexo al citado Tratado de 1992 se refería igualmente a los conceptos de “Seguridad Social y protección social”. Actualmente, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no figura la expresión protección social (sí, en cambio, las de Seguridad Social y ayuda social), mientras que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sí recoge entre los objetivos de la Unión “una protección social adecuada” (art. 151), para cuya consecución, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros, entre otros, el ámbito de la “Seguridad Social y protección social de los trabajadores”

también, muy singularmente, la funcional de la comparación estadística¹¹ y de ordenamientos jurídicos¹²), una serie de acontecimientos normativos significativos producidos en la década transcurrida desde su primer trabajo (transferencia a las Comunidades Autónomas no sólo de la Asistencia social sino de los Servicios Sociales y la Sanidad, configuración de un sistema de salud descentralizado tras la promulgación de la Ley General de Sanidad de 1986, gestión por las Comunidades Autónomas de prestaciones no técnicas sino económicas como son las pensiones no contributivas de vejez e invalidez y la proliferación, a partir de 1990 y bajo el título competencial de Asistencia social de prestaciones económicas de las Comunidades Autónomas para quienes no dispongan de rentas propias ni de prestaciones de la Seguridad Social por encima de un determinado nivel -rentas mínimas de inserción-) y el comienzo de la recepción de la expresión en las normas internas (Leyes de Presupuestos, Decretos de revalorización¹³ y normas de protección social de aprendices y trabajadores a tiempo parcial¹⁴) son las principales razones alegadas. A ello tal vez habría que añadir la realidad de la utilización de la expresión por ordenamientos cercanos, aun sin elaboración acabada pero como noción natural en cuyo seno se integraría cuanto menos la Seguridad Social y la Asistencia social.

(art. 153), y prevé la creación de un Comité de Protección Social (art. 160). La Decisión (UE) 2015/773, del Consejo, de 11 de mayo de 2015 el Comité de Política Social.

¹¹ A partir del año 1981 Eurostat adopta el denominado sistema SEEPROS (Sistema Europeo de Estadísticas Integradas de Protección Social) como mecanismo para llevar a cabo comparaciones homogéneas entre los diversos países europeos en lo relativo a gastos sociales. Para el profesor Alarcón, la definición del concepto “gasto de protección social” del mencionado sistema será una buena vía indirecta para llegar a formular un concepto de protección social común en Europa. Tal definición es la siguiente: “todo gasto ocasionado por la cobertura de las cargas que resultan para los individuos o los hogares de la aparición o de la existencia de ciertos riesgos, contingencias o necesidades, en la medida en que este gasto da lugar a la intervención de un «tercero» y sin que por ello se dé contrapartida simultánea y equivalente del beneficiario”. (Alarcón Caracuel M.R.: “Hacia el Derecho de la Protección social”, op.cit., págs. 23 y 25-26). En la actualidad el sistema SEEPROS está regulado en el Reglamento /CE) n° 458/2007, del Parlamento y del Consejo, de 25 de abril de 2007, sobre Sistema Europeo de Estadísticas Integradas de Protección Social (SEEPROS).

¹² En 1990 se establece el MISSOC (siglas en inglés de Sistema de Información Mutua sobre Protección Social) como mecanismo para promover el intercambio de información en materia de protección social entre los Estados miembros de la Unión Europea; ofrece cuadros comparativos de información, periódicamente actualizada, sobre los sistemas nacionales de protección social.

¹³ El RD 1670/1990, de 28 de diciembre, de revalorización de pensiones para el año 1991, llevaba por título “sobre revalorización de pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones de protección social pública para 1991”. Esta misma denominación se mantendría en los sucesivos Reales Decretos de revalorización hasta el año 1994, en donde desaparece la expresión (quedando el rótulo de las sucesivas normas reglamentarias reducido a “sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social”), para transformarse, en la redacción del RD 1611/2005, de 30 de diciembre (que se mantiene hasta nuestros días), en “prestaciones sociales públicas” (el título será: “sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2006”).

¹⁴ Antiguo arts. 11.2 g) y 12.3 párrafo 4º ET de 1995, procedentes de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación.

Ante este panorama, caracterizado por un proceso de “generalización vertiginosa” de la expresión protección social (que, por lo demás, no aparece en la Constitución sino de manera tangencial al aludir la protección de la familia -art. 39 CE-), hasta el momento de manera más utilitarista que de consumada construcción conceptual, y de “consolidación de las tendencias disgregadoras de lo que se entendía tradicionalmente por Seguridad Social”¹⁵, e intuimos que movido por esas ideas fuerza que siempre le acompañaron de una actividad prestacional pública misión de “todos los poderes públicos”, y un sistema de protección integrado basado en el principio de solidaridad integral, el profesor Alarcón se afanó de nuevo en buscar una construcción unitaria de los diversos campos en los que aquella actividad podía desenvolverse, anticipándose a cualquier visión reduccionista y desintegradora que los vientos de la difusión del concepto de protección social pudieran traer. No se trataba de una mera labor de sustitución conceptual de esa Seguridad Social omnicomprendensiva por la que había abogado por la nueva expresión de protección social, sino que, muy al contrario, la operación implicaba un esfuerzo más arduo, pues al menos obligaba a definir los nuevos contornos de una Seguridad Social que seguiría existiendo y, de paso, a redibujar los límites y fronteras de esta con la Asistencia social, muy difusos a esas alturas en nuestro ordenamiento al inscribirse las prestaciones no contributivas, por naturaleza asistenciales, en el ámbito propio del sistema de Seguridad Social.

La existencia por aquel entonces en nuestra doctrina de interesantes trabajos que habría el debate de la desmembración del contenido clásico de la Seguridad Social y la necesidad de buscar y llevar a cabo una nueva construcción conceptual que evitara la dispersión institucional (Borrajo Dacruz, Hurtado González¹⁶), para lo cual el sistema de protección social parecía una herramienta apropiada parece que terminaron de convencer al profesor Alarcón acerca de la pertinencia de abordar una propuesta de diseño conceptual de un Sistema de protección social integrado, identificando sus caracteres nucleares y su contenido.

3.2. Promoción social versus protección social (la frontera externa de la protección social)

Profundo conocedor de las ideas de Beveridge, al que gustaba de referirse en sus clases y de cuyas ideas era tributario, el profesor Alarcón distribuyó el sistema social de lucha contra los “cinco gigantes malditos”¹⁷ en dos grandes facetas, la de

¹⁵ Alarcón Caracuel, M.R.: “Hacia el Derecho de la Protección social”, op. cit., pág. 19.

¹⁶ Un estudio de las diferentes aportaciones doctrinales al concepto de protección social en Martínez-Gijón Machuca, M.A.: *Protección Social, Seguridad Social y Asistencia Social. España y la Unión Europea*, CES, Madrid, 2005, págs. 132 y ss.

¹⁷ La seguridad de ingresos no es suficiente, por ello, se dice en el Informe Beveridge (Social Insurance and Allied Services, de 1 de diciembre de 1942, que “El Plan de Seguridad Social ha de formar

la promoción social y la que calificó como protección social. De esta forma, el gasto social (que no es sino la consecuencia de lo que para él era una idea clave: el Estado no crea riqueza pero sí debe intervenir para conseguir cierta distribución de la riqueza¹⁸) podría cumplir su finalidad redistributiva a través de dos grandes tipos de medidas, a saber, la de aquellas que tienen como propósito colocar a los individuos en la situación más ventajosa e igualitaria para procurarse ellos mismos su sustento y el desarrollo de su personalidad (promoción social), y las destinadas a ayudar a los individuos a hacer frente a las situaciones de necesidad en que puedan encontrarse, especialmente las originadas por un defecto de ingresos o por un exceso de gastos (protección social)¹⁹. O mucho más gráficamente, como gustaba de ejemplificar, la intervención del Estado en esa “gran carrera” que representa la economía de mercado, donde cada uno busca la satisfacción de su propio interés, puede producirse mediante dos tipos de actuaciones: contribuyendo a que todos los ciudadanos estén en igualdad de condiciones “en la línea de salida” (a ello se dirigirían las actuaciones de los poderes públicos en materia de promoción social); y “poniendo de nuevo en carrera” a quienes por razones diversas han quedado circunstancialmente al margen de ella²⁰. Igualdad de condiciones en la línea de salida, ayuda al retorno a la carrera y, añadimos nosotros, libertad en la llegada, pues si de una carrera se trata unos llegarán a un tiempo y otros a ritmo diverso. Desde tal planteamiento, las medidas estrella de promoción social contenidas en nuestra Constitución serían el derecho a la educación (art. 27.4 CE) y el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), a las que se unirían otras menos importantes pero igualmente significativas, el derecho a la “formación y readaptación profesionales (art. 40.2 CE), las políticas activas de empleo (art. 40.1 CE) y el derecho al “acceso a la cultura” (art. 44.1 CE). A la delimitación del contenido de ese otro gran elemento definitorio (junto con la promoción social) de lo que políticamente se conoce como Estado de Bienestar, la protección social, le dedicaremos los epígrafes siguientes.

parte de un programa general de política social. Es sólo una parte de la lucha contra los cinco gigantes malditos: contra la Necesidad física, que es a la que se refiere concretamente; contra la Enfermedad, que frecuentemente es causa de la Necesidad y tiene otro séquito de males; contra la Ignorancia, que ninguna democracia debe permitir entre sus ciudadanos; contra la Miseria, que obedece principalmente a la distribución caprichosa de las industrias y la masa de población; y contra el Ocio, que consume la salud y desmoraliza a los hombres. Con dar a la seguridad el sentido no solamente de lucha contra la necesidad física, sino contra todos estos males en todas sus formas, y con la demostración de que la seguridad puede ser compatible con la libertad, el espíritu de iniciativa y el sentido de responsabilidad de cada individuo para desarrollar su propia vida, la comunidad británica y quienes en otros países han seguido las tradiciones de este pueblo habrán rendido un servicio vital al progreso humano”.

¹⁸ Alarcón Caracuel, M.R.: “Políticas de protección social en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía”, op. cit., pág. 21.

¹⁹ Alarcón Caracuel, M.R.: “Políticas de protección social en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía”, op. cit., pág. 20.

²⁰ Alarcón Caracuel, M.R.: *La Seguridad Social en España*, op. cit., págs. 17 y ss.

Culmina así con el expuesto diseño una evolución de construcción conceptual que se iniciaba en el año 1996 cuando trataba de delimitar, dentro del programa social general de la Constitución, las materias que se comprenderían dentro de la noción de “funciones de protección social” de la lista SEEPROS (funcional al concepto de concepto de gasto social, germen de su propuesta de protección social) de aquellas otras que quedarían fuera. Se concluía entonces que tal programa constitucional coincidía en gran medida con esa lista estadística de “funciones de protección social” a la que antes aludíamos, salvo tres grandes áreas constitucionales de la política social que no quedarían comprendidas: la educación y la cultura, la del medio ambiente y el área de la defensa de consumidores y usuarios²¹. Como hemos indicado, algunos de estos campos de la política social pasan en estudios posteriores a integrar la noción de promoción social.

Conviene detenernos en algunas conclusiones alcanzadas en su momento por el profesor Alarcón que con el discurrir de los acontecimientos han quedado aún más confirmadas. Trazada la frontera externa de la protección social, el siguiente paso, partiendo de la premisa incontestable de que la Seguridad Social sería uno de los núcleos principales de aquella, era el de delimitar si existían caracteres propios de las prestaciones de Seguridad Social que las distinguieran de los predicables del conjunto de las prestaciones de protección social, llegando al resultado, tras el correspondiente proceso argumentativo, de que, es una simple opción de política normativa (“que, obviamente, responde a razones históricas -no se trata de meros caprichos-“, decía; veremos que también a otras causas no tan ligadas a motivos del pasado) y no de razón conceptual, la que explica que, dentro de las prestaciones de protección social, algunas lo sean también de seguridad social y otras no²².

Lo acontecido con las prestaciones de dependencia son una prueba elocuente de ello. Como el profesor Alarcón pone de relieve, la protección de la dependencia podría haberse hecho como una ampliación de la acción protectora del sistema de Seguridad Social, sin embargo, la opción del legislador, tal vez motivado por un entendimiento erróneo de la significación de los servicios sociales desde el punto de vista de su distribución competencial (a lo que no ayudaba, desde luego, cómo en la práctica se había desarrollado hasta el momento la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección social) y por desterrar cualquier fantasma de eventuales subidas de cotizaciones sociales para la financiación de la nueva prestación, fue la de ubicar el nuevo sistema de protección allende la Seguridad Social y la Asistencia social, encontrando en el delicado art. 149.1.1ª CE el fundamento de tal elección²³.

²¹ Alarcón Caracuel, M.R.: “Hacia el Derecho de la Protección social”, op. cit. págs. 24-25.

²² Alarcón Caracuel, M.R.: “Hacia el Derecho de la Protección social”, op. cit. pág. 28.

²³ Un análisis detenido de las razones y consecuencias de esta opción en Alarcón Caracuel, M.R.: “Cuestiones competenciales en la Ley de Dependencia”, *Temas Laborales* nº 89/2007, págs. 133 y ss.

3.3. Concepto y contenido de la protección social (la frontera interna de la protección social)

3.3.1. Seguridad Social y Sanidad

La tradicional e histórica ligazón de la asistencia sanitaria al ámbito de la Seguridad Social, sufre, como consecuencia de la entrada en vigor de la Constitución española, un punto de inflexión importante, que reconduce todo el aparato protector de la salud a una dimensión propia y específica, que hoy se sintetiza en la configuración del Sistema Nacional de Salud. La inclusión de un artículo propio dentro de los principios rectores de la política social y económica dedicado a la protección de la salud (diferente al dedicado a la Seguridad Social, art. 43 CE *versus* art. 41 CE), con visión más laxa que la tradicional reparadora propia de los esquemas asegurativos, donde el carácter prevencionista ocupa un importante lugar, así como un diseño de distribución competencial algo más acabado que el existente en otras facetas de la protección social (veremos que también la Asistencia social aparece reflejada en el Título VII de la CE pero con mayores problemas delimitadores), parecen haber propiciado un mayor consenso en la necesaria separación (disgregación si se quiere), de la protección de la Salud del campo propio de la Seguridad Social. La firme apuesta por el principio de universalidad en la protección de la salud, que tempranamente consagró la Ley General de Sanidad de 1986 y el desarrollo normativo posterior (con la Ley 16/2003 de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud) parecen confirmar (aún con matices para algunos, pues no se pudo desconocer que el art. 42 LGSS sigue recogiendo como contenido de la acción protectora del sistema de Seguridad Social la prestación de asistencia sanitaria²⁴, y que 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, ha supuesto un paso atrás en la consagración del derecho a la protección de la salud como un derecho de la ciudadanía), la Sanidad es hoy en gran medida un mecanismo público protector fuera del campo de la Seguridad Social.

3.3.2. Seguridad Social y Asistencia social

El deslinde material y, por ende, la delimitación conceptual entre Seguridad Social y Asistencia social ha sido un vasto campo para el debate doctrinal y la dis-

²⁴ Con todo, tampoco puede olvidarse que si bien la regulación de la prestación de la asistencia sanitaria se contenía junto con el resto de prestaciones del sistema de Seguridad Social en el texto refundido de 1974, el posterior de 1994, si bien no derogó formalmente tales preceptos sí optó por no incorporarlos en la refundición de la regulación del sistema de Seguridad Social; situación que se mantiene en el actual texto refundido de 2015.

quisición jurisprudencial. Razones ligadas a la propia evolución histórica y normativa de la Seguridad Social, unidas a la concreta opción constitucional de recoger los antecedentes existentes en la actividad prestacional de los poderes públicos y proyectarlos hacia el futuro, amén del complejo tratamiento de distribución competencial en la materia, explican la situación.

Pese a la evidente relevancia que la determinación de lo que sea o no Asistencia social tiene a efectos de distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, el profesor Alarcón siempre ha partido de una idea base, que compartimos, a tenor de la cual, la delimitación conceptual de lo que sea o no la Seguridad Social no depende en absoluto del factor competencial, dado que el artículo 41 CE encomienda el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social a los “poderes públicos” en general, entre los que se comprenden tanto el Estado central como las Comunidades Autónomas. De ahí, que la distribución de competencias en materias relativas a la actividad prestacional pública contenida en los artículos 148 y 149 de la Constitución es irrelevante a efectos de construcción del concepto de Seguridad Social²⁵. En otras palabras, que las Comunidades Autónomas asuman competencias sobre Asistencia social puede significar tanto que tienen competencia en una materia “distinta” de la Seguridad Social (como concepto material) o bien en una materia que “forma parte” de tal concepto material²⁶. Fue justamente tal perspectiva la que le llevó en sus primeros momentos a adoptar esa posición “integracionista” de la que antes hablábamos que abogaba por un concepto amplio de Seguridad Social en el que tenía cabida la Asistencia social aunque desde el punto de visto organizativo se situara al margen.

Inspirado en su idea de que la “protección social es cosa de todos”, nos propondrá un esquema estructural y conceptual donde el sumar y adicionar será siempre mejor, en lo que a diseño de niveles de cobertura respecta, que restar y distribuir. El para él no del todo bien acogido (pese a su temprana definición por el Tribunal Constitucional) principio de colaboración interadministrativa (mejor, colaboración entre los “poderes públicos” para superar la “tacañería semántica”) proporcionaría la herramienta ideal para llevar a cabo tal operación acumulativa. Su modelo de Seguridad Social derivado de la Constitución, presidido por los principios de universalidad subjetiva, generalidad objetiva y suficiencia prestacional le llevan a un sistema de Seguridad Social en cuyo seno tienen cabida tanto prestaciones contributivas-profesionales (o asegurativas como algunos las denominan) como prestaciones asistenciales o no contributivas (o no asegurativas) y sin que a

²⁵ En su caso, “materia compartida” más que “competencias compartidas”, como le gustaba precisar (Alarcón Caracuel, M.R.: “Trabajo y protección social”, en AA.VV., *25 años de Autonomía en Andalucía*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2007, pág. 135).

²⁶ Alarcón Caracuel, M.R.: “Hacia el Derecho de la Protección social”, op. cit., pág. 14.

ello obste (como así sucede para algunos autores, De la Villa Gil), la existencia del artículo 148.1 20ª CE que atribuye a las Comunidades Autónomas competencia en materia de Asistencia social. Y ello es así porque la Asistencia social no se define más que en su naturaleza de complemento de la Seguridad Social. Para el profesor Alarcón cualquier intento de distinción entre Seguridad y Asistencia social basado en el tipo de prestaciones de una y otra estaba condenado al fracaso²⁷, pues entre el brazo (mejor, para él, que nivel o modalidad, aunque esta última es la terminología del legislador) no contributivo de la Seguridad Social y la Asistencia social no es posible encontrar un criterio de diferenciación intrínseco sino que sólo cabe la delimitación extrínseca, *per relationem*: la Asistencia social es complementaria de la Seguridad Social “es esa segunda malla de protección que cubre los huecos de desprotección que siempre deja cualquier sistema de Seguridad Social, por desarrollado que este sea”²⁸. Ello no significa que la progresiva ampliación de su cobertura (tanto en su vertiente subjetiva como objetiva) por el sistema de Seguridad Social, deseable y exigible por imperativo del modelo constitucional, deje sin campo de actuación a la Asistencia social, pues la frontera entre una y otra (y la de la propia protección social) es móvil, de forma tal que la acción complementaria de la Asistencia social carece de límite alguno “por arriba”²⁹. Así, pues, la Asistencia social “siempre tendrá un campo de actuación por la sencilla razón de que el «límite exterior» del conjunto de la protección social puede expandirse”³⁰.

Eso sí, desde el punto de vista, la Seguridad Social (el Estado) tiene “una «preferencia de paso, esto es, puede decir lo que es Seguridad Social y, por ende, lo que no es Asistencia social; se puede comportar, pues, como una especie de Rey Midas: puede convertir en Seguridad Social todo lo que toque»”³¹. Y desde esta misma perspectiva, asumidas por las Comunidades Autónomas la competencia exclusiva en materia de Asistencia social no sería constitucional que el Estado mantenga competencias en prestaciones de tal naturaleza. Así, esa llamada Asistencia social “interna” a la Seguridad social (diferenciada de la Asistencia social “externa” y que pareciera nacer de la muy conocida STC 239/2002, de 11 de diciembre³²,

²⁷ Alarcón Caracuel, M.R.: “La actuación de la Comunidad Autónoma en materia de Protección social”, en AA.VV. Cruz Villalón, J. y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, (coords.), *Veinte años de Relaciones Laborales en Andalucía*, CARL, Sevilla, 2003, pág. 273.

²⁸ Alarcón Caracuel, M.R.: “Trabajo y protección social”, op. cit., págs. 136-137 y “Políticas de protección social en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía”, op. cit. pág. 35.

²⁹ Alarcón Caracuel, M.R.: “Hacia el Derecho de la Protección social”, op. cit. pág. 14.

³⁰ Alarcón Caracuel, M.R.: “La actuación de la Comunidad Autónoma en materia de Protección social”, op. cit., pág. 276.

³¹ Alarcón Caracuel, M.R.: “Trabajo y protección social”, op. cit., pág. 137 y “Políticas de protección social en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía”, op. cit. pág. 35.

³² Un exhaustivo análisis de este pronunciamiento en Alarcón Caracuel, M.R.: “La actuación de la Comunidad Autónoma en materia de Protección social”, op. cit., págs. 266 y ss.

pero que, como el profesor Alarcón indicara, ya estaba presente en la STC 76/1986, de 9 de junio, y sobre ellas y sus ámbitos ya había él disertado) estaría llamada a desaparecer, en coherencia con la desaparición del INAS (Instituto Nacional de Asistencia social³³).

Y un último apunte sobre el correcto entendimiento de la complementariedad ínsita a la esencia de la Asistencia social. Si bien en un momento el profesor Alarcón indicaba (al hilo del estudio de la STC 239/2002) que tal complementariedad podía “jugar exclusivamente respecto del brazo no contributivo de la Seguridad Social, que es donde se produce esa «franja común» a que alude la STC 239/2002, y en la que es necesario buscar algún criterio para el deslinde”³⁴, más adelante, y respecto a este mismo pronunciamiento y su incidencia en la evolución del antiguo artículo 38.4 LGSS (hoy art. 42.4 LGSS) declara que la acción complementaria de la Asistencia social de las Comunidades Autónomas puede producirse tanto respecto de las prestaciones no contributivas como de las contributivas de la Seguridad Social³⁵.

3.3.3. ¿*Quid* de los servicios sociales?

La ubicación de los servicios sociales, sí, en minúsculas ahora, pues así los representaba gráficamente el profesor Alarcón, que siempre preocupado por el correcto uso del lenguaje y la gramática española (hoy, desgraciadamente, algo pasada de moda por esa tendencia absurda de, confundiendo, de nuevo, fines y medios, considerar calidad la utilización del medio de comunicación foráneo olvidando que en el mundo jurídico -como en casi todos pero en este de manera primordial-, el lenguaje es pieza fundamental, instrumento esencial que vehicula y difunde el saber) indicaba con tal grafía la diferente posición que desde el punto de vista conceptual ocupaban los servicios sociales³⁶. Así, para el profesor Alarcón los servicios sociales no son, en puridad, más que una técnica prestacional, que, como tal, pueden enmarcarse (y pertenecer) tanto al campo de la Seguridad Social como de la Asistencia social.

³³ Organismo Autónomo del Estado suprimido por la Ley 50/1984, de 30 de diciembre.

³⁴ Alarcón Caracuel, M.R.: “La actuación de la Comunidad Autónoma en materia de Protección social”, op. cit. pág. 274, donde añade que “en el brazo contributivo no hay nada que deslindar, puesto que carece de naturaleza asistencia intrínseca”.

³⁵ Alarcón Caracuel, M.R.: “Políticas de protección social en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía”, op. cit., págs. 37 y 38-39).

³⁶ Una detallada explicación de las diferentes grafías empleadas para aludir a la Seguridad Social, la Asistencia social y los servicios sociales (que hemos intentado respetar y seguir aquí), en Alarcón Caracuel, M.R.: “La actuación de la Comunidad Autónoma en materia de protección social”, op. cit., pág. 235, nota 1.

Desde otra perspectiva, no menos importante y trascendental, la naturaleza prestacional de los servicios sociales implica que carezcan de la dimensión institucional suficiente para ser considerados “materia” competencial a los efectos de la distribución entre Estado y Comunidades Autónomas en lo concerniente a la protección social. De ahí su crítica a la opción de algunos Estatutos de Autonomía de nueva generación de identificar servicios sociales con Asistencia social, hasta el punto tal de omitir referencia alguna a esta última a la hora de identificar las competencias de la Comunidad Autónoma en cuestión, que queda así reconducida (y reducida) a la de servicios sociales. Con tal posición reduccionista se corre el riesgo evidente de limitar las competencias de las Comunidades Autónomas en cuestión a las prestaciones en especie (pues tales son los servicios sociales), olvidando que la más amplia noción de Asistencia social permite incorporar también prestaciones económicas. No puede desconocerse a tales efectos que ha sido justamente el título de la Asistencia social el invocado y acogido por la generalidad de las Comunidades Autónomas para instaurar en sus territorios prestaciones como las rentas mínimas de inserción que, con el planteamiento antes expuesto quedarían ahora fuera de sus ámbitos de competencias salvo, que acu 235 damos, como ya sostuviera la doctrina (López López, Suárez Corujo) al título de la legislación no básica de Seguridad Social (ex art. 149.1 17ª CE)³⁷.

3.3.4. La disciplina de la protección social

Para el profesor Alarcón ya a mediados de los años noventa del pasado siglo era posible hablar en nuestro ordenamiento de un Derecho de la protección social³⁸ (los acontecimientos posteriores irán respaldando esta idea), cuya definición sería la siguiente: “aquella rama del ordenamiento jurídico integrada por la normativa reguladora de la actividad prestacional de entes públicos y privados en favor de personas afectadas por ciertas contingencias o por ciertas situaciones de necesidad previamente tipificadas y sin que los beneficiarios de estas prestaciones hayan aportado una contrapartida simultánea y equivalente a las mismas”³⁹. La disciplina que estudiara esa normativa y construyera sus conceptos básicos, heredera natural del Derecho de la Seguridad Social, sería el Derecho de la protección social, cuyo contenido se esquematizaría de la siguiente manera: existirían dos grandes bloques, el de la protección social pública u obligatoria (núcleo duro de la protección social) y el de la protección social privada o libre⁴⁰; el primero lo conformarían el Sis-

³⁷ El “dislate” se evita, recuerda el profesor Alarcón, redefiniendo el alcance de los servicios sociales, en decisión discutible que, sin embargo, el Estado no discute.

³⁸ En minúscula “para resaltar que no es una realidad institucional ni orgánica sino una «actividad» multiforme” (Alarcón Caracuel, M.R.: “Hacia el Derecho de la protección social”, op.cit., pág. 33.

³⁹ Alarcón Caracuel, M.R.: “Hacia el Derecho de la protección social”, op.cit., pág. 32.

⁴⁰ A diferencia de algunos autores para quienes las prestaciones de protección social sólo pueden ser públicas (Hurtado González), el profesor Alarcón Caracuel (en el mismo sentido que Borrajo Da-cruz) considera que también las prestaciones privadas pueden integrarse en el concepto de protección social.

tema Nacional de Salud, el Sistema de Seguridad Social (con sus variantes de prestaciones económicas -contributivas y no contributivas-, y prestaciones en especie -los servicios sociales-), la Asistencia social (en la que cabría incluir el sistema público de servicios sociales⁴¹) y otras formas de protección social pública (prestaciones de dependencia, ayudas a la vivienda, ayudas a familias numerosas, una parte de la política de empleo, ayudas al transporte para ciertos colectivos...). La protección social privada (que tiene su fundamento en el inciso final del artículo 41 CE y que no supone, a su juicio, una *contradictio in terminis*, pues social no equivale a estatal o pública; eso sí, no puede consistir en meras fórmulas de autoprotección a través del ahorro privado sino que tiene que haber alguna intervención de terceros⁴², un tratamiento “colectivo” de la protección)⁴³, comprendería la denominada (en aquél entonces, añadiríamos hoy⁴⁴) Seguridad Social complementaria (las mejoras voluntarias de Seguridad Social), los Planes y Fondos de Pensiones (las aportaciones empresariales a los fondos de pensiones y las desgravaciones fiscales a los fondos de pensiones individuales) y otras formas de protección social privada (podríamos añadir las Entidades Laborales y las Mutualidades de Previsión Social)

4. LA FORTUNA DE UN SINTAGMA AÚN EN PROCESO DE CONSTRUCCIÓN

Y para no abusar en exceso del espacio asignado, unas brevísimas palabras sobre el futuro del Derecho de la protección social. Si bien se ha indicado que estamos ante un sintagma que hasta ahora (situados en el año 2006) no ofrecía más que utilidad material pero que, desprovisto de consistencia legal, se circunscribía al simple mundo de las propuestas doctrinales expuestas, por ello, a planteamiento divergentes (De la Villa Gil), lo cierto es que la expresión ha hecho fortuna y su utilización es cada vez más generalizada. La consagración normativa es evidente, como lo demuestran los títulos de las últimas normas en la materia⁴⁵, el mero examen cuantitativo de su presencia en el actual texto refundido de la Ley General

⁴¹ Alarcón Caracuel, M.R.: “Políticas de protección social en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía”, op. cit., pág. 27.

⁴² En la definición del concepto de “gasto de protección social” del sistema SEEPROS, que, reiteremos, para el profesor Alarcón representaba una vía indirecta para llegar a formular un concepto de protección social común en Europa, el tercero que ha de intervenir para que el gasto se considerado como de protección social puede ser tanto un organismo público como una institución privada.

⁴³ Alarcón Caracuel, M.R.: “Hacia el Derecho de la protección social”, op.cit., págs. 33-34.

⁴⁴ De forma casi general la manualística, incluso la que lleva por título y contenido el Sistema de Seguridad Social, se refieren ya a esa “asistencia y prestaciones complementarias” libres del artículo 41 CE bajo el rótulo común de protección social privada o complementaria o protección complementaria. La mejora técnica es evidente pero el cambio es significativo en lo que supone de asunción natural de una expresión (y, por ende, de una noción) aún en proceso de elaboración.

⁴⁵ Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social (BOE de 31

de la Seguridad Social en comparación con otros precedentes⁴⁶ o la recepción del sintagma en los Estatutos de Autonomía de nueva generación⁴⁷. Es verdad que tal ratificación normativa no va acompañada de una configuración legal definitoria del concepto más allá de lo que pudiera extraerse de forma deductiva del contenido de la norma en cuestión pero no lo es menos que mayores avances configuradores exigirían cambios en fuentes de nivel superior.

Desde el punto de vista doctrinal el uso de la locución es cada vez más común. El propio profesor De la Villa Gil nos describe el modelo constitucional de protección social; Suárez Corujo afronta el delicado tema de la distribución de competencias entre Estado y CCAA en materia de Seguridad Social y Asistencia social bajo el título común de “La protección social en el Estado de las Autonomías”; Martínez-Gijón Machuca dedica toda una monografía a la delimitación entre Protección Social, Seguridad Social y Asistencia Social; Alonso-Olea García, bajo la rúbrica de Derecho de la Protección Social, publica una obra que contiene tres grandes capítulos, a saber, Derecho a la Seguridad Social, Derecho a la Asistencia Sanitaria y Derecho a los Servicios Sociales; y en fin, dando un paso más en el camino hacia el Derecho de la protección social, Martínez Abascal y Herrero Martín nos ofrecen Manuales que llevan por título Curso de Derecho de la Protección Social y Sistema de Protección Social, dando el salto cualitativo hacia la descripción

de diciembre); Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero, por el que se prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y se adoptan otras medidas urgentes para el empleo y la protección social de las personas desempleadas; Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero (BOE de 22 de octubre). Y, si bien no el título, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social en el capítulo VII del Título I alude al “Derecho a la protección social”. De igual forma, tras la reforma del Estatuto de los Trabajadores por Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, su artículo 44.1 alude a las “obligaciones en materia de protección social complementaria”.

⁴⁶ Así, mientras la expresión “protección social” sólo aparece contenida en cuatro preceptos del Texto Refundido de la LGSS de 1994 (arts. 7.4, 182, 189 y DA 7ª), en el Texto Refundido de 2015 ya figura en ocho (arts. 7.3, 245, 291, 352, 361, DA 1ª, DT 5ª y DDerogatoria). Es evidente que estamos ante un dato meramente cuantitativo y en cierta medida resultado del propio proceso de refundición, pero no lo es menos que demuestra una evolución normativa que suma cada vez con mayor fuerza y “naturalidad” una noción en otros momentos casi desconocida.

⁴⁷ La expresión “protección social” figura en los nuevos Estatutos de Autonomía de Andalucía (LO 2/2007, de 19 de marzo de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía, arts. 17, 37, 48 y 61), Cataluña (LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, art. 166.1 y 4), Aragón (LO 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, arts. 30 y 71), Islas Baleares (LO 1/2007, de 28 de febrero de reforma del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, arts. 12.3, 16.3, 30 y 16). No aparece, sin embargo, en los nuevos Estatutos de Extremadura (LO 1/2011, de 28 de enero de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura) y Castilla y León (LO 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León), que siguen utilizando los conceptos de Seguridad Social y Asistencia Social.

del fundamento, la formación histórica, los caracteres y las fuentes del Derecho de la protección social⁴⁸.

No se trata, por lo demás de un debate y una construcción meramente teórico-conceptual (que también, por supuesto), sino de una cuestión que, en el contexto de nuestro actual diseño constitucional tiene evidentes repercusiones prácticas. Recordemos las idas y venidas de la redacción del actual artículo 42.4 LGSS (anterior artículo 38.4), la distinción entre Asistencia social “interna” y “externa” al sistema de Seguridad Social, la eventual imposibilidad de que el Estado interviniera en materia de Asistencia social (y servicios sociales) una vez las Comunidades Autónomas han asumido competencia exclusiva en la materia, o la más reciente aparición de normas autonómicas que extiende el derecho a la asistencia sanitaria a sujetos al margen de la condición de asegurado o beneficiario de acuerdo con la normativa estatal⁴⁹. Y ello sin mencionar las consecuencias e implicaciones derivadas de lo que sea o no Seguridad Social, Asistencia social o protección social a efectos del derecho comunitario.

Así pues, aunque aún estemos en fase de construcción de la disciplina de la protección social “heredera natural del Derecho de la Seguridad Social”⁵⁰, de definición de sus conceptos y principios básicos, de análisis de su normativa y sus relaciones y sinergias con otras formas de protección “colectiva” privadas⁵¹, de lo que no cabe duda es de que el profesor Alarcón, con su magisterio, nos ha indicado el camino.

BIBLIOGRAFÍA CITADA:

- Alonso-Olea García, B.: *Derecho de la Protección Social*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2ª ed., 2015.
- Borrajó Dacruz, E.: “La Seguridad Social en la Constitución Española: desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional”, *Documentación Laboral*, núm. 30, 1994.

⁴⁸ Y su normativa reguladora ya fue en su momento recopilada y sistematizada en el Código de Protección Social (BOE) por Gonzalo González *et alri*. E idéntica operación han realizado Sempere Navarro y Rodríguez Iniesta en relación a la protección social complementaria en el Código de Protección Social Complementaria.

⁴⁹ Decreto-ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunitat Valenciana, que ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad por el Presidente del Gobierno (Recurso de inconstitucionalidad n.º 6022-2015). El Auto del TC de 1 de marzo de 2016 levanta la suspensión (salvo los dispuesto en relación con las prestaciones farmacéuticas) del Decreto-ley 3/2015, que se produjo con la admisión del mencionado recurso de inconstitucionalidad.

⁵⁰ Alarcón Caracuel, M.R.: “Hacia el Derecho de la Protección social”, op. cit. pág. 32.

⁵¹ Alarcón Caracuel, M.R.: “Hacia el Derecho de la Protección social”, op. cit. pág. 34.

- Borrajó Dacruz, E.: “De la previsión Social a la Protección en España: bases histórico-institucionales hasta la Constitución”, *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 3, 1989.
- De la Villa Gil, L.E.: “El modelo constitucional de protección social”, *Aranzadi Social* nº 3/2004.
- De la Villa Gil, L.E.: “Prólogo” al libro de Suárez Corujo, B.: *La protección social en el Estado de las autonomías. Un examen de los artículos 149.1.17ª y 148.1.20ª ante los procesos de reforma estatutaria*, Iustel, Madrid, 2006.
- Hurtado González, L.: “Seguridad Social versus Protección Social”, *Actualidad Laboral*, núm. 13, 1995.
- López López, J.: “El artículo 149.1.17 CE como título de legitimación competencial para las CCAA en materia de renta mínima”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 48, 1991.
- Martínez Abascal, V.A. y J.B. Herrero Martín: *Curso de Derecho de la Protección Social*, Tecnos, Madrid, 2013.
- Martínez Abascal, V.A. y J.B. Herrero Martín: *Sistema de la Protección Social*, Urv, Tarragona, 2ª ed., 2015.
- Martínez-Gijón Machuca, M.A.: *Protección Social, Seguridad Social y Asistencia Social. España y la Unión Europea*, CES, Madrid, 2005.
- Suárez Corujo, B.: *La protección social en el Estado de las autonomías. Un examen de los artículos 149.1.17ª y 148.1.20ª ante los procesos de reforma estatutaria*, Iustel, Madrid, 2006.

DEL RÉGIMEN ESPECIAL A LOS SISTEMAS ESPECIALES DE SEGURIDAD SOCIAL AGRARIOS

MARGARITA ARENAS VIRUEZ

*Profesora contratada doctora de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)*

ÍNDICE

1. ¿UNA ANOMALÍA SUPERADA O CONSERVADA?
2. EL PROCESO DE INTEGRACIÓN DE LOS TRABAJADORES AGRARIOS EN EL RETA Y EN EL RGSS: LA CREACIÓN DE DOS SISTEMAS ESPECIALES
 - 2.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS SISTEMAS ESPECIALES: REGLAS DE INCLUSIÓN
 - 2.2. ESPECIALIDADES DERIVADAS DE LA INCLUSIÓN EN LOS SISTEMAS ESPECIALES
 - 2.2.1. COTIZACIÓN
 - 2.2.2. ACCIÓN PROTECTORA
3. CONCLUSIÓN: LA REVALORIZACIÓN DE LOS SISTEMAS ESPECIALES

1. ¿UNA ANOMALÍA SUPERADA O CONSERVADA?

En palabras del Prof. ALARCÓN CARACUEL, “*la desaparición del REA, como la de todos los regímenes especiales, arranca de la convicción de que la existencia de dichos regímenes es una anomalía –una especie de mal menor- que debe ser superada*”¹. Una anomalía que, al menos formalmente, ha permanecido en nuestro sistema de Seguridad Social durante más de cuarenta años, desde el año 1966 –en que se aprobó la Ley 38/1966, de 31 de mayo, sobre Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social- hasta el año 2011, en el que se aprobó la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, que supuso la culminación del proceso de desaparición del REA al ordenar la integración de los asalariados agrarios en el RGSS. Un proceso que se había iniciado cuatro años antes, con la Ley 18/2007, de 4 de julio, de integración de los trabajadores por cuenta propia del REA en el RETA².

Si bien estas dos leyes citadas, la Ley 18/2007, de 4 de julio, y la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, con efectos, respectivamente, de 1 de enero de 2008 y de 1 de enero de 2012, son las que han decretado la definitiva desaparición del REA, lo cierto es que desde años atrás el legislador fue preparando la transición hacia el actual modelo adoptando diversas reformas normativas tanto en la delimitación del campo de aplicación del REA y en la constitución de la relación jurídica entre la Seguridad Social y el trabajador agrario como en materia de financiación y de prestaciones. Estas reformas normativas obedecían a los compromisos políticos que, desde el Pacto de Toledo, de 6 de abril de 1995, y su renovación en el año 2003, hasta el Acuerdo sobre encuadramiento y cotización a la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia, de 20 de octubre de 2005, y el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006, tuvieron un objetivo común: la búsqueda de la unidad del sistema de Seguridad Social, que se eleva a principio en el art. 2 de la LGSS, y que pone de manifiesto el carácter transitorio de los regímenes especiales³.

¹ Prólogo de ALARCÓN CARACUEL, M.R., a ARENAS VIRUEZ, M.: *Hacia la desaparición del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*. Consejo Económico y Social de Andalucía, 2008, pág. 21.

² Desde hace muchos años, la doctrina, insistentemente, ha puesto de manifiesto la previsible desaparición del REA. Vid. MARTÍN VALVERDE, A.: “La “especialidad” del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social”. *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, número 6, 1969, pág. 1246; ALAMANSÁ PASTOR, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social*. Tecnos, 1991, pág. 580; AGUT GARCÍA, C.: “Régimen Especial Agrario”, en VV.AA., *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*. Centro de Investigaciones Sociológicas, 1998, pág. 12.

³ Al respecto, puede verse a CASAS BAAMONDE, M.E.: *Autónomos Agrarios y Seguridad Social*. Instituto de Estudios Políticos, 1975, pág. 30; ALARCÓN CARACUEL, M.E. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*. Tecnos, 199, págs. 79 y 80; y ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*. Cívitas, 2002, pág. 32.

Y es que incluso en la propia Ley de Bases de la Seguridad Social, de 28 de diciembre de 1963, se disponía que la regulación de la Seguridad Social agraria tendería a la paridad de derechos y prestaciones con el RGSS. Asimismo, uno de los objetivos fundamentales sobre los que se elaboró la ya referida Ley 38/1966, de 31 de mayo, fue lograr para los trabajadores del campo un grado de protección social acorde, hasta donde fuera posible, con el que tendrían los trabajadores de la industria y los servicios. La finalidad de la creación del REA, que nació en un momento en el que el sector agrario ocupaba un lugar relevante en la actividad económica, por su importancia tanto en la población activa ocupada como en el producto interior bruto, fue la de incorporar a los trabajadores agrarios a la protección de la Seguridad Social. Pero reconociéndoles singularidades específicas en materia de cotización y de prestaciones, que se tradujeron en una menor aportación al sistema y en una menor acción protectora que, progresivamente, han ido convergiendo con los niveles establecidos en otros regímenes de la Seguridad Social. Proceso de convergencia que responde a las transformaciones producidas en las últimas décadas en el sector agrario español, a los cambios laborales, económicos, sociales y demográficos que dicho sector ha experimentado, y que ponían de manifiesto los desajustes en la protección social de los trabajadores agrarios.

El convencimiento de que la existencia de los regímenes especiales constituye una anomalía que ha de superarse se manifiesta asimismo en la propia LGSS, cuyo art. 10.4 dispone que los regímenes especiales se regularán *“tendiendo a la máxima homogeneidad con el Régimen General, que permitan las disponibilidades financieras del sistema y las características de los distintos grupos afectados por dichos Regímenes”*. Estas dos condiciones para conseguir, como se indica en el apartado 5 del art. 10 del mismo texto legal, *“la tendencia a la unidad que debe presidir la ordenación del sistema de Seguridad Social”*, permiten detectar cuáles son las dos principales razones que pueden justificar la existencia de regímenes especiales. Una, las disponibilidades financieras, que es de carácter coyuntural, y, por lo tanto, de posible superación desde el momento en que las razones financieras que explicaron el nacimiento del REA en un momento concreto pudieran desaparecer. Y dos, las características de determinados grupos profesionales, de carácter estructural, que pueden justificar la indefinida pervivencia de algunos regímenes especiales.

Precisamente, la estructura dual (RGSS y RETA), y no plena unidad, al que aspira nuestro sistema de Seguridad Social encuentra su razón de ser y justificación en la forma en que se desempeña la actividad profesional, sea por cuenta ajena o sea por cuenta propia, siendo la figura del empresario, su existencia o su ausencia, lo que provoca determinadas consecuencias en materia de Seguridad Social. A ello responde la desaparición del REA en dos etapas, una primera de integración de los autónomos agrarios en el RETA y otra segunda de integración de los asalariados agrarios en el RGSS. Pero, en ambos casos, subsiste un factor de especialidad, de-

rivado sobre todo del carácter cíclico y estacional de la actividad agraria, que pervive en el tiempo y que actúa obstaculizando la total homogeneización de los trabajadores agrarios a los trabajadores de la industria y los servicios. Por ello, la integración de los trabajadores agrarios no ha supuesto la plena equiparación, sino que perviven determinadas peculiaridades que se han amparado bajo la categoría conceptual del sistema especial.

El resultado ha sido que el REA, como régimen especial, ha desaparecido y se han creado dos sistemas especiales, uno en el RGSS para los trabajadores agrarios por cuenta ajena y otro en el RETA para los autónomos agrarios. Se mantienen, pues, muchas de las especialidades que durante tantos años han permitido, si no justificar, sí explicar la existencia del REA, debido al convencimiento de que resulta imposible una equiparación absoluta que obvie la influencia del factor climatológico y el carácter cíclico y estacional de las labores agrarias. Algunas de estas especialidades se manifiestan incluso en materia de acción protectora, lo que puede suponer un cuestionamiento de los conceptos legales de régimen especial⁴ y sistema especial contemplados en los arts. 10.1 y 11 de la LGSS, respectivamente.

Precisamente, el cometido de estas páginas no consiste en realizar un análisis jurídico de la seguridad social de los trabajadores agrarios, sino en conocer cómo se ha llevado a cabo el proceso de integración de los trabajadores agrarios en el RETA y RGSS, así como en reflexionar sobre el alcance y significado de la desaparición del REA y la consiguiente creación de dos nuevos sistemas especiales, con la finalidad última de responder al interrogante que se plantea en el título de este apartado sobre la superación de la anomalía que suponía el REA o, en su caso, sobre la pervivencia de dicha anomalía, ahora en forma de sistema especial. Y ello se aborda analizando de forma conjunta el proceso de integración de ambos colectivos de trabajadores agrarios, si bien diferenciando en cada una de las materias esenciales en las que se aprecian especialidades con respecto del RGSS o, en su caso, del RETA, según se trate de autónomos o asalariados agrarios.

⁴ La forma que presenta nuestro ordenamiento jurídico de adaptarse a las peculiaridades de las diversas actividades profesionales, no significa que se pueda crear un régimen especial para cualquier colectivo socio-profesional que presenta alguna especialidad, pues no cabe duda de que todo sector de actividad presenta alguna que otra característica propia. Lo relevante es que el colectivo requiera una acción protectora diferente, esto es, más o menos riesgos cubiertos y/o diversa intensidad en las prestaciones. Vid. a ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, op. cit., pág. 79; y a ALMANSA PASTOR, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, op. cit., pág. 564.

2. EL PROCESO DE INTEGRACIÓN DE LOS TRABAJADORES AGRARIOS EN EL RETA Y EN EL RGSS: LA CREACIÓN DE DOS SISTEMAS ESPECIALES

Como se ha anticipado, la integración de los trabajadores agrarios en el RETA y en el RGSS se ha llevado a cabo a través de un proceso que ha constado de dos fases en el tiempo⁵: una primera, para los autónomos agrarios, y otra segunda, para los asalariados agrarios. Ambas fases del proceso de desaparición del REA han seguido una mecánica similar, consistente en la aprobación, en cada caso, de una norma con rango de ley que, básicamente, determina la integración de cada uno de estos colectivos de trabajadores agrarios en los correspondientes regímenes del sistema de Seguridad Social, así como la creación de los respectivos sistemas especiales en cada uno de los dos regímenes. Sin embargo, estas dos fases del proceso de integración presentan dos diferencias entre sí.

Por un lado, sólo para el caso de los trabajadores autónomos agrarios, la incorporación al RETA, a su vez, se realizó diferenciando dos etapas. Una primera, que abarcó desde el 1 de agosto de 2007 hasta el 31 de diciembre del mismo año, en el que se produjo un cambio temporal de encuadramiento de determinados trabajadores por cuenta propia agrarios, que afectó a los que, a pesar de ser trabajadores agrarios, pertenecían al RETA porque no cumplían los requisitos exigidos por la normativa reguladora del REA y que, a partir de la ley de integración, sí cumplían los nuevos requisitos para quedar integrados en el sistema especial del RETA. Al mismo tiempo y durante el mismo período, se modificó el campo de aplicación del REA, que aún pervivía durante este período transitorio, para ajustarlo a lo que, tras la desaparición de este régimen especial, constituiría el nuevo sistema especial. Y otra segunda etapa, a partir de 1 de enero de 2008, en el que, como se ha dicho, se integran definitivamente todos los autónomos agrarios en el RETA, sin perjuicio de que quienes cumplan determinados requisitos se incluyan en el sistema especial. Este período transitorio, sin embargo, no se estableció para la integración de los asalariados agrarios que desde la entrada en vigor de su ley de integración, 1 de enero de 2012, se incluyen en el RGSS.

Y la segunda diferencia radica en que el proceso de integración para los trabajadores asalariados del REA supuso el tránsito directo y en todo caso del REA al

⁵ Un estudio sobre este proceso de integración puede verse en BLASCO LAHOZ, J.F.: "La integración de los trabajadores por cuenta propia del régimen especial agrario en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos". *Información Laboral*, número 27/2007 y DESDENTADO BONETE, A.: "El futuro del Régimen Especial Agrario: un largo adiós". *Actualidad Laboral*, número 1/2008.

sistema especial del RGSS, puesto que los trabajadores por cuenta ajena del REA son los que se incorporan al sistema especial del RGSS; sin embargo, para los trabajadores autónomos agrarios, el proceso de trasvase fue del REA al RETA y, sólo los autónomos agrarios que cumplan determinados requisitos, se integran en el correspondiente sistema especial.

Recientemente, con efectos de 2 de enero de este año 2016, las dos leyes de integración han sido derogadas, con alguna mínima excepción, quedando sus textos incluidos en el nuevo texto refundido de la LGSS⁶. Se trata de una decisión normativa que merece una valoración positiva en tanto en cuanto facilita el tan complejo manejo de las numerosas y dispersas normas en materia de Seguridad Social. Y este esfuerzo de integración y sistematización normativa incide de forma especial en todas las materias en las que a lo largo de los años previos se fueron adoptando medidas preparatorias para la definitiva desaparición del REA, que obligaban a acudir a diferentes disposiciones normativas.

2.1. Ámbito de aplicación de los sistemas especiales: reglas de inclusión

La delimitación del ámbito de aplicación de los dos sistemas especiales en los que pueden quedar incluidos los trabajadores agrarios se convierte en la primera cuestión que ha de abordarse puesto que sólo así se puede obtener una visión inicial de la nueva ubicación de estos colectivos y, sobre todo, porque sólo así se puede conocer quiénes son los trabajadores agrarios a los que se les siguen reconociendo determinadas especialidades en materia de Seguridad Social.

Respecto de los trabajadores por cuenta propia, no existe una equiparación absoluta entre los trabajadores que pertenecían al REA y los que ahora se integran en el sistema especial para los autónomos agrarios. Pero sí pervive la misma lógica delimitadora de un concreto colectivo que, en términos generales, hace referencia a la figura del pequeño agricultor que, efectivamente vive de los rendimientos que percibe del campo, sin perjuicio de que pueda tener otro tipo de ingresos. El tránsito del REA al sistema especial del RETA se basa en que de la figura del titular de una pequeña explotación que realiza la actividad agraria de forma personal y directa, constituyendo su medio fundamental de vida, se ha pasado a la figura del titular de una explotación agraria, cuyos rendimientos anuales obtenidos de la propia explotación agraria no superan una determinada cuantía, siendo necesario que también realice la actividad de forma personal y directa, así como que obtenga una parte importante de su renta total de la realización de labores agrarias y que dedique gran parte de su tiempo a dichas tareas.

⁶ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE de 31 de octubre de 2015).

De esta forma, la determinación de qué es una pequeña explotación agraria y la concreción de los requisitos de habitualidad y medio fundamental de vida, de suma complejidad a los efectos de delimitar el campo de aplicación del extinguido REA, se ha transformado en una cuantificación de los rendimientos agrarios que percibe el autónomo y de su proporción respecto a otro tipo de ingresos. Además, perviven las limitaciones a la contratación de trabajadores por cuenta ajena, lo que no es sino una prueba más de que en este sistema especial tan sólo se incluyen los pequeños agricultores. En cuanto al propio concepto de labores agrarias, que tanta litigiosidad judicial provocó a los efectos de determinar el campo de aplicación del REA, este proceso de integración ha servido para clarificar, vía legal, algunas de las actividades que más controversias habían generado, determinando de forma expresa el carácter complementario de determinadas labores, tal y como se dispone en el art. 324.2 de la LGSS.

Menos precisa fue la ley de integración de los asalariados agrarios en el RGSS puesto que se limita a incluir en dicho régimen, por un lado, a los que estaban en el REA, sin mayor precisión, y, por el otro, a quienes, a partir de entonces, realicen *“labores agrarias, sean propiamente agrícolas, forestales o pecuarias o sean complementarias o auxiliares de las mismas”*, subsistiendo las dificultades que ya se habían puesto de manifiesto para concretar el carácter complementario o auxiliar de tales labores, si bien es cierto que se hace una remisión a la normativa reglamentaria que permite entender que vía reglamento se podrán concretar, entre otras cosas, qué se entiende por labores agrarias. Ello redundará en una mayor seguridad jurídica y facilitará la labor de delimitación puesto que, hasta ahora, se hace preciso acudir a los variados criterios jurisprudenciales para delimitar el concepto de labor agraria que permita determinar la inclusión en el sistema especial de trabajadores por cuenta ajena agrarios.

De esta forma, este proceso de integración de los asalariados agrarios supuso, en principio, el trasvase desde el REA hasta el sistema especial del RGSS, sin que se hayan establecido requisitos diferentes a los exigidos con anterioridad para la inclusión en el REA, si bien también se ha eliminado la exigencia de habitualidad y de medio fundamental de vida de la labor agraria. El legislador parte de la inclusión en el sistema especial desde la fecha de inicio de la prestación de servicios agrarios, sin más exigencias, a diferencia de lo que ocurre con los autónomos agrarios que, como se ha dicho, además de realizar labores agrarias tienen que cumplir determinados requisitos que tendrán que acreditar para quedar incluidos en el sistema especial. La inclusión en el sistema especial de los asalariados agrarios tiene una importante especialidad, cual es que pervive la obligación de cotizar incluso durante los períodos de inactividad, que se cuantifican por la no realización de jornadas reales por encima de un determinado porcentaje. Si bien ello no es una novedad puesto que la permanencia en alta pese a la situación de inactividad del trabajador en labores agrarias era una especialidad del REA, aunque es cierto que tenía otros parámetros de cómputo.

Ahora bien, la inclusión en este sistema, incluso en períodos de inactividad, se condiciona a que el trabajador abone las cuotas que correspondan a dichos períodos y a que haya realizado un mínimo de jornadas reales en un determinado período de tiempo. Y ello salvo que el trabajador solicite la exclusión del sistema, lo que acarrea la baja en el RGSS. La inclusión, exclusión y reincorporación al sistema, así como sus efectos, se regulan en el art. 253 de la LGSS, de cuya redacción se concluye que el asalariado que realice labores agrarias queda incluido en el sistema especial del RGSS, pudiendo mantener dicha situación incluso en períodos de inactividad, salvo que no cumpla determinados requisitos o quiera solicitar la exclusión, produciéndose, en ambos casos, no sólo la exclusión del sistema sino también la baja del RGSS. En definitiva, estas reglas de inclusión en el sistema especial responden a las peculiaridades del trabajo agrario, de carácter cíclico y estacional, que pueden justificar el mantenimiento del alta pese a la situación de inactividad.

2.2. Especialidades derivadas de la inclusión en los sistemas especiales

Tras la referencia a las especiales reglas de inclusión en los respectivos sistemas especiales, y dejando al margen la peculiar regla sobre el plazo para presentar la solicitud de alta de los trabajadores eventuales o fijos discontinuos⁷, se procede a destacar las principales especialidades que se derivan de la inclusión en los sistemas especiales de los trabajadores agrarios, que se manifiestan, sobre todo, en materia de cotización y en materia prestacional.

2.2.1. Cotización

La desaparición del REA no ha supuesto la eliminación de especialidades en materia de cotización de los trabajadores agrarios, puesto que la incorporación al sistema especial que corresponda, según sea trabajador por cuenta propia o por cuenta ajena, implica la aplicación de determinadas reglas especiales en esta materia⁸, que responden, como en su origen, a la tradicional debilidad económica de, al menos, una parte del sector agrario, así como al carácter estacional y cíclico de las labores en el campo.

En efecto, respecto de los trabajadores autónomos incluidos en el sistema especial, y tras un largo y complejo proceso de acercamiento al RETA que supuso la existencia de diversos supuestos diferentes (algunos sólo de forma transitoria), la especialidad se manifiesta en una contribución al sistema diferente respecto del resto de trabajadores por cuenta propia. Y esta diferencia se aprecia tanto desde un

⁷ El alta podrá hacerse hasta las 12 horas del día en que inicien la prestación, lo que responde, una vez más, a la influencia del factor climatológico en el trabajo agrario.

⁸ Vid. a PANIZO ROBLES, J.A.: "Novedades de Seguridad Social en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016". Aranzadi Digital, número 1/2015. Estudios y Comentarios.

punto de vista cuantitativo (un menor tipo de cotización aplicable a la base de cotización si no supera una determinada cuantía, si bien sólo respecto de las contingencias de cobertura obligatoria) como cualitativo (carácter voluntario respecto de la cobertura de la incapacidad temporal y de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional, salvo la cotización por incapacidad permanente y muerte y supervivencia, en cuyo caso hay que estar a lo dispuesto en la LPGE, de manera que para el año 2016 hay que cotizar de forma obligada, aunque también en menor cuantía⁹). Asimismo, si no se ha optado por la totalidad de la cobertura de contingencias profesionales, se ha de efectuar una cotización adicional para financiar las prestaciones de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia.

Por su parte, en relación con los trabajadores por cuenta ajena y empresarios incluidos en el sistema especial para trabajadores agrarios, las especialidades respecto de las normas del RGSS también son de carácter cuantitativo y cualitativo. La principal especialidad, como ya se anticipó, es que se mantiene la obligación de cotizar durante los períodos de inactividad, durante los cuales existen asimismo unas reglas peculiares que se ajustan a dicha situación, de manera que el trabajador es el responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar y del ingreso de las cuotas. Asimismo, durante la situación de inactividad la cotización, que siempre tiene carácter mensual, es más reducida, puesto que se aplica la base mínima correspondiente al grupo 7 y un tipo de cotización más reducido (11,50%). El cálculo se hace conforme a la compleja fórmula que determine la LPGE, que depende de varios factores como el número de días de alta en el sistema especial y número de días en el mes natural en los que se han realizado jornadas reales.

Sin embargo, en las situaciones de actividad, el empresario es el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar, pudiendo optar por cotizar por bases diarias, en función de las jornadas reales realizadas, o por bases mensuales (salvo para los trabajadores con contrato indefinido, en cuyo caso es obligatoria la modalidad de cotización por bases mensuales). Las bases de cotización tanto por contingencias comunes como profesionales de los trabajadores que presten servicios durante todo el mes se calculan conforme a las reglas del RGSS. Respecto de las bases diarias de cotización, también se aplican, para su determinación, las reglas del RGSS, si bien dividiendo entre 23 los importes de las bases mínimas y máximas cuando se realicen en el mes natural menos de 23 jornadas reales. En cuanto a los tipos de cotización, cuya determinación se fija en la LGPE por remisión del art. 255.2 d) de la LGSS, se diferencia, para las contingencias comunes, según el grupo de cotización en que esté encuadrado el trabajador, de manera que sólo a los que pertenezcan al grupo 1 se les aplica el mismo tipo que al RGSS, puesto que a los trabajadores encuadrados en los grupos de 2 a 11 tienen un

⁹ Vid. el art. 115. seis de la LPGE para 2016, al que se remite el art. 326 de la LGSS.

tipo de cotización más reducido¹⁰. Para las contingencias profesionales, se aplica la tarifa de primas de la disposición adicional cuarta de la LPGE para 2007, al igual que en el RGSS. Ahora bien, a pesar de esta aproximación a la cotización del RGSS, durante el 2016 (y seguramente de forma progresiva durante los próximos años¹¹) se aplican unas reducciones en las aportaciones empresariales durante los períodos de actividad con prestación de servicios, cuyo cálculo difiere según el trabajador pertenezca al grupo de cotización 1 o a los grupos de cotización 2 a 8 y, entre éstos, según la cuantía de la base de cotización (art. 115.tres, apartado 5 de la LPGE para el año 2016).

En cuanto a la cotización por desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, se efectúa con arreglo a la base de cotización por contingencias profesionales, según la modalidad que corresponda, siendo de aplicación los tipos de cotización aplicables para estos conceptos que se fijen cada ejercicio en la correspondiente LPGE, que, para el FOGASA y formación profesional, son inferiores a los generales. Sin embargo, a los trabajadores incluidos en el sistema especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios no les resulta de aplicación la cotización adicional por horas extraordinarias, que sí se aplica a los demás trabajadores del RGSS. Sin que tampoco resulte de aplicación el incremento de la aportación empresarial a la cuota por contingencias comunes prevista para los contratos de trabajo temporales cuya duración efectiva sea inferior a siete días.

Asimismo, durante las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, así como de maternidad y paternidad causadas durante la situación de actividad, la cotización se efectúa en función de la modalidad de contratación de los trabajadores. Esto es, según sea contrato indefinido, en cuyo caso se aplican las normas generales del RGSS o, según sea contrato temporal y fijo discontinuo, en que resulta de aplicación las normas del RGSS pero sólo en cuanto a los días contratados en los que no se haya podido prestar servicios por encontrarse el trabajador en alguna de estas situaciones. Puesto que en los días en los que no esté prevista la prestación de servicios, los trabajadores tienen que ingresar la cotización correspondiente a los períodos de inactividad, salvo que estén percibiendo la prestación de maternidad o paternidad. La cotización durante la percepción del desempleo varía en función de cuál sea la protección por desempleo puesto que, como se expone a continuación, los trabajadores por cuenta ajena agrarios incluidos en el sistema especial pueden causar derecho a distintos tipos de prestaciones.

¹⁰ La disposición adicional segunda de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, estableció una aplicación paulatina de los tipos de cotización, desde el año 2012 hasta el año 2031. Esta disposición, que está derogada desde la entrada en vigor del actual texto refundido de la LGSS, fijaba para el año 2016 un tipo reducido a cargo del empresario de 17,75%, que es el mismo que ha fijado la LPGE para dicho año.

¹¹ Así lo disponía también la disposición adicional segunda de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre.

2.2.2. Acción protectora

La acción protectora de los trabajadores agrarios incluidos en el sistema especial que corresponda, en función de si la prestación de servicios se desarrolla por cuenta propia o por cuenta ajena, presenta diversas particularidades, algunas de las cuales se vienen arrastrando del desaparecido REA. Así ocurre con la cobertura de la incapacidad temporal y de las contingencias profesionales de los autónomos agrarios, que sigue teniendo carácter voluntario en este sistema especial, con las excepciones que al respecto ya se indicaron, y que constituye la única especialidad en esta materia. Sin embargo, para los trabajadores por cuenta ajena agrarios las singularidades en la acción protectora se manifiestan en diversos aspectos, constituyendo algunas de ellas un ajuste necesario a la gran peculiaridad de este sistema cual es el mantenimiento en el mismo, con la correspondiente pervivencia de la obligación de cotizar, en los períodos de inactividad (art. 256 de la LGSS).

Estas singularidades son varias. Una, en el ámbito de protección, limitándose las prestaciones que se pueden causar durante los períodos de inactividad. Dos, en los requisitos de acceso a las prestaciones puesto que para el reconocimiento de las prestaciones económicas será necesario que el trabajador se halle al corriente en el pago de las cotizaciones correspondientes a los períodos de inactividad. Asimismo, para acceder a determinadas modalidades de jubilación anticipada, a efectos de acreditar el requisito del período mínimo de cotización, se exige un tiempo de cotización que corresponda a períodos de actividad efectiva en el propio sistema. Tres, en las reglas de cálculo de las cuantías de algunas prestaciones, como en la incapacidad temporal derivada de enfermedad común, en la que se establece un límite a la base reguladora, que se calcula atendiendo a los últimos doce meses anteriores a la baja. Y también a los efectos de calcular la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y de jubilación, puesto que sólo se tienen en cuenta los períodos realmente cotizados, sin que sea de aplicación la regla de integración de lagunas. Y cuatro, en relación con el pago de la prestación de incapacidad temporal puesto que no cabe el pago delegado, siendo abonada directamente por la entidad gestora, con algunas excepciones.

Pero, sin duda, las mayores singularidades se encuentran en la protección por desempleo de los trabajadores por cuenta ajena agrarios¹², lo que tiene su reflejo en la opción del legislador de establecer un capítulo propio en el título III de la LGSS que regula esta prestación. En 1989 el TC admitió un trato diferente en la

¹² El alto número de trabajadores eventuales del sector agrario y el desempleo estructural impidió durante muchos años la protección de la contingencia por desempleo en el REA. Al respecto puede verse a RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: "Protección social y política de empleo en el trabajo eventual en la agricultura". *Relaciones Laborales*, número 12, 1997, pág. 123.

protección por desempleo en base a una justificación objetiva y razonable: la intensidad del problema del paro de los trabajadores agrarios eventuales de Andalucía y Extremadura y su extensión cuantitativa (STC 90/1989, de 11 de mayo). Asimismo, el arrastre de la singular protección ante el desempleo que tradicionalmente han tenido los trabajadores agrarios de carácter eventual, que se presenta, además, como la más justificada adecuación a los beneficios de la Seguridad Social para este colectivo, así como la ampliación de la cobertura por esta contingencia que se produjo en el año 2002, dan como resultado una protección por desempleo variada en función del tipo de contrato, del lugar de residencia y del momento en que se pretenda acceder a la protección por desempleo.

En efecto, los trabajadores incluidos en el sistema especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios tienen derecho a la protección por desempleo en los siguientes términos. Primero, la protección por desempleo de los trabajadores por cuenta ajena agrarios fijos y fijos discontinuos, que se ajusta a las normas de carácter general, si bien con aplicación de la exclusión de familiares de la explotación agraria cuando se den determinados requisitos. Segundo, la protección por desempleo de los trabajadores por cuenta ajena agrarios eventuales tiene una regulación específica en el art. 287 de la LGSS (básicamente, la exclusión de familiares en determinados supuestos, el incremento del período mínimo de cotización para el trabajador que de forma inmediatamente anterior figuró de alta como trabajador autónomo, diversas reglas sobre cómputo de cotizaciones y la no aplicación de la protección del nivel asistencial¹³), aplicándose en lo demás las normas generales. Y, finalmente, la protección por desempleo de los trabajadores por cuenta ajena agrarios eventuales residentes en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura, que, a su vez, podrán tener derecho al subsidio agrario (si ya lo han disfrutado en alguno de los tres años anteriores al momento de la solicitud) o, en su caso, a la renta agraria, cuya principal especialidad, en ambas prestaciones, es que con un número reducido de jornadas reales cotizadas se puede acceder a la protección que ofrecen estas prestaciones¹⁴.

¹³ La disposición final cuarta de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, faculta al Gobierno para extender, de forma progresiva, la protección por desempleo de nivel asistencial a los trabajadores eventuales agrarios. A pesar del incumplimiento inicial de lo dispuesto en esta disposición, la intención del legislador es aplicar a estos trabajadores el desempleo asistencial, tal y como se deduce del mantenimiento en vigor de la citada disposición, a pesar de la derogación de la citada ley y de lo dispuesto en el art. 287.3 de la LGSS.

¹⁴ Vid, entre otros, a RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: "La nueva renta agraria para los trabajadores eventuales de la agricultura". *Relaciones Laborales*, número 12, 2003; GONZÁLEZ ORTEGA, S. "La reforma del subsidio agrario y la ampliación de la protección por desempleo a todos los trabajadores eventuales del campo". *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, número 4/2003; y CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: "De nuevo sobre la prestación por desempleo de los trabajadores eventuales agrarios. Breve comentario al RD 73/2002, de 21 de enero". *Temas Laborales*, número 60, 2001.

Como se puede apreciar, el mantenimiento de especialidades en la acción protectora, especialmente en materia de desempleo, encuentra su justificación en el rasgo caracterizador más importante de las labores agrarias: el carácter discontinuo y cíclico que, por naturaleza, tiene la actividad agraria y sus inevitables consecuencias, básicamente, desempleo estacional y niveles bajos de ingresos en las épocas de escasa demanda de mano de obra, lo que afecta con especial intensidad a los trabajadores agrarios de carácter eventual. De ahí que incluso tras la desaparición del REA perviva una protección especial en materia de desempleo para este colectivo.

3. CONCLUSIÓN: LA REVALORIZACIÓN DE LOS SISTEMAS ESPECIALES

El resultado del proceso de integración de los dos colectivos de trabajadores agrarios en el RGSS y RETA ha supuesto, tal y como ha quedado expuesto, la efectiva y formal desaparición del REA; pero también la pervivencia de muchas de las peculiaridades tradicionales de la seguridad social agraria, si bien es cierto que ahora se cobijan bajo la fórmula del sistema especial. Al final de todo este proceso siguen existiendo dos colectivos de trabajadores agrarios que conforman dos subgrupos dentro del grupo más amplio de trabajadores de la industria y de los servicios del RG y del RETA. La pertenencia a estos subgrupos, dejando aparte, evidentemente, el desempeño de labores agrarias, obedece, básicamente, a dos criterios determinantes: uno, el carácter cíclico y estacional de las labores agrarias, que impregna gran parte del régimen jurídico de la seguridad social agraria, sobre todo de los asalariados agrarios; y dos, la atención especial por parte del legislador a la mayor debilidad económica de gran parte de los trabajadores del sector del campo (que, a su vez, es, en gran medida, consecuencia del primero de los criterios), que para los autónomos agrarios actúa incluso como elemento delimitador del ámbito de aplicación de su sistema especial.

La influencia de estos dos elementos se deja sentir en todo el régimen jurídico de la seguridad social de los trabajadores agrarios. Así sucede con las reglas de inclusión en los dos sistemas especiales, básicamente, respecto de los trabajadores por cuenta propia, puesto que sólo los que no superan unos determinados ingresos derivados de las labores agrarias pueden quedar incluidos en el sistema especial; y, respecto de los asalariados, ya que se mantiene la inclusión en el sistema incluso en los períodos de inactividad. Y también se manifiestan estos dos criterios en materia de cotización, perviviendo determinadas especialidades respecto del resto de trabajadores que se traducen en una menor contribución al sistema y en reglas específicas para los períodos de inactividad. Así como en materia prestacional, destacando las singularidades en la protección por desempleo, sobre todo de los trabajadores eventuales de Andalucía y Extremadura.

Precisamente, la pervivencia de especialidades en materia prestacional de unos colectivos que ya no conforman un régimen especial sino que pertenecen a unos sistemas especiales dentro del RGSS y del RETA, produce una falta de adecuación al propio concepto legal de sistema especial, puesto que el art. 11 de la LGSS permite el establecimiento de sistemas especiales exclusivamente en materias de encuadramiento, forma de cotización o recaudación. Lo que pone de manifiesto la conveniencia de que se modifique el propio concepto legal de sistema especial, que permita un más adecuado ajuste al mayor protagonismo que están asumiendo en nuestro sistema de Seguridad Social en el proceso de desaparición de los regímenes especiales. En todo este proceso, respecto de la integración de los trabajadores agrarios en el RETA y en el RGSS, la pervivencia de ciertas singularidades se han amparado bajo la categoría conceptual del sistema especial. Por ello, se concluye, al igual que se iniciaron estas páginas, citando palabras del Prof. ALARCÓN CARACUEL, según el cual la categoría de sistema especial, *“ahora, tras muchos años de absoluta marginalidad, va a quedar enormemente revalorizada”*.

GESTIÓN PRIVADA DE LA SANIDAD PÚBLICA¹

MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO

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

ÍNDICE

- 1.- ESTADO SOCIAL Y SISTEMA NACIONAL DE SALUD
- 2.- CAMBIOS EN LA ACTUACIÓN DEL ESTADO EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS
- 3.- FÓRMULAS TRADICIONALES DE GESTIÓN EN LA SANIDAD PÚBLICA
- 4.- NUEVAS ESTRATEGIAS DE GESTIÓN SANITARIA
- 5.- DE NUEVO EL RECURSO A LAS FORMAS PRIVADAS DE GESTIÓN EN LA SANIDAD PÚBLICA: SE REABRE EL DEBATE

¹ Este estudio se enmarca dentro del Proyecto de investigación de I+D “Instrumentos normativos sociales ante el nuevo contexto tecnológico 3.0” (DER 2015-63701-C3-3-R).

1. ESTADO SOCIAL Y SISTEMA NACIONAL DE SALUD

“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho...” con esta frase nuestra Constitución define en su art. 1.1 nuestro modelo de Estado, cuya función principal consiste en garantizar aquellos servicios que son necesarios para los ciudadanos, esto es, la procura existencial². Al referirse a dicho modelo el Profesor Alarcón decía que el Estado social: “no se limita a reconocer al individuo una serie de libertades públicas y derechos políticos (libertad de expresión, de asociación, de reunión derecho de sufragio activo y pasivo, etc.) –que esto ya lo hacía el Estado liberal- sino que, además, le reconoce una serie de derechos económicos y sociales – a la educación, al trabajo, a la cultura, a la vivienda, a la salud, a la Seguridad Social...- y procura hacerlos efectivos”. Lo dicho tenía para él una enorme importancia, pues suponía alejar de ese modelo cualquier riesgo de coyunturalismo al convertirlo en un elemento estructural del sistema, en un pilar básico de la Constitución³. Entendía que en dicho modelo el principio de solidaridad encuentra un perfecto anclaje posibilitando la actuación del Estado en el establecimiento de infraestructuras y en la gestión de servicios de interés educativo, social o económico⁴. De esta forma la acción pública queda legitimada para intervenir en el mercado evitando las fluctuaciones, que afectan a importantes sectores económicos, y las graves desigualdades sociales que la propia economía de mercado genera⁵.

Esta actuación “intervencionista” del Estado alcanza a derechos sociales y servicios considerados, tradicionalmente, como “servicios públicos” por su titularidad –pública- y por su carácter esencial para el conjunto de la ciudadanía⁶; unos servicios que tienen reconocimiento constitucional y que como tales han sido califi-

² En relación con la cláusula del Estado Social Muñoz Machado S.: “Servicio público y mercado” Tomo I, “Los Fundamentos”, Edit. Civitas, Madrid 1998, pag.108.

³ Vid. Alarcón Caracuel M.R.: “La Seguridad Social en España”, edit. Aranzadi, Pamplona 1999, pág. 14.

⁴ Vid. Alarcón Caracuel M.R.: “los principios jurídicos de la Seguridad Social” en la obra colectiva “Últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social”, coord. J. López López y C. Chacartegui Jávega, edit. Bomarzo, Albacete 2005, pág. 25.

⁵ Vid. en Muñoz Machado S.: “Servicio público y mercado”, op.cit. pág. 102

⁶ Como indica Gaspar Ariño existe cierto consenso doctrinal y jurisprudencial respecto a algunas notas esenciales de lo que se considera como servicios públicos y que puede sintetizarse como aquellas actividades esenciales para la comunidad y que son declaradas como tales por una ley formal. Dichas actividades se excluyen de la libre acción de los particulares, por lo que su titularidad es en exclusiva del Estado, de manera que la acción privada solo es posible previa concesión discrecional de la Administración. Tales actividades quedan sometidas al derecho público, por lo que el Estado se reserva ciertos poderes internos de dirección y control sobre la forma, organización y medios de llevar a cabo la prestación del servicio. Vid. Ariño Ortiz G.” Servicio público y libertades públicas (una interpretación limitadora del art. 128 de la Constitución)” en la obra colectiva “Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX”, Homenaje al profesor Garrido Falla, Vol. II, Edit. Complutense, Madrid 1992, pág.1320.

cados de “servicios públicos constitucionales” por tratarse de servicios públicos que son exigidos por la Constitución⁷. Uno de ellos es el que se ha creado en España para proteger la salud de los ciudadanos, es decir, el Sistema Nacional de Salud (en adelante, SNS).

El SNS nace a raíz del desarrollo constitucional que del art. 43 de la Constitución se llevó a cabo por la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril (LGS). Como se sabe, la Constitución reconoce en el referido precepto la protección de la salud y la obligación del Estado de garantizar este derecho a través de unas prestaciones y servicios públicos que, si bien en la fecha en que se publicó la LGS aún formaban parte de la gestión institucional de la Seguridad Social, a medida que se fueron materializando los traspasos en materia sanitaria y que las CC.AA comenzaron a organizar, gestionar y financiar sus propios servicios sanitarios, la asistencia sanitaria se fue desvinculando del esquema de organización y gestión de la Seguridad Social y adquiriendo entidad propia como un servicio público dentro del ámbito de la protección social⁸.

2. CAMBIOS EN LA ACTUACIÓN DEL ESTADO EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Como reacción a las formas de intervención del Estado en la economía una nueva corriente de pensamiento económico neoliberal, que retorna a los postulados de la doctrina liberal clásica, se desarrolla a partir en la década de los ochenta marcando un cambio de rumbo en la actividad pública⁹. De acuerdo con su ideario la economía de mercado es un modelo económico cuyo protagonismo corresponde a la iniciativa privada y no al Estado, de tal manera que sus intervenciones en aquél han de estar justificadas y circunscritas a los supuestos en los que la iniciativa privada no puede hacerlo o no con la intensidad que la sociedad precisa¹⁰. Lo dicho tiene efectos, particularmente relevantes, en los servicios públicos de carácter económico. Nuevas condiciones se imponen desde Europa a los servicios públicos económicos de los Estados miembros -identificados por la norma comunitaria como servicios públicos económicos de interés general- y obligan a las empresas públicas a participar en los mercados con sujeción a los principios de la libre competencia y en condiciones igualitarias respecto de las empresas privadas- anterior art. 90

⁷ Vid. en Muñoz Machado S.: “Servicio público y mercado”, op.cit., pág. 112 en relación con pág. 124-125.

⁸ Vid. Alarcón Caracuel M.R.: “Hacia el Derecho de la Protección Social” op.cit., pág. 33.

⁹ Vid. Martín Martín J.J.: “Formas directa e indirecta de gestión institucional en centros y servicios sanitarios”, [Internet] Madrid: Escuela Nacional de Sanidad; 2013, pág. 3 [consultado 1-3-2016] http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:500622/n5.4_formas_directas_e_indirectas_de_gesti__n.pdf

¹⁰ Vid. Ariño Ortiz G.: “Servicio público y libertades públicas (una interpretación limitadora del art. 128 de la Constitución)” op.cit., pág. 1317.

TCE, actual art. 86.2 en su versión consolidada-, salvo que se traten de servicios económicos de interés general imprescindibles para el adecuado cumplimiento de la misión para la que fueron creados¹¹.

Pero los cambios también se han dejado sentir y ha tenido sus efectos en los servicios públicos de carácter social¹². Problemas derivados de la ineficiencia en el sector público y la procura de un mayor ahorro en los costes introducen la idea de competencia y las estrategias o mecanismos propios del mercado en los servicios públicos de carácter social. Estas circunstancias han permitido hablar de un “adelgazamiento de los servicios públicos” para referirse o bien a la desaparición o reducción de la actividad estatal en algunos servicios de carácter económico o bien a la introducción de nuevos modos de organización y funcionamiento, como así ha sucedido en países con servicios nacionales de salud¹³.

Con sustento en la idea del ahorro, de la eficiencia en el gasto y de lograr una mejora simultánea de la calidad de las prestaciones, se crean «mercados internos» en el seno de servicios públicos gestionados, sobre todo o fundamentalmente, por establecimientos dependientes de la Administración¹⁴. Surge así lo que se ha venido a denominarse como “las nuevas formas de gestión pública”¹⁵.

Tales cambios -extendidos en todos los Estados miembros- no resultan contrarios a nuestra Constitución, puesto que en ella no se establecen las técnicas o métodos a través de los cuales pueden organizarse y gestionarse los servicios públicos¹⁶. Es más, la reserva de determinados recursos y servicios que el art. 128.2 de la Constitución reconoce al Estado no impide la colaboración privada en la ges-

¹¹ Frente a estos cambios algunas posiciones teóricas de economistas preconizaron la “muerte de los servicios públicos” defendiendo lo que denominan el Estado mínimo, que supone la retirada progresiva del Estado sobre la sociedad y la transferencia hacia la empresa privada de la iniciativa y el control de los sectores económicos para continuar con los de carácter social. Esta teoría fue criticada por autores que como Muñoz Machado la calificaron de errónea, ya que las reglas de mercado han afectado a los servicios públicos de carácter económico pero no a los que implican autoridad o a los de carácter social. Vid. en Muñoz Machado S.: “Servicio público y mercado” op. cit., págs. 18-19 en relación con págs. 20-22 y 24.

¹² Vid. en Muñoz Machado S.: “Servicio público y mercado” op. cit., pag.132-133.

¹³ Vid. Sánchez Bayle M.: “La privatización de la asistencia sanitaria en España” Fundación Alternativas, Documento de trabajo nº 182/2014, pág. 5.

¹⁴ Muñoz Machado S.: “Servicio público y mercado” op. cit., pag.136. En el ámbito sanitario la existencia de mercados internos o también denominados “seudomercados” se traduce en una negociación entre los responsables/gerentes de los centros y la administración sanitaria de la que dependen y la que financia el servicio. Vid. Sánchez Bayle M.: “La privatización de la asistencia sanitaria en España” op.cit., pág. 18.

¹⁵ Vid. Martín Martín J.J.: “Formas directa e indirecta de gestión institucional en centros y servicios sanitarios” op.cit., pág. 3

¹⁶ Vid. en Muñoz Machado S.: “Servicio público y mercado” op.cit., pág.113.

ción, ni tampoco obliga a que las reservas se efectúen siempre en régimen de exclusividad¹⁷. En este sentido, el Profesor Alarcón afirmaba que: *“nuestro modelo constitucional contiene un amplio abanico de materias en las que los poderes públicos deben prestar servicios a los ciudadanos, en forma exclusiva y excluyente de la iniciativa privada en los mismos campos. Esa es la regla. La excepción es la que contiene el artículo 128.2 del texto constitucional que, tras decir que “se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica” añade: “Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio”. Como puede verse, el constituyente está pensando no en la creación de monopolios estatales sino en la evitación de monopolios privados que afecten a recursos esenciales. Y, en todo caso, esa reserva a favor del sector público deberá hacerse mediante ley, ley que habría de incorporar una muy concienzuda justificación para hacerla compatible con el principio general de libertad de empresa del artículo 38 y con el espíritu del propio artículo 128.2 autorizador de dicha intervención normativa”*.

Centrándose en la presencia de la iniciativa privada en el campo de la sanidad aclaraba que: *“de todas formas, hay que decir que, en el caso de la asistencia sanitaria, tal ley no existe. Antes al contrario, el artículo 89 de la Ley General de Sanidad, 14/1986, de 25 de abril (LGS, en adelante) dice: “se reconoce la libertad de empresa en el sector sanitario conforme al artículo 38 de la Constitución”. Y, en este sentido, afirmó que: “una lectura descontextualizada del citado precepto (refiriéndose al art. 43 CE) nos puede llevar a la conclusión –errónea, desde luego– de que la iniciativa privada no tiene ninguna posibilidad de actuación en el campo de la salud pública, dada la tajante atribución de competencia contenida en el mismo”*¹⁸. En definitiva, para el Profesor Alarcón no había pues, razón alguna para para pensar que la atribución de competencias contenida en el art. 43.2 de la Constitución albergase la pretensión de establecer un monopolio a favor de los poderes públicos en el campo de la asistencia sanitaria, pues entiende que si tal hubiese sido la intención del legislador constituyente, se habría referido de manera explícita al carácter exclusivo de esa competencia¹⁹.

¹⁷ Vid. en Muñoz Machado S.: “Servicio público y mercado” op.cit., pág.116.

¹⁸ Vid. Alarcón Caracuel M.R.: “Iniciativa privada y gestión de la sanidad pública”, Revista Tribuna Social nº 30, edit. CISS, año 1993, pág. 7.

¹⁹ Vid. Alarcón Caracuel M.R.: “Iniciativa privada y gestión de la sanidad pública”, op. cit., pág. 8. En este sentido vid. también STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc.4ª) 20-12-2005 RJ\2006\4212.

3. FÓRMULAS TRADICIONALES DE GESTIÓN EN LA SANIDAD PÚBLICA

El funcionamiento de la protección sanitaria en España en el último siglo se ha caracterizado, fundamentalmente, por el recurso a las fórmulas de gestión directa (por ser la propia Administración la que se encargaba de la producción y gestión del servicio, aunque para ello pudiera utilizar a una persona jurídica interpuesta)²⁰. Así sucedió con el seguro obligatorio de enfermedad, que fue gestionado por el Instituto Nacional de Previsión; años más tarde al INSALUD (entidad gestora de la Seguridad Social) le fue encomendada la gestión de la prestación de asistencia sanitaria –de la Seguridad Social–²¹. Y sobre los citados patrones de gestión pública, la LGS construyó un moderno sistema sanitario público que acogió al conjunto de los servicios públicos sanitarios del país, tanto los pertenecientes a la administración central como los servicios públicos de salud de cada autonomía (art. 44 LGS).

En el organigrama sanitario resultante la LGS atribuyó a las CC.AA. la gestión de sus recursos sanitarios, al mismo tiempo que se les reconoció la autonomía necesaria para crear sus respectivos órganos de gestión, es decir, los servicios públicos de salud autonómicos. Pero en la LGS no se llegó a explicitar la fórmula de gestión que debían utilizar las autonomías para gestionar sus recursos sanitarios, al ser ésta una competencia que asumían las propias autonomías; el legislador tan sólo le dio las pautas (art. 49 LGS)²². No obstante, dicha ausencia no impide reconocer, por un lado, el sustrato público que subyace en los orígenes del sistema sanitario, pues no hay que olvidar que el SNS se asienta sobre los cimientos de la red sanitaria pública desarrollada por el sistema de la Seguridad Social. Y, por otro, que la citada base pública, aunque no de forma explícita, se encuentra presente en la LGS, siendo prueba de ello las reiteradas referencias que la propia LGS efectúa a la red de establecimientos sanitarios públicos²³. Esta afirmación tiene su reco-

²⁰ En relación a las diferencias entre las fórmulas de gestión directa e indirecta vid. Martín Martín J.J.: "Nuevas fórmulas de gestión en el ámbito sanitario", Fundación Alternativas, Documento de Trabajo nº 14, año 2003, pag.5; Méndez Rexach A.: "Las nuevas formas de gestión sanitaria ante el derecho administrativo", ponencia presentada al IV congreso Nacional de Derecho sanitario (Madrid 23-25 octubre 1997) y publicado por la web de la Asociación Española de Derecho sanitario http://www.aeds.org/congreso4_19.php, pág. 3

²¹ Vid. Pemán Gavín J.M.: "Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud", Estudios Jurídicos, Edit. Comares, Granada 2005, pág.78.

²² Vid. Méndez Rexach A.: "Las nuevas formas de gestión sanitaria ante el derecho administrativo", op. cit., pág. 2.

²³ Vid. Pemán Gavín J.M.: "Hacia nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios (Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio), en la obra colectiva Reforma y Liberalización económica. Los Decretos-Leyes de junio 1996", Edit. Civitas, Madrid 1996, págs.300.

nocimiento expreso en la Exposición de Motivos del RDL 10/1996, de 17 de junio, (BOE 18-6-1996) sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD y en la posterior L. 15/1997, de 25 de abril (BOE 26-4-1997), sobre habilitación de nuevas formas de gestión en el Sistema Nacional de Salud en donde se afirmó que: *“La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, incorporó al ámbito del Sistema Nacional de Salud, un modelo de organización de los centros y servicios caracterizado, fundamentalmente, por la gestión directa, tradicional en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social”*.

Ahora bien, a pesar de lo dicho y de ser éste el criterio general, no puede negarse que también resulta característico en la gestión de la protección sanitaria en España el recurso a las técnicas de gestión indirecta -como instrumento de colaboración y complemento de aquella-, a través de las cuales la Administración da paso a la iniciativa privada (lucrativa o no) que se va a encargar de la producción del servicio mediante formas de contratación externa²⁴. Sucedió con el Seguro Obligatorio de Enfermedad que, al carecer de establecimientos propios en sus inicios, tuvo que concertar la prestación sanitaria que era de su atención. La posterior creación y progresiva ampliación de la red hospitalaria pública a nivel nacional no impidió ni desplazó a la técnica del concierto con medios ajenos, que se ha seguido utilizando en el ámbito de la gestión sanitaria. Al contrario, el sistema de la Seguridad Social recurrió a ella para completar la cobertura de la asistencia sanitaria²⁵. Tradición que también ha mantenido la LGS; pese a configurar una novedosa organización sanitaria en manos de las CC.AA, mantiene el concierto con el sector privado para la prestación de servicios sanitarios específicos (art. 90 LGS) como, por ejemplo, el transporte sanitario, además de otros servicios complementarios a los estrictamente sanitarios, como por ejemplo, los servicios de restauración o catering, seguridad, mantenimiento, almacén o lavandería. Y con carácter complementario a la red de hospitales del sector público añade, además, la vinculación a través de convenios singulares de hospitales del sector privado (art. 66 y 67 LGS). Lo anterior permite poner de relieve que el uso de técnicas de derecho público y de derecho privado, lejos de permanecer en ámbitos jurídicos separados y excluyentes, se combina y entrecruza en la organización y funcionamiento de las Administraciones públicas²⁶.

²⁴ Vid. la diferencia entre gestión directa e indirecta en Martín Martín J.J.: “Nuevas fórmulas de gestión en el ámbito sanitario”, op. cit., pág.5.

²⁵ Vid. Pemán Gavín J.M.: “Hacia nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios (Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio) op. cit., págs. 296-297.

²⁶ Vid. Méndez Rexach A.: “Las nuevas formas de gestión sanitaria ante el derecho administrativo”, op. cit., pág. 4.

4. NUEVAS ESTRATEGIAS DE GESTIÓN SANITARIA

Como hemos avanzado, la estructura organizativa dispuesta por la LGS permitió a las CC.AA organizar y gestionar sus recursos sanitarios, una tarea que éstas asumieron, a medida que se fueron materializando conforme recibían del Estado las competencias sanitarias para poderlas llevar a cabo²⁷. Unas antes y otras después, lo cierto es que todas han recurrido a una diversa y variada gama de fórmulas de gestión tanto directas como indirectas.

Pero la preocupación por conseguir una gestión eficiente que permitiera reducir los costes ante el incremento del gasto que generaba el crecimiento de la demanda y la utilización de nuevos medios – preocupación propiciada, en buena medida, por la presión de las directrices europeas que nos marcaban el cumplimiento de los objetivos de déficit público-, unido a otros factores como las influencias que ejercieron las experiencias comparadas en la implantación de nuevos modos de gestión sanitaria, fundamentalmente provenientes de Reino Unido y Suecia²⁸, y las recomendaciones contenidas en el Informe realizado por la Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud (julio 1991), más conocido como Informe Abril, favorecieron que, en un servicio público de carácter social como lo es la sanidad, se introdujera la idea de competencia y la importación de estrategias o mecanismos propios del mercado. De esta forma, se otorga al sector privado -como indicaba el Informe Abril- la oportunidad de competir con proveedores de titularidad pública, competencia que, según el citado Informe, serviría de aliciente para promover una mayor eficiencia entre los proveedores públicos²⁹. Lo dicho es posible porque *“el carácter de servicio público no está determinado por la forma jurídica en que se organiza, sino básicamente por la naturaleza de la función, por el origen público de los recursos que la financian y, en el caso concreto del S.N.S. por la igualdad de todos los ciudadanos en el acceso a la asistencia”* (pág. 30). De esa afirmación contenida en el referido informe Manuel Ramón dedujo otras dos: una, que la sanidad de titularidad pública podía acudir a formas organizativas similares a las de las empresas privadas. Y dos, que las empresas de titularidad pri-

²⁷ El proceso de descentralización de competencias sanitarias a las CC.AA comenzó algunos años antes de que se dictara la LGS. Sin embargo, fue un proceso lento que retrasó la puesta en práctica de la gestión autónoma de los recursos sanitarios tal y como establecía la LGS en aquellas autonomías que recibieron en último lugar la transferencia de competencias. Se inició en Cataluña (1981). Continuó en las CC.AA de Andalucía y País Vasco (1984), Valencia (1987), Navarra y Galicia (1990), Canarias (1994) hasta que en el año 2001 las competencias se transfirieron en bloque al resto de CC.AA.

²⁸ Vid. Cabiedes Mirayaga L.: “Sistemas nacionales de salud en proceso de reforma: hacia fórmulas mixtas entre lo público y lo privado”, *Revista Panorama Social*, nº 7, primer semestre 2008, págs. 8, 10-13.

²⁹ Vid. Informe realizado por la Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud, Madrid, julio 1991, pág. 30 en relación con pág. 50.

vada utilizando fórmulas diversas podía involucrarse en la propia gestión de la sanidad pública estableciendo relaciones internas (de integración o de colaboración como él las denominó) entre la sanidad pública y la sanidad privada³⁰.

Las recomendaciones que se postularon en el referido Informe tuvieron su reflejo normativo, primero, en el RDL 10/1996, de 17 de junio, (BOE 18-6-1996) sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD; posteriormente, en la L. 15/1997, de 25 de abril (BOE 26-4-1997), sobre habilitación de nuevas formas de gestión en el Sistema Nacional de Salud. Concretamente, en la Exposición de Motivos del RDL citado se señalaba: *“La necesidad de fórmulas organizativas más flexibles, imprescindibles para hacer frente a las exigencias de eficiencia y rentabilidad social de los recursos públicos que las Administraciones sanitarias tienen planteadas, hace preciso establecer un principio de mayor amplitud en las formas jurídicas más adecuadas que promuevan el sentido de la responsabilidad en el marco de una organización tan compleja como la sanitaria y que contribuya a hacer efectiva la separación progresiva entre las competencias de financiación y compra de servicios sanitarios y las funciones de gestión y provisión. Tales afirmaciones son un punto común en el estudio de estas materias y ya se encuentran en las legislaciones de Comunidades Autónomas con competencias sanitarias transferidas”*³¹. Más tarde, la Exposición de Motivos de la L.15/1997, de 125 de abril aclaró que: *“En esta Ley se establece que la gestión de los centros y servicios sanitarios y sociosanitarios puede llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho; entre otras formas jurídicas, la presente disposición ampara la gestión a través de entes interpuestos dotados de personalidad jurídica, tales como empresas públicas, consorcios o fundaciones -en los mismos términos a las ya creadas- u otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en nuestro ordenamiento jurídico”*.

Pionera en esta tarea fue la Generalitat de Cataluña que, antes de que se publicara el Informe Abril, ya organizó sus recursos estableciendo un modelo sanitario mixto en el que integraba a la red sanitaria pública a todos los centros tanto públicos como privados que se dedicaban a la prestación de servicios sanitarios en dicha Comunidad y separaba las funciones de compra y provisión creando al efecto la

³⁰ Vid. Alarcón Caracuel M.R.: “Iniciativa privada y gestión de la sanidad pública”, op.cit., pág. 11.

³¹ La separación de funciones que promovía el Informe Abril establecía el siguiente reparto: “la Administración Central y los Gobiernos Autónomos serían financiadores principales; las áreas de salud, “compradores” de servicios; los hospitales, centros de salud, médicos en equipo o, incluso individualmente y oficinas de farmacia, proveedores; y los usuarios, clientes”. Vid. Informe realizado por la Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud, Madrid, julio 1991, pág. 28.

Red hospitalaria de utilización pública de Cataluña -favoreciendo con ello la provisión privada de servicios sanitarios con financiación pública-³².

A la par que los servicios públicos de salud se fueron creando, hubieran recibido o no los traspasos del Estado, imitando la naturaleza jurídica del Instituto Catalán de Salud -que se constituyó en ente público en lugar de utilizar la figura de organismo autónomo, como era el INSALUD-, los centros y servicios de nueva creación fueron los que, siguiendo las indicaciones recogidas en la Exposición de motivos del RDL 10/1996 se constituyeron bajo formas jurídicas diversas y adoptaron las nuevas fórmulas de gestión introduciendo, de esta forma, mecanismos de gestión privada en centros sanitarios de titularidad pública o mixta (público/privada)³³.

Aunque no fueron muchos los centros que se crearon utilizando tales fórmulas ello no impidió que cada una de ellas se convirtiera en un signo distintivo de la Comunidad Autónoma que las había adoptado como propia (fundaciones sanitarias en Galicia; fundaciones en Baleares y Madrid, empresas públicas en Andalucía; consorcios o entidades de base asociativa en Cataluña)³⁴. De todas ellas, las fundaciones sanitarias y las empresas públicas (formas de gestión directa) fueron las experiencias más extendidas en España; pero, sin duda alguna, han sido otras las fórmulas de gestión que han tenido mayor repercusión pública por sus “tendencias privatizadoras”. Nos estamos refiriendo a las iniciativas PFI y a las concesiones administrativas sanitarias (formas de gestión indirecta). A ellas les dedicaremos unas breves líneas.

El modelo PFI (Private Finance Initiative) es una fórmula de colaboración público-privada que se puso en marcha en la década de los 90 en el Reino Unido. Fue utilizada por primera vez en Madrid, para la construcción de distintos hospitales conforme a lo previsto en el Plan de infraestructuras hospitalarias (2004-2007), y se extendió a otras autonomías como Baleares, Castilla y León o Galicia³⁵. Se caracteriza ser un contrato mixto de obra o servicio en el que una empresa o grupo de empresas privadas acuerdan con la Administración sanitaria competente la cons-

³² Vid. Sánchez Bayle M.: “La privatización de la asistencia sanitaria en España” op. cit., pág. 14.

³³ Vid. Hernández Bejarano M.: “La ordenación sanitaria en España”, Edit. Thomson-Aranzadi, Pamplona 2003, págs. 205-230.

³⁴ Vid. Rey del Castillo J.: “Análisis y propuestas para la regeneración de la sanidad pública en España”, Coord. J. Rey del Castillo, Fundación Alternativas, Documento de trabajo nº 190/2015, pág.198.

³⁵ Sánchez Bayle M.: “La privatización de la asistencia sanitaria en España” op. cit., pág.15; Martín Martín J.J.: “Formas directa e indirecta de gestión institucional en centros y servicios sanitarios”, op. cit., 17. Vid. el contenido del Plan de infraestructuras sanitarias 2004-2011 en <http://docplayer.es/9354942-Infraestructuras-sanitarias-comunidad-de-madrid-2004-2011-modernizacion-de-la-sanidad-madrilena.html>

trucción y equipamiento de un centro sanitario y, además, la gestión de un conjunto de servicios asociados a actividades no relacionadas directamente con la prestación del servicio sanitario. Dicha construcción se financia por las propias empresas y permanece en propiedad del sector privado, pero el servicio sanitario se presta por la propia Administración que lo gestiona constituyendo para ello entes públicos instrumentales -sujetos al derecho privado-. A cambio, la Administración les abona un canon anual durante un período de tiempo prolongado (20-30 años), pasado el cual el centro queda en manos de la Administración³⁶.

Las concesiones administrativas sanitarias fueron utilizadas, por primera vez, en la Comunidad Valenciana para la construcción del Hospital comarcal en Alcira (1999) -de ahí que también se denomine como “modelo Alcira”- y, posteriormente, para la construcción de otros centros de dicha comunidad, y también de la Comunidad de Madrid. A diferencia del modelo PFI, en la concesión administrativa la Administración acuerda con una empresa o grupo de empresas la construcción y equipamiento de un centro sanitario y, además, les cede parte o toda la gestión sanitaria a cambio de una prima o cuota por persona adscrita que comprende el coste por la construcción, dotación del centro y prestación del servicio. Se incorpora, además, un sistema de facturación adicional como mecanismo compensatorio por la atención sanitaria que se preste a la población que no pertenezca al área de adscripción asistencial del centro³⁷.

Con ambos modelos la Administración atrae al capital privado en las inversiones de proyectos públicos, supliendo de esta forma sus insuficiencias presupuestarias³⁸. Sin embargo, han sido fuertemente criticados, no solo por considerarlos como una vía hacia la privatización del SNS, sino también por la falta de evidencia empírica que muestre sus mejores resultados frente a otras formas de gestión directa³⁹.

³⁶ Vid. Sánchez Bayle M.: “La privatización de la asistencia sanitaria en España” op. cit., pág. 21; Martín Martín J.J.: “Formas directa e indirecta de gestión institucional en centros y servicios sanitarios”, op. cit., págs. 13-14 y 16-18.

³⁷ Vid. Martín Martín J.J.: “Formas directa e indirecta de gestión institucional en centros y servicios sanitarios”, op. cit., págs. 8-9 en relación con págs. 19-20.

³⁸ Vid. Rey del Castillo J.: “Análisis y propuestas para la regeneración de la sanidad pública en España”, op. cit., pág. 201 en relación con pág. 214.

³⁹ Respecto a las críticas de estos modelos de gestión, entre otros, vid. Rey del Castillo J.: “Análisis y propuestas para la regeneración de la sanidad pública en España”, op. cit., pág. 218; Vid. Martín Martín J.J.: “Formas directa e indirecta de gestión institucional en centros y servicios sanitarios”, op. cit., págs. 23-27; Minué Lorenzo S y Martín Martín J.L.: “Gestión privada: ¿más eficiente? Actualización en medicina de familia, año 2013, recurso electrónico disponible en http://amf-semfyc.com/web/article_ver.php?id=1098

Sánchez F.I., Abellán J.M. y Oliva J.: “Gestión pública y gestión privada de servicios sanitarios públicos: más allá del ruido y la furia, una comparación internacional”, Real Instituto Elcano, Documento

5. DE NUEVO EL RECURSO A LAS FORMAS PRIVADAS DE GESTIÓN EN LA SANIDAD PÚBLICA: SE REABRE EL DEBATE

La situación de crisis económica que viene afectando a España en los últimos años ha tenido una significativa incidencia en el SNS. Soportado por un cuestionado modelo de financiación autonómica y con un importante nivel de endeudamiento, los recortes introducidos en el SNS, a causa de la situación económica a nivel nacional, han venido a mermar no solo sus fondos, sino también su nivel de eficiencia.

Como reacción a dicha situación el gobierno puso en marcha un plan de reformas sanitarias que se plasmó en el RDL 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 (BOE 20-4-2012). En su texto se afirma que: *“la propia falta de rigor y énfasis en la eficiencia del sistema han conducido al Sistema Nacional de Salud a una situación de grave dificultad económica sin precedentes desde su creación. Se ha perdido eficacia en la gestión de los recursos disponibles, lo que se ha traducido en una alta morosidad y en un insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias. Se hace, pues, imprescindible la adopción de medidas urgentes que garanticen su futuro y que contribuyan a evitar que este problema persista”*.

A nivel autonómico, se realizaron distintos planes de sostenibilidad que, entre sus medidas, incorporaban fórmulas de gestión público-privada reabriendo, de nuevo, el debate en relación a la privatización de la sanidad pública. El plan autonómico que alcanzó gran notoriedad pública fue el realizado por la Comunidad de Madrid (Plan de Medidas de garantía de la sostenibilidad del sistema sanitario público) en el que, entre otras medidas, incorporaba la externalización de la actividad sanitaria en 6 hospitales públicos de la Comunidad Autónoma (Hospitales Infanta Leonor (Vallecas), Infanta Sofía, Infanta Cristina, Hospital del Henares, Hospital del Sureste y Hospital del Tajo) utilizando como fórmula de colaboración público/privada la concesión de la gestión sanitaria. Esta pretensión generó el rechazo de diversos sectores de la población -que consideraron que la citada medida suponía la privatización no solo de la gestión sanitaria, sino también de la cobertura sanitaria de importantes grupos de población⁴⁰- y la consiguiente paralización de

de Trabajo nº 4/2013, recurso electrónico, disponible en <http://www.realinstitutoelcano.org> <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/7e174d004ece1139931b9f2a39eb3cc0/DT4-2013-Sanchez-Abellán-Oliva-Servicios-Sanitarios-publicos.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=7e174d004ece1139931b9f2a39eb3cc0>

⁴⁰ Vid. Rey del Castillo J.: “Análisis y propuestas para la regeneración de la sanidad pública en España”, op.cit., pág. 202.

La polémica generada por la citada medida y el rechazo de un sector de los profesionales del sector sanitario dio lugar al Acuerdo de 30-7-2013 entre el Ministerio de Sanidad, servicios Sociales e Igualdad

su ejecución por distintos recursos judiciales⁴¹. Un rechazo que también se extendió a nivel político y alcanzó a los arts. 62 y 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid, preceptos que fueron recurridos ante el Tribunal Constitucional por el Grupo Parlamentario Socialista. En concreto, se postuló la anulación del citado art. 62 que habilitaba al Servicio Madrileño de Salud para adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en los hospitales citados.

Recientemente el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 84/2015, de 8 de junio, se pronuncia al respecto rechazando la pretensión de los recurrentes. Para argumentar su decisión se basa en la doctrina contenida en pronunciamientos anteriores⁴² y recuerda que el art. 41 CE no exige necesariamente la gestión pública directa para mantener un régimen público de Seguridad Social, *“lo que significa que ese carácter público del sistema de Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquél”*. Para el Alto Tribunal la opción que se incorpora en el art. 62 de adjudicar contratos para externalizar la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en seis hospitales públicos, preservando la titularidad pública de dicho servicio, no entra en contradicción, por sí sola, con el art. 41CE. Tampoco viene a alterar el régimen público de aseguramiento sanitario del SNS, ni a establecer uno propio que se encuentre vedado por la legislación estatal, por lo que, a su juicio, la norma recurrida se ha limitado a hacer uso de las posibilidades reconocidas por la legislación estatal (refiriéndose a la Ley 15/1997, de 25 de abril)⁴³.

y el Foro de Profesiones Médicas. En su Apartado 1.6 se recoge que: *“La contratación con instituciones o centros privado se podrá llevar a cabo en los supuestos y con los requisitos, condiciones y estándares de calidad previstos en la Ley General de Sanidad, y normativas de contratación pública y disposiciones de desarrollo, optimizando siempre los recursos propios del sistema sanitario público”*. Dicho Acuerdo constituyen junto con el Acuerdos firmado en la misma fecha con el Consejo General de Enfermería y el Sindicato de Enfermería (SATSE) y con el Acuerdo firmado el 6-11-2013 con el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos el Pacto por la sostenibilidad y la calidad del Sistema Nacional de Salud. Vid. el contenido de los tres acuerdos que se incorporan en el Pacto por la sostenibilidad y la calidad del SNS en la web del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad <http://www.msssi.gob.es/pactoSostenibSNS/home.htm>

⁴¹ Vid Autos (3) del TSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27-1-2014 en relación a los recursos n° 933/1023, n° 965/2013 y n° 787/2013 en los que el TSJ mantiene la suspensión cautelar a la denominada “externalización sanitaria madrileña”.

⁴² Entre ellas las STC 37/1994, de 10 de febrero, F.J. n° 2 y STC 213/2005, de 21 de julio, F.J. n°3 y la STC 63/1987, de 21 de mayo, F.J. n° 17

⁴³ Vid. STC 84/2015, de 8 de junio, F.J. n° 7.

Lo dicho hasta aquí evidencia, como dijo el Profesor Alarcón, *“la intención de “dar cancha” a las entidades privadas en el campo de la sanidad pública. Lo cual no es ni bueno ni malo: dependerá de la forma en que se discipline su actividad y de los controles que se establezcan. Pero quienes lo preconizan tampoco se deben de extrañar de que un sector de la opinión considere que eso es una forma de “privatización” aunque sea con comillas”*⁴⁴.

⁴⁴ Vid. Alarcón Caracuel M.R.: “Iniciativa privada y gestión de la sanidad pública”, op.cit., pág. 14.

VÍAS DE FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

RAMÓN LÓPEZ FUENTES

*Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: IMPORTANCIA DEL SISTEMA FINANCIERO DE PROTECCIÓN SOCIAL
2. LA GARANTÍA DE INGRESOS PÚBLICOS DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL
 - 2.1. JUSTIFICACIÓN DEL MODELO EXISTENTE
 - 2.2. EL CARÁCTER FINALISTA DE LAS APORTACIONES ECONÓMICAS AL SISTEMA: LA SINALAGMATICIDAD DEL SISTEMA COMO JUSTIFICACIÓN DE LA CONTRIBUTIVIDAD
3. EL PACTO DE TOLEDO Y LAS PREVISIONES FINANCIERAS PARA EL SOSTENIMIENTO Y VIABILIDAD DEL SISTEMA
4. MARCO NORMATIVO DE LA FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL
 - 4.1. CARACTERIZACIÓN TRIBUTARIA DE LA OBLIGACIÓN ECONÓMICA DE COTIZAR: DETERMINACIÓN DE BASES Y TIPOS
 - 4.2. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS ÚLTIMAS REFORMAS INTRODUCIDAS POR EL RD 708/2015
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN: IMPORTANCIA DEL SISTEMA FINANCIERO DE PROTECCIÓN SOCIAL

La financiación de la Seguridad Social en España sigue siendo uno de los temas recurrentes y, a nuestro juicio, no suficientemente bien abordado y resuelto por nuestro legislador. Un problema que empieza por el propio enfoque de la materia. Así, es diferente que la materia se aborde desde el punto de vista de los ingresos o desde el punto de vista de los gastos. Por tanto, y en aras a simplificar, debemos aclarar que nuestro enfoque tendrá una perspectiva económica y, por ende, centrado sólo en destacar algunos de los problemas que sobre la naturaleza y contenido de los ingresos existen en nuestro ordenamiento¹. Un tema clave y de actualidad, que ha sido y debe ser objeto de análisis más detallados y amplios, que permitan así afrontar reformas de mayor profundidad y calado de las que se han venido produciendo hasta el momento², en cuanto que sólo de esa forma es posible mantener y mejorar el alcance de la acción protectora del Sistema.

De cualquier forma, hemos de hacer una nueva aclaración, pues y pese a que pudiese ser deseable hacer un análisis integrado del régimen financiero del Sistema de Protección Social, sólo nos centraremos en una valoración general del régimen financiero del Sistema de Seguridad Social. Ello tiene el inconveniente de dejar al margen cualesquiera otros posibles planteamientos sobre la naturaleza del conjunto de los fondos, del papel que juegan los sujetos de las relaciones jurídicas de protección social, e incluso del papel que pueda desempeñar la mención a la existencia de otros mecanismos complementarios de protección³.

Estamos ante uno de los pilares esenciales y primordiales de cualquier sistema de protección social, donde el debate sobre la naturaleza pública o no de esos ingresos tiene un papel esencial. Ya que el alcance o cuantía de dichas aportaciones condiciona la diversidad de mecanismos de protección que puedan formularse y, por tanto, la propia estructura del modelo cobertura que se diseñe.

¹ Dado que los mismos condicionan el alcance y formulación del resto del Sistema de Protección Social y, más concretamente, de la Seguridad Social, cuya gestión económica realiza la TGSS, amén de otras funciones adicionales. Al respecto. GARCÍA NINET, J.I. en *VVAA Manual básico de Seguridad Social*, Edit. Atelier, 2016. p. 54.

² En concreto, y como no podría ser de otra forma cit ALARCÓN CARACUEL, M.R. *La Seguridad Social en España*. Edit. Aranzadi, 1999. Pgs. 132 y ss, quién precisamente comienza su referencia insistiendo en que estamos ante un "...tema clave de todo el sistema de Seguridad Social..."

³ Una complejidad que se amplía si, además, partimos de la idea de que existen mecanismos de cobertura alternativos o incluso complementarios a la Seguridad Social que siendo parte del Sistema de Protección Social no siempre tienen porqué tener naturaleza pública, como desde un primer momento se ha interpretado el sentido final del art. 41 CE. en este sentido vid el planteamiento que ya hizo en su momento ALARCÓN CARACUEL, M.R y GONZALEZ ORTEGA, S. *Compendio de Seguridad Social*. Edit. Tecnos, 1985.

2. LA GARANTÍA DE INGRESOS PÚBLICOS DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

2.1. Justificación del modelo existente

El carácter financiero de nuestro enfoque no parece discutible y arranca con la concepción como ingresos públicos de las aportaciones incluidas en las correspondientes normas presupuestarias, incluidas las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social. Cuestión diferente es el hecho de que al centrarnos en el régimen económico de Sistema de Seguridad Social nos encontremos con que aún perviven fórmulas heredadas de un previo sistema asegurador a la hora de determinar el alcance de las obligaciones económicas que tienen los sujetos obligados y responsables del pago de las mismas. A la vez que obliga a destacar que aún se mantienen y perviven numerosas peculiaridades en la materia. Lo que dificulta no sólo su análisis, si no el hecho de buscar respuestas unitarias al diseño de nuestro sistema económico-financiero, que bien podrían ir superándose con una concepción más integral en torno a la naturaleza tributaria común de los ingresos necesarios para mantener un Sistema de Protección Social, aunque determinante mediante diversas fórmulas.

Estamos, por tanto, ante una materia donde el paseo histórico y la evolución de nuestro modelo de cobertura de necesidades sociales tienen todavía un peso importante peso. De hecho, cuando el art. 41 de la CE estableció “..que los poderes públicos mantendrán un sistema de Seguridad Social...”, no sólo estaba reconociendo la naturaleza pública del Sistema, si no que, y a nuestro entender, también estaba dando una doble pauta sobre cómo desarrollar dicho sistema y cómo financiarlo.

Así, por un lado entendemos que hay un mandato a nuestro legislador para que se desarrollase y construyese un modelo de Seguridad Social partiendo del que ya existía⁴. Para, y a continuación, destacar que el mantenimiento del mismo sería mediante ingresos de naturaleza pública, en consonancia con la propia naturaleza del Sistema, y en aras a un desarrollo futuro más amplio donde, quizás, hubiese sido deseable repensar el papel de la cotización, al menos al lograr ciertos objetivos de mayor universalización⁵. Pues la paulatina aplicación del campo de protección

⁴ Con abundante y variada literatura científica al respecto, LÓPEZ FUENTES, R. *La obligación económica de cotizar a las Seguridad Social*. Tesis dirigida por el prof. ALARCÓN CARACUEL, M.R.

⁵ Por cuanto ese mandato ha condicionado las diferentes reformas en la materia, permitiendo, con diversas modificaciones, mantener un modelo mayoritariamente contributivo y vinculado al empleo, en cuanto sostenido mediante un sistema de cotizaciones, como reitera ALARCÓN CARACUEL. “La financiación de la Seguridad Social”, *revista de Derecho Social*. nº 17/2002. p. 231.

del Sistema mediante la Ley de prestaciones no contributivas; la participación de las CCAA en materia de Asuntos Sociales y Asistencia Social, e incluso el incluir diversas prestaciones y ampliar el contenido de otras, o el mantener diferencias entre regímenes, han puesto de relieve no sólo la necesidad de realizar mayores aportaciones al Sistema por parte de los presupuestos generales del Estado y de las propias CCAA, si no las dificultades de definir un sistema contributivo más o menos homogéneo. Máxime, cuando ese modelo mayoritariamente contributivo aún tiene una excesiva dependencia con el modelo de empleo y la estructura socioprofesional de nuestro país, que evidencia una falta de adaptación a su finalidad esencial cuando se dan situaciones cíclicas de crisis económica, así como problemas estructurales de desempleo. Es cierto que el principio de caja única ha permitido integrar diversas partidas contables dentro del sistema contributivo, sobre la justificación de que la Seguridad Social atiende a principios de reparto y solidaridad intrageneracional y que, por tanto, con los excedentes de una parte del Sistema se obviaban las limitaciones de otra.

Con ese panorama es lógico ver cómo año a año se ha tenido que ir incrementando el papel del gasto social en las Leyes de Presupuestos, de forma que se incrementaba el impacto económico de dichas aportaciones sobre el conjunto de la economía del país. Además, dada esa necesidad de consignación presupuestaria, nuestro legislador ha aprovechado para introducir y concretar posibles reformas en materia de Seguridad Social de forma reiterativa a través de dichas las Leyes de Presupuestos y, en su momento, de sus correspondientes Leyes de Acompañamiento. De manera que anualmente se producían cambios en el marco normativo de referencia, a través de un mecanismo normativo que no parecía el más adecuado, por cuanto el legislador excedía con esa técnica los contenidos propios de las normas presupuestarias⁶.

Ante ese panorama, se toma consciencia de la importancia de la materia por nuestra clase política, quienes en aras a garantizar la viabilidad del Sistema y por ende del propio modelo de Estado Social, en el año 1995, aprueba el Pacto de Toledo: en cuanto fórmula transaccional para el desarrollo de futuras modificaciones del Sistema de Seguridad Social y, por ende, del propio modelo de Protección Social y de la viabilidad de éste por parte de nuestro Parlamento.

⁶ Con las críticas que ello suscitaba, y que ha puesto de relieve no sólo la doctrina, si no también un abundante conjunto de sentencias de nuestros Tribunales, donde se destaca el uso abusivo de las mismas, amén de señalar el alcance y contenido de dichas disposiciones. Al respecto vid diferentes sentencias de lo contencioso-administrativo del TS, condicionando en su momento el contenido de dichas Leyes y limitando su alcance.

2.2. El carácter finalista de las aportaciones económicas al Sistema: la sinalmaticidad del Sistema como justificación de la contributividad

Considerar la obligación de cotizar en términos similares a otras obligaciones tributarias, es optar por un posicionamiento sobre la naturaleza de la misma⁷. En concreto, considera que forma parte de nuestro sistema financiero, como una obligación tributaria más, aunque sometida a una configuración específica y diferenciada, que encuentra su justificación por su carácter finalista. En realidad, bien podría plantearse que la Seguridad Social implica la existencia de un verdadero subsistema dentro del sistema financiero del Estado, que goza de similares características que otras fórmulas tributarias de financiación, aunque presenta peculiaridades en su hecho imponible, en las fórmulas para su determinación, en su procedimiento de recaudación y en su objeto, por su instrumentalidad y carácter finalista.

Ahora bien, dicho lo anterior, hay que incidir en la relación de sinalmaticidad que existe entre el ámbito objetivo de la vertiente contributiva del sistema de Seguridad Social y su régimen financiero. Pues dicho criterio permite justificar la diversa funcionalidad que tiene la obligación de cotizar, amén de que rompe con cualquier planteamiento asegurador en torno a la naturaleza de la cotización. Por cuanto la relación entre cotización y prestaciones no es directa. Si no que aquella está condicionada al cumplimiento de diversos requisitos en cada caso, aunque hay un aspecto común a considerar: que existe dicha obligación de cotizar, en cuanto que la misma se condiciona al presupuesto de hecho por el que surge la relación jurídica de Seguridad Social. Y ello, con independencia de que en efecto ya exista recaudación o no de cuota.

Pero, y junto a ese requisito esencial y común se van a exigir otros requisitos adicionales para poder acceder a las prestaciones en cada caso. Requisitos que no siempre tiene que ser comunes, ni idénticos, incluso cuando hablamos de una misma prestación y cuya virtualidad se condiciona a la realidad económica existente en cada momento. De ahí que incluso puedan y hayan ido mutando y adaptándose en el tiempo, de manera que lo que sí permanece es una obligación de contribuir económicamente al sostenimiento de un sistema donde el conjunto de prestaciones puede ser diferente, tanto por su extensión, como en lo que respecta a los requisitos que en cada momento se modifiquen. Eso sí, esos cambios no proceden de forma arbitraria, si no que han de estar plenamente justificados y, como no podría ser de otra forma, sometidos al principio de reserva de ley.

⁷ Y de hecho incluso así se intentó plasmar en la redacción del art. 2 del anteproyecto de la actual Ley General Tributaria.

3. EL PACTO DE TOLEDO Y LAS PREVISIONES FINANCIERAS PARA EL SOSTENIMIENTO Y VIABILIDAD DEL SISTEMA

La aprobación del Pacto de Toledo⁸, supone reconocer la necesidad de reforma permanente del Sistema de Protección Social, en aras a garantizar su viabilidad. Amén de dotar a nuestra clase política de un instrumento de consenso para afrontar, de forma más o menos coordinada, los retos y reformas necesarios para cumplir con el mandato sobre el mantenimiento del sistema de Seguridad Social y no hacer un uso electoralista del mismo.

En concreto, y en lo que nos afecta, son varias las referencias que se hacen en materia económica. Si bien, copa un aspecto esencial el mandato a afrontar las reformas necesarias para lograr la separación contable y clarificación de las fuentes de financiación. De manera que, definitivamente, las prestaciones no contributivas del sistema se financien vía impuestos generales⁹, además de la clarificación del balance económico-patrimonial entre el Estado y la Seguridad Social, de forma que no se generen efectos negativos sobre el equilibrio presupuestario.

La separación contable no debe enfocarse como una ruptura del principio de caja única al que se alude en nuestra Ley General de Seguridad Social. Es más, a nuestro juicio supone un reforzamiento de dicho principio: al obligar a una mayor transparencia sobre el monto que ha de aportar el Estado en relación al sostenimiento del conjunto de prestaciones que no tienen naturaleza estrictamente contributiva y, por ende, a un mayor esfuerzo económico si se quieren mantener determinados niveles de cobertura.

⁸ En cuanto instrumento y sede, que suscrito por la casi totalidad de partidos políticos presentes en nuestro arco parlamentario en 1995, para un avance y compromiso por garantizar la viabilidad del Sistema de Seguridad Social, amén de un compromiso para no utilizar arbitrariamente el Sistema en el juego de la política. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. 12 de Abril de 1995. “Aprobación por el pleno del Congreso de los Diputados del texto aprobado por la comisión de presupuestos en relación con el informe de la ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse”

⁹ Cuestión que técnicamente debiese considerarse cerrada desde 2013, pero que, en la práctica está siendo más compleja, dado que pese a situaciones de incrementos puntuales en las aportaciones en materia de cotización, viene caracterizándose por una reducción de ingresos, tanto en las aportaciones generales, como de las partidas específicas por ámbitos -tal y como ocurre respecto a las prestaciones por desempleo, cuya gestión tiende a desligarse del resto del sistema-, así como una reducción porcentual en otros ingresos financieros. Cit. Fuente, Ministerio de Empleo. No olvidemos que, pese a esa previsión, no sólo se incluyen en dicha partida las prestaciones asistenciales, si no que también se refección los gastos sanitarios que corresponden al Estado y, en su caso, la dependencia, y no se incluyan en la misma determinadas aportaciones que considerándose asistenciales, se vinculan a situaciones previas de contributividad.

Pero esa separación no puede entenderse como la creación de compartimentos estancos, donde el conjunto de prestaciones contributivas no pueda ser complementado también por otras aportaciones que no sean cotizaciones. Un aspecto que frecuentemente parece olvidar nuestro legislador, amparándose, a nuestro entender, en una rigurosa interpretación del mandato al reforzamiento del principio de contributividad del Sistema¹⁰.

Junto a lo anterior, también hay que mencionar otras previsiones en la materia a las que nuestro legislador ha ido dando diverso desarrollo. Así, se obliga:

- A adoptar una política más activa y completa de incentivos fiscales y tributarios en torno al desarrollo de mecanismos complementarios de protección.
- Un mandato para crear el Fondo de Reserva¹¹ y, en consecuencia, ahondar en el desarrollo del fondo de Estabilización del Sistema¹². Quizás sea éste uno de los aspectos más desarrollados -sobre todo por el uso del mismo a lo largo de la legislatura-, ya que de nomodificarse esa tendencia, y afrontar medidas de reforma integral del sistema de financiación, el fondo se agotará en breve¹³.
- Pero, y sobre todo, aunque podemos afirmar que merece un capítulo separado, el mandato a establecer medidas de lucha contra el fraude. Aspecto éste donde, a nuestro juicio, las actuaciones se han centrado más en aspectos telemáticos y de cálculo, para aumentar la recaudación, que de control efectivo del grado de cumplimiento y adecuación de las obligaciones de las partes. Sin duda, a ello contribuye la falta de un mayor desarrollo de medios técnicos y, sobre todo, humanos. Aspectos que quizás pudiesen verse mejorados con la constitución de la prevista Agencia de la Seguridad Social, en términos similares a lo que ocurre con la actual Agencia Tributaria.

En conclusión, siendo el Pacto de Toledo un instrumento donde las actuaciones

¹⁰ Que, a nuestro juicio, precisamente significa ahondar en la línea de simplificación de los regímenes del Sistema y adoptar las previsiones necesarias para su acercamiento, tanto en cuanto a niveles de cobertura, como de peculiaridades en materia de cotización, tal y como se ha venido desarrollando, al menos, parcialmente, las últimas reformas legislativas en materia de autónomos, de trabajadores agrícolas o de funcionarios.

¹¹ A cuyo desarrollo normativo se consagra toda la sección 4ª, de capítulo VII del TRLGSS.

¹² En los términos que anticipa el art. 110 TRLGSS y que hay que conectar, también con el art. 97 sobre el Fondo de contingencias Profesionales, en cuanto mecanismos de equilibrio en materia económica.

¹³ Es ejemplificativo por su sencillez la exposición de CHULIA, E. en "Pensiones 2015: nuevos retos después de 20 años del Pacto de Toledo", publicado en Estudios de Política Exterior, material en red.

financieras resultan relevantes, su alcance se ve limitado por su naturaleza e instrumentalidad. En cuanto acuerdo político, cuyos objetivos se centran en garantizar los niveles de protección existentes y la viabilidad del modelo de pensiones, así como mantener el poder adquisitivo de las mismas -y no enfocado tanto en seguir avanzando y mejorando el conjunto de prestaciones vigentes-.

Por lo que si la situación económica no es positiva, o hay una concepción política con una visión menos social del ordenamiento, nada obliga a desarrollar e incrementar el modelo existente. Es más, esa falta de coercitividad incluso justifica que algunas de las medidas previstas no tengan mayor concreción, o que no hayan tenido un mayor impulso. Al dejar claro que el eje principal de nuestro modelo de Protección Social, sigue siendo nuestra Seguridad Social y, por ende, un modelo económico esencialmente contributivo.

4. MARCO NORMATIVO DE LA FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El actual Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social establece en sus artículos 109 y ss, cuales son los recursos generales del Sistema¹⁴, donde su párrafo segundo ahonda sobre el criterio de separación y clarificación contable¹⁵. Sin embargo, ya desde los artículos 18 y ss, se desarrollan las previsiones en torno a la obligación económica de cotizar al Sistema de Seguridad Social y el procedimiento de Recaudación en el Régimen General y, posteriormente, salta a los arts. 141 y ss, para los autónomos. Todo ello, sin olvidar la dispersión de otras previsiones en el propio texto en torno a otros referentes económicos¹⁶. Esto es, de partida, podemos

¹⁴ En concreto, se consideran ingresos de Seguridad Social :

a) Las aportaciones progresivas del Estado, que se consignarán con carácter permanente en sus Presupuestos Generales, y las que se acuerden para atenciones especiales o resulten precisas por exigencia de la coyuntura.

b) Las cuotas de las personas obligadas.

c) Las cantidades recaudadas en concepto de recargos, sanciones u otras de naturaleza análoga.

d) Los frutos, rentas o intereses y cualquier otro producto de sus recursos patrimoniales.

e) Cualesquiera otros ingresos, sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional décima.

¹⁵ La acción protectora de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva y universal, se financiará mediante aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10.3, primer inciso, en relación con la letra c) del apartado 2 del mismo artículo, con excepción de las prestaciones y servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social y servicios sociales cuya gestión se halle transferida a las comunidades autónomas, en cuyo caso, la financiación se efectuará de conformidad con el sistema de financiación autonómica vigente en cada momento. Las prestaciones contributivas, los gastos derivados de su gestión y los de funcionamiento de los servicios correspondientes a las funciones de afiliación, recaudación y gestión económico-financiera y patrimonial serán financiadas básicamente con los recursos a que se refieren las letras b), c), d) y e) del apartado anterior, así como, en su caso, por las aportaciones del Estado que se acuerden para atenciones específicas.

¹⁶ Así ocurre p.e con los arts. 76, 84; 238 a 241; 246; 259...

entender que a nuestro legislador parecen interesarle más las previsiones en torno a la cotización que el modelo financiero y económico del Sistema de Seguridad Social y, sobre todo, lo que compete al Régimen General¹⁷.

No olvidemos que un modelo de reparto como el que caracteriza nuestro Sistema de Seguridad Social implica la solidaridad intergeneracional, donde los esfuerzos económicos que realizan los activos no son específicamente para sí mismos, si no que están destinados a sostener financieramente a quienes van pasando a depender del Sistema. Luego, es obvio que la garantía del propio Sistema pase por la disposición de fondos suficientes y, consecuentemente, a plantearnos si realmente ello será posible de mantener el actual modelo, fuertemente contributivo.

Pues, y pese a incrementarse el papel de otras aportaciones de las Administraciones Públicas, aún se sigue sin actuar de manera integral sobre el sistema de cotizaciones, de forma que hay quienes piensan que el modelo vigente no se ha distanciado demasiado del régimen económico-financiero del precedente sistema de seguros sociales¹⁸. Un planteamiento que casa mal, a nuestro juicio, con los planteamientos que la doctrina y nuestros tribunales han establecido en torno a que la cotización es ingreso de naturaleza pública y, por tanto, que procede establecer un marco normativo en torno a dicha obligación con un tratamiento diferenciado y separado de la misma frente a otros ingresos públicos¹⁹, en términos similares a lo que ocurre con otros mecanismos tributarios de nuestro ordenamiento.

Pese a ir incrementando su peso en el presupuesto global del Sistema, las cotizaciones aún suponen el monto más importante de las aportaciones previstas dentro del conjunto de ingresos públicos necesarios para atender a los gastos sociales, por cuanto, a su vez, la Seguridad Social sigue centrando la mayor parte de la acción protectora de los sujetos. Por lo que si las cotizaciones se vinculan al factor trabajo y éste es una de las variables más afectadas por la crisis, la respuesta del Sistema ha de ser más y las dificultades para cuadrar los ingresos y gastos han de buscar nuevas soluciones, que no siempre son acertadas.

¹⁷ Por supuesto que toda estructura es opinable, pero quizás, por sistemática, hubiese sido deseable comenzar por las cuestiones generales del Sistema, para después centrarnos en las previsiones en torno a cada Régimen y Sistema Especial. Más que nada, por coherencia en la lectura en aras a evitar interpretaciones sobre el porqué de la misma.

¹⁸ Que en su momento se diseñó con una características sociales y financieras, cuya realidad no es exactamente igual a día de hoy y que, por tanto, justifican que haya sido y sea objeto de revisión permanente. En cuanto que la Seguridad Social es algo diferenciado y evolucionado respecto a los Seguros Sociales, como en su caso establece la Recomendación de la OIT sobre Pisos de Protección Social, en línea al desarrollo y actualización del Convenio 102.

¹⁹ Una idea que, nuestro juicio, no siempre parece ser bien entendida. Como demuestra el hecho de reiterar esquemas de corte asegurador a la hora de enfocar su importancia y papel dentro del Sistema, así como la diversa funcionalidad que tiene la obligación de cotizar, donde destaca que aunque por más que su funcionalidad económica sea esencial, que no única.

4.1. Caracterización tributaria de la obligación económica de cotizar: determinación de bases y tipos

La obligación de cotizar surge ante la multiplicidad de presupuestos de hecho que identifica el TRLGSS, definidos para cada uno de los regímenes del Sistema. Manteniéndose dicha obligación no solo cuando persiste el presupuesto de hecho, si no también cuando surgen determinadas vicisitudes vinculadas al mismo. De ahí que aunque dicha obligación se fórmula en términos unitarios y como obligación principal que hay que cumplir para poder acceder a las diversas prestaciones contributivas, en realidad no basta sólo con ello. Esto es, la cotización es la plantación de la obligación principal que surge y da sentido a la relación jurídica de Seguridad Social, que sólo se perfecciona a efecto de prestaciones si, además y como ya hemos indicado, en cada caso se cumplen otros requisitos adicionales, propios y específicos para cada prestación.

Pero no podemos hablar de un régimen unitario de cotización, si no que hay tantas formulas y mecanismos de determinación como situaciones indica el TRLSS. Es cierto que podemos considerar que hay un modelo central, que se articula en términos muy similares a cómo se plantea la determinación y liquidación del IRPF. Sin embargo, ese criterio propio del Régimen General tiene ya en el propio régimen diversas especialidades, tanto en sistemas especiales como en colectivos no necesariamente formalizados como tales. Sin olvidar que cada régimen tiene sus propias reglas de determinación de la cuota o cuotas a ingresar. O lo que es lo mismo, que entre el presupuesto de hecho por el que surge la obligación general de contribuir al sostenimiento del Sistema de Seguridad Social y la obtención de la cuota o cuotas correspondiente hay multiplicidad de reglas y fórmulas, que no siempre se centran en la determinación de bases y tipos, si no que las mismas pueden atender a otras fórmulas.

Anualmente es esa una de las tareas centrales de la Ley de Presupuestos: establecer el conjunto de bases, tipos o formulas alternativas que han de aplicar los sujetos obligados y responsables de cotizar -además de establecer las transferencias que procedentes del Estado completan dicho presupuesto-. La formulación de esos tipos, bases, tarifas y cuadros económicos recibe desarrollo reglamentario en las ordenas de cotización que anualmente acompañan a las previsiones de la Ley de Presupuestos²⁰, que forman un manual de uso obligado de los numerosos profesionales que tienen que aplicarlas.

²⁰ Orden ESS/ 70/2016, que a posteriori se ha visto acompañada de medidas adicionales en torno a los riesgos profesionales y el otras modificaciones sobre procedimiento de recaudación.

Esa formulación amplia y diversa no quiere decir que la lógica para la obtención de la cuota sea diferente en la vertiente contributiva del Sistema, sólo lo es la fórmula a aplicar en cada caso. Un hecho que fundamentalmente tiene justificaciones históricas, por lo que pudiese ser deseable su revisión y actualización, de forma que pudiesen establecerse un conjunto de mecanismos más similares a las previsiones generales del Régimen General. Una idea que enlaza con los avances que puedan hacerse en la simplificación de regímenes del Sistema, pero también con el cómo se relaciona el sujeto con la propia Tesorería General de la Seguridad Social. No olvidemos que, por su complejidad, y por el avance en las TICs, hoy por hoy hay una casi total desaparición de papel en dichas relaciones. Lo que implica que el desarrollo del portal de la propia TGSS, así como los programas usados para comunicar datos y, en su caso, poder hacer las correspondientes autoliquidaciones estén en un estado muy avanzado, por más que aún tenga cierto carácter “experimental”²¹. Es cierto que ello supone una simplificación de las obligaciones que competen a los sujetos obligados y responsables de la cotización, pero también un mayor control por parte de la Entidad Gestora, en términos muy similares a como opera la Agencia Tributaria y que ya están muy presentes en las últimas reformas operadas en la materia.

4.2. Algunas consideraciones sobre las últimas reformas introducidas por el RD 708/2015

El desarrollo de la Ley 34/2014, mediante RD 708/2015 ha supuesto la modificación total o parcial de numerosas normas reglamentarias en materia de gestión, liquidación y recaudación de cotizaciones del Sistema de Seguridad Social, además de ir acompañada por otras conexiones normativas en materias que estrictamente no son o no están relacionadas con la Seguridad Social²².

Por cuestiones obvias de limitación de espacio intentaremos simplificar y reducir las líneas de actuación que caracterizan dichas normas:

a) Potenciar el control administrativo sobre las obligaciones que con el Sistema

²¹ Avances sobre las nuevas tecnologías que, sin duda, nos obligan a replantearnos los modelos, métodos y líneas de colaboración entre educadores, profesionales y TGSS, en aras a poder implantar programas cero o simuladores, integración de talleres, mayor presencia de prácticas...étc, en aras a dar una respuesta más real entre la formación reglada y las necesidades competenciales que se les van a exigir a los futuros profesionales. En esa línea, LÓPEZ FUENTES, R. proyecto de innovación docente sobre “Nuevas necesidades de implantación metodología de TICs, aplicadas a las asignaturas de Derecho del Trabajo” -en elaboración-.

²² De nuevo un ejemplo de una técnica jurídica muy implantada en los últimos años, donde al legislar sobre alguna materia concreta se aprovecha para conectar con otra-as que, aunque sea indirectamente, pueden verse afectadas, pese a que inicialmente no tengan nada que ver entre sí. Una fórmula que añade, a nuestro juicio, más dificultades para un conocimiento adecuado de la realidad normativa.

tienen los sujetos de la relación jurídica de Seguridad Social. Ejemplo de lo anterior lo tenemos en la fijación de obligaciones de comunicación en torno al Convenio Colectivo aplicable, tipología de las formas de retribución, justificaciones documentales.

- b) Profundizar sobre la relación y los niveles de responsabilidad que pueden derivarse entre el cumplimiento de los actos de encumbramiento y las obligaciones económicas que competan a los sujetos responsables de la cotización. Con nuevos plazos y mecanismos de imputación de responsabilidad y efectos sobre la obligación de cotizar, como pone de relieve el tratamiento de los actos indebidos y los efectos de los mismos, las obligaciones sobre comunicación de aspectos tales como el pluriempleo, variaciones de datos.
- c) Implantación de nuevos mecanismos y procesos para hacer más efectiva la comunicación de las partes. Sobre todo en lo que compete a la aplicación de TICs, que cobran un papel casi exclusivo en las relaciones entre administrado y administración. Un hecho que obliga a los sujetos a disponer de internet y de unos conocimientos, de los que no siempre dispone. O lo que es lo mismo, condicionar a que sólo sean los profesionales los que puedan desempeñar según qué relaciones con la Administración.
- d) Diseño de nuevas fórmulas o procesos por los que proceder a la liquidación-recaudación de cuota, donde junto el proceso de autoliquidación sigue siendo protagonista, aunque las actuaciones de la TGSS avanza en protagonismo, ya sea mediante liquidación directa o simplificada. Ello implica introducir nuevos sistemas procedimentales, donde los plazos y obligaciones de las partes están muy compartimentados.
- e) Diseño de un nuevo modelo sobre el cómo entender las retribuciones y fórmulas de cálculo de la cotización, de forma que aunque siga existiendo una relación entre los conceptos retributivos del Derecho del Trabajo y los conceptos sujetos a gravamen en materia de IRPF haya una mayor autonomía en los términos y conceptos que se manejan en Seguridad Social. Un hecho que se justifica para una mejor lucha contra el fraude, pero que también supone incrementar las bases de cotización de la mayor parte de las rentas medias, ya que siguen manteniéndose topes y límites de cotización. Luego, se trata de incrementar la recaudación, aunque siga existiendo margen a mejorar otros mecanismos de control, donde es quizás más complejo intervenir.
- f) Nuevas obligaciones también para la propia Administración, en línea a esa tarea de adaptación a un nuevo marco relacional con el ciudadano: modificando diversos plazos, de cambios de nomenclaturas, unificación de procedimientos y contenido de los mismos.

g) Luego, se sigue incidiendo en la línea de modificar también en aspectos financieros, para dar viabilidad al Sistema, por más que las principales actuaciones se centren en modificar el campo objetivo y los requisitos que en cada caso han de cumplir los sujetos para acceder a la protección que en cada caso proceda.

Sin recoger todos los aspectos esenciales de la reforma, sí que parece claro que las últimas reformas introducidas son caldo. No se trata sólo de cambios para dar más sentido al uso y presencia de las TICs, de manera que se avance sobre la idea de una Administración más eficaz y transparente, ya que el grado de control y exigibilidad de las obligaciones de las partes es mayor, con la finalidad de lograras también mayores niveles de recaudación.

5. Conclusiones

Sirva de premisa que, a nuestro entender, y pese a los avances descritos, nuestro legislador parece empeñado en vincular la financiación de la Seguridad Social a una concepción de corte aseguratorio de la protección del Sistema. Dejando al margen consideraciones más integrales en torno al concepto del Derecho de la Protección Social, y el impacto financiero que sobre dicha materia tiene la concepción de ingresos públicos de las aportaciones necesarias para su sostenimiento. Esa postura, permite justificar determinados planteamientos políticos para no ampliar por otras vías la financiación del Sistema, de forma que perviven aún diversas “peculiaridades” y “excepciones” a criterios comunes en la determinación de cuotas, junto a la necesidad de aportar otras partidas, de manera que es imposible plantear concepciones unitarias y más homogéneas en torno a la naturaleza pública de los ingresos del Sistema²³.

Aunque es cierto que se han afrontado ciertas reformas financieras en la materia, no podemos decir que se haya hecho un trabajo de cambio profundo. Pues dichas medidas se han centrado en mantener la viabilidad del Sistema y, por tanto, no siempre planteadas con una visión a largo plazo. Esto es, suelen caracterizarse por su parcialidad, evitando así el debate sobre la necesidad -o no de una reforma más o menos integral y diferenciada del sistema económico-financiero de la Seguridad

²³ De esa forma el estudio del sistema financiero de la Seguridad Social tiende a centrarse en reglas y contenidos donde las cotizaciones priman como fuente principal a la hora de financiar los ingresos sociales -al menos en lo que respecta a la Seguridad Social, en su vertiente contributiva-. Y, por ende, en la mayor parte del Sistema de Protección Social, dado que esas prestaciones contributivas aún suponen el peso principal -y, en algunos casos, incluso exclusivode nuestro modelo de cobertura de necesidades sociales.

²⁴ Ejemplo de lo anterior es que las medidas previstas para garantizar la viabilidad financiera del sistema no siempre se han acompañado de acciones que se traducen en una mejor gestión de situaciones

Social, dónde no fuese tan determinante la estructura prestacional del Sistema²⁴. No olvidemos que muchas de las reformas financieras adoptadas, en algunos casos, además, se han planteado con carácter de urgencia para afrontar las necesidades recaudatorias del Sistema. Y, generalmente, además, se ha hecho en términos cuyo impacto posterior no se ha medido adecuadamente o no se ha revisado.

Lo anterior, a nuestro entender, nos puede llevar a pensar que la postura de nuestro legislador es que estamos ante una materia dónde hay que tocar poco, salvo cuándo sea irreversible. Y si con ello es suficiente, no ahondar más sobre el problema. De manera que, por ser ilustrativos, podríamos asimilar nuestro modelo financiero a un yacimiento donde aparecen diferentes sustratos, que aunque son diferentes están entremezclados. De manera que al ir sumando reformas y novedades se ha creado un cuerpo normativo que lleva a que frecuencia sea posible perderse y tener la sensación de que es incuestionable lo que la Administración aplica telemáticamente, dado que hay tanto detalle y excepción que sólo quién la gestiona, lo controla íntegramente. Siendo deseable, a nuestro juicio, un mayor grado de simplificación e integración de la materia.

de crisis como la que nos sigue afectando, en cuanto que hay aún una excesiva dependencia entre la financiación y el empleo. Ración que podemos considerar bidireccional, pues muchas de las medidas encaminadas a la creación de empleo tienen como objeto la aplicación de un complejo entramado de bonificaciones, reducciones y subvenciones, que suelen estar vinculadas a las cuotas.

COMPATIBILIDAD ENTRE TRABAJO Y PENSIÓN DE JUBILACIÓN

MANUEL GARCÍA MUÑOZ

*Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide*

ÍNDICE

- 1.- LOS PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA CONTINGENCIA DE JUBILACIÓN
- 2.- LA INCIDENCIA DEL CESE DEL TRABAJO EN LA COMPATIBILIDAD ENTRE PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y ACTIVIDAD PRODUCTIVA
 - 2.1. LA INTENSIDAD DEL CESE DEL TRABAJO
 - 2.2. LA MODALIDAD DEL CESE DEL TRABAJO
 - 2.3. LA DISPENSA DEL CESE DEL TRABAJO
- 3.- LA COMPATIBILIDAD ENTRE PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y ACTIVIDAD PRODUCTIVA EN LAS REGULACIONES DE LOS PAÍSES EUROPEOS
- 4.- LA INCIDENCIA DE LA EDAD DE JUBILACIÓN EN LA COMPATIBILIDAD ENTRE PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y ACTIVIDAD PRODUCTIVA

BIBLIOGRAFÍA

1.- LOS PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA CONTINGENCIA DE JUBILACIÓN

El cese de la actividad productiva y el cumplimiento de la edad establecida por la ley para acceder a la prestación de jubilación constituyen los presupuestos de esta contingencia en la mayoría de los Sistemas de Seguridad Social o Protección Social. Concretamente, en el Sistema de Seguridad Social español, la contingencia de jubilación protege a las personas que han cumplido la “edad legal de jubilación” –ordinaria o anticipada- y han cesado en el desarrollo de sus servicios profesionales antes, durante o después de alcanzar esta edad, como dispone el art. 204 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS). Así pues, el cese en trabajo es también el elemento del hecho causante –entendido como acto que origina el tránsito de la situación potencial de riesgo al estado actual de situación de necesidad, al menos presunta- de esta contingencia, si en el momento de efectuarse, se tiene cumplida la edad legal de jubilación, como igualmente lo es el cumplimiento de la edad legal de jubilación, si, con carácter general, se ha cesado previamente en el trabajo o incluso, excepcionalmente, si no se cesa en el trabajo. De ello se deduce, lógicamente, y así se establece en la LGSS, que la percepción de la pensión de jubilación, con carácter general, sea incompatible con el desarrollo del trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, puesto que, en principio, no podría causarse hasta que el trabajador cese en su prestación de servicios profesionales o en la realización de la actividad productiva.

Sin embargo, el cumplimiento de la edad legal de jubilación, como presupuesto y elemento del hecho causante de esta contingencia, al depender su acaecimiento únicamente del indefectible transcurso del tiempo, en comparación con otras contingencias del Sistema de Seguridad español o de cualquier Sistema de Protección Social sometidas a la concurrencia de otras circunstancias de menos probable materialización, determina, en palabras de ALARCÓN CARACUEL, que *“la jubilación más que una «contingencia», en el sentido propio de actualización indeseada de un riesgo potencial, es la confirmación natural de una previsión de futuro”*. Por ello, quizás, en nuestra opinión, su régimen jurídico presente particularidades con respecto al resto de contingencias e, incluso, el presupuesto del cese en el trabajo admita distintos grados de intensidad, diferentes modalidades y hasta su dispensa o no exigibilidad en algún supuesto, facilitando que la percepción de la prestación de jubilación pueda ser, en sentido amplio, compatible con el desempeño de un trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, en algunos casos.

2.- LA INCIDENCIA DEL CESE DEL TRABAJO EN LA COMPATIBILIDAD ENTRE PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y ACTIVIDAD PRODUCTIVA

2.1- La intensidad del cese en el trabajo

El cese en el trabajo, como presupuesto configurador de la contingencia de jubilación, en la regulación de los distintos Sistema de Seguridad Social o Protección Social, ha pasado de tener un exclusivo carácter total a admitir grados de parcialidad en la prestación de servicios, permitiéndose con ello legalmente la compatibilidad -entendida en sentido amplio- entre trabajo parcial y pensión parcial. Así, la regulación del cese en la prestación de servicios profesionales, ha sido objeto de sucesivas modificaciones que han tenido su incidencia no sólo en el estricto ámbito de la regulación jurídica de la contingencia y prestación de jubilación, sino también, y en ocasiones ha sido su finalidad principal, en la regulación de la demanda de interior empleo. De hecho, el carácter total con el que, en un principio, establecieron las normativas de la Seguridad Social o Protección Social el cese de la prestación de servicios profesionales, considerado como la extinción completa y definitiva del contrato de trabajo o del desarrollo de la actividad productiva, al menos respecto al puesto de trabajo o actividad que hasta ese momento venía ejerciendo el sujeto protegido, se ha transformado también en parcial, con objeto de introducir una medida directamente encaminada a intervenir en la regulación de la demanda interior de empleo, mediante la diversa tipología de la denominada “jubilación parcial”, específicamente regulada en el ordenamiento jurídico español en el art. 12.6 y 7 del ET y en el art. 215 de la LGSS.

Por una parte, como una actuación enmarcada en la política de fomento de empleo, con la finalidad de que, al menos, la parte de jornada liberada por el cese parcial en el desempeño de servicios profesionales, se ocupara por un trabajador desempleado, especialmente en momentos de elevada tasa de desempleo, para propiciar y adelantar, aun parcialmente, el recambio generacional en el mercado de trabajo, mediante el reparto del empleo existente en un período concreto, se incentiva el acogimiento por los trabajadores y empleadores de la jubilación parcial a una edad inferior a la ordinaria –jubilación anticipada parcial-. Para su consecución, se incorporan beneficios en la normativa de la Seguridad Social, en la normativa laboral o en ambas simultáneamente a favor de los trabajadores, como, por ejemplo, el reconocimiento de la condición de pensionista a fin de que puedan acceder a otras prestaciones: farmacéuticas, residenciales, sociales, etc., y de los empleadores, entre otros, facilitando la contratación a tiempo parcial y de duración determinada, al menos hasta que el trabajador jubilado parcialmente acceda a la jubilación total, y con un menor coste laboral, al no tener que coincidir necesariamente el salario ni la cotización del trabajador a tiempo parcial de nuevo ingreso con el salario y la cotización del trabajador antes de jubilarse parcialmente.

Por otra parte, como acción de política financiera de Seguridad Social, con el objetivo de disminuir el gasto en pensiones, a través de los mismos o similares incentivos señalados anteriormente, se reconoce y se fomenta legalmente el cese parcial de los trabajadores que con edad superior a la edad ordinaria de jubilación. Su finalidad, igualmente, es que los trabajadores no extingan completamente su relación laboral y, consecuentemente, no accedan a percibir la prestación de jubilación en su importe total al alcanzar la edad ordinaria de jubilación o, tras haber extinguido su relación de trabajo y causado la pensión de jubilación, reanuden parcialmente la actividad laboral, percibiendo también parcialmente y en proporción inversa a la jornada de trabajo realizada la pensión de jubilación, conocida esta última posibilidad como “Jubilación flexible, prevista por la normativa española en los arts. 215 de la LGSS. Con ello, se evita la salida de recursos económicos del Sistema de Seguridad Social, aunque conlleve la demora del relevo generacional en el mercado de trabajo.

Así pues, la jubilación parcial y la jubilación flexible, constituyen, en sentido amplio, dos supuestos legales de compatibilidad de la prestación de jubilación con el desarrollo del trabajo por cuenta ajena. En sentido estricto, en cambio, no conforman supuestos legales de compatibilidad de la prestación de jubilación con el trabajo por cuenta ajena, ya que, en nuestra opinión, se causa la pensión como consecuencia del cese en trabajo por cuenta ajena pero en proporción a la jornada de trabajo que no se realiza, es decir, no se ejecuta trabajo durante el período de tiempo al que corresponde la pensión de jubilación reconocida, ni la cuantía de ésta se percibe conjuntamente con el salario devengado por la misma parte de la jornada de trabajo efectuada.

2.2- La modalidad del cese del trabajo

Del mismo modo, el cese el trabajo, como presupuesto de la contingencia de jubilación, tampoco tiene que comprender necesariamente todas las modalidades de prestación de servicios profesionales realizadas por el sujeto protegido, ni siquiera todas sus funciones o tareas integrantes, sino solamente tiene que afectar el cese a una de las modalidades, si se efectúa la actividad productiva por cuenta ajena y por cuenta propia o, en esta última modalidad, si el cese comprende las funciones o tareas principales de la actividad desarrolla distintas a las inherentes a la titularidad del negocio. Efectivamente, LGSS en su art. 213.4 dispone la compatibilidad del percibo de la pensión de jubilación con la realización de actividades por cuenta propia, si los ingresos netos –íntegros menos los gastos fiscalmente deducibles– obtenidos por su desarrollo no superan el importe anual del Salario Mínimo Profesional vigente en cada momento, sin que el sujeto beneficiario esté obligado a co-tizar por el desempeño de estas actividades. Esta situación es extensible, en los mismos términos, a los beneficiarios que causen la pensión de jubilación en el Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios. En nuestra opinión, si

la pensión se reconoce por un Régimen de Seguridad Social que proteja el desempeño de trabajo por cuenta ajena o asimilado, en sentido amplio, esta situación constituye un supuesto de compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo, en tanto que se percibe la prestación simultáneamente con la realización de una actividad productiva por cuenta propia. En sentido estricto, no supone un supuesto de compatibilidad jurídica, ya que la normativa de la Seguridad Social prevé el encuadramiento simultáneo en más de un Régimen de Seguridad Social, si la realización de las actividades productivas determinan obligatoriamente la inclusión del sujeto en distintos Regímenes de Seguridad Social, por el modo en el que se desarrollan –por cuenta ajena y por cuenta propia– y, consecuentemente, el deber de cotizar a cada uno de estos regímenes, a fin de poder obtener el reconocimiento de una prestación derivada de cada uno de ellos, si se origina la contingencia y se reúnen los requisitos del hecho causante, en uno, en otro o todos contemporáneamente. Sin embargo, en este supuesto –pensión causada en un Régimen de Seguridad Social por cuenta ajena–, como excepción, la normativa exime al pensionista de la incorporación al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, si los ingresos netos obtenidos por el desarrollo de la actividad por cuenta propia son inferiores a la cuantía vigente del Salario Mínimo Interprofesional (en adelante SMI) en cómputo anual, correspondiendo el encuadramiento obligatorio, solamente si superan dicha cuantía. En este caso, esto es, si los ingresos por la actividad por cuenta propia son superiores al SMI, procede legalmente la incorporación del trabajador en el citado Régimen con la consiguiente suspensión de la pensión de jubilación, de modo que ni en sentido amplio ni en sentido estricto jurídico se configura un supuesto legal de compatibilidad entre el percibo de la pensión de jubilación y el desempeño de una actividad productiva por cuenta propia.

En cambio, si la pensión se reconoce por un Régimen de Seguridad Social que proteja la realización de actividad productiva por cuenta propia, tanto en sentido amplio como en sentido estricto jurídico, el percibo de la pensión de jubilación simultáneo con el desarrollo de una actividad por cuenta propia, si los ingresos netos obtenidos por esta actividad son inferiores al importe vigente del SMI, conforma un supuesto de compatibilidad de esta prestación con el trabajo por cuenta propia. Por el contrario, si los ingresos alcanzados por el ejercicio de la actividad productiva por cuenta propia rebasan el mencionado límite, se prevé legalmente la inclusión del trabajador en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia y, al mismo tiempo, la suspensión del percibo de la pensión de jubilación durante el tiempo que se prolongue esta situación.

Por otra parte, quizás por una suerte de equiparación con el supuesto de compatibilidad anterior, aunque con una notable diferencia, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Consulta N° 1366043, de 27 de junio) y, por tanto, las Entidades Gestoras del Sistema de Seguridad Social español consideran que el percibo de la pensión de jubilación es compatible con el desempeño de actividades productivas

que requieran la incorporación a la mutualidad de un Colegio Profesional, al no estar previsto el reconocimiento recíproco de cotizaciones entre los Sistemas de Previsión Social de los Colegios Profesionales y el Sistema de Seguridad Social. Así pues, si la pensión se reconoce por un Régimen de Seguridad Social que proteja el desempeño del trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, su percepción es compatible con la realización de una actividad por cuenta propia que conlleve la inclusión en la mutualidad del Colegio Profesional correspondiente, independientemente de los ingresos que de ella se deriven, de forma que, sea cual sea la cuantía de estos ingresos, se mantiene la percepción simultánea de la prestación de jubilación con el desarrollo del trabajo por cuenta propia. Esta diferencia, en nuestra opinión, no se justifica jurídicamente, ya que las mutualidades de los Colegios Profesionales actúan por disposición legal como Entidades de previsión social alternativas al Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia, estableciéndose por la LGSS en favor del profesional colegiado el derecho de optar por su inclusión bien en este Régimen de Seguridad Social, bien en la mutualidad correspondiente. Por tanto, solamente razones de política legislativa explican este distinto tratamiento entre colectivos que para poder ejercer su actividad tienen que estar incorporados en un Colegio Profesional que tiene prevista su inclusión en una mutualidad, si así lo decide individual y voluntariamente cada colegiado, y colectivos no que necesitan la colegiación obligatoria para desarrollar su actividad ni pueden optar por su incorporación a una mutualidad, sino que obligatoriamente, en las condiciones expuestas en el párrafo precedente, tienen que encuadrarse en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. No obstante, del mismo modo que en los supuestos analizados anteriormente, la percepción de la pensión de jubilación reconocida en un Régimen de Seguridad Social que proteja a los trabajadores por cuenta ajena simultáneamente con la realización de un trabajo por cuenta propia constituye, en sentido amplio, un supuesto de compatibilidad de la percepción de la prestación de jubilación con el trabajo; constituyendo, asimismo, un supuesto de compatibilidad, en sentido estricto jurídico, si la pensión de jubilación es reconocida por un Régimen de Seguridad Social por cuenta propia y se percibe, al mismo tiempo, que se efectúa una actividad que permite el encuadramiento en la mutualidad del Colegio Profesional competente.

2.3. La dispensa del cese en el trabajo

Por último, el cese en el trabajo, como presupuesto de la contingencia de jubilación, puede no requerirse o dispensarse, parcial o totalmente, si se tiene cumplida la edad de jubilación que sea exigible, de acuerdo con las períodos de cotización acreditados por el sujeto protegido, excluidas las bonificaciones o anticipaciones de edad que pudieran corresponder, y si el porcentaje aplicable a la base reguladora para calcular la cuantía de la pensión es el 100 por 100. Independientemente del porcentaje de jornada de trabajo que se realice, el importe de pensión se reduce en su 50 por 100, de forma que, al menos en una mayor o menor porción de

jornada, simultáneamente se desarrollan servicios profesionales y se percibe la pensión de jubilación, compatibilizándose los ingresos por trabajo y por prestación. Así pues, esta situación, denominada “Jubilación activa”, introducida por el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, tanto en sentido amplio como estricto jurídico, configura un supuesto de compatibilidad del desempeño de trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena y la contemporánea percepción, limitada en todo caso en la mitad de su cuantía, de la prestación de jubilación.

Igualmente, conforma un supuesto de compatibilidad, en sentido amplio y en sentido estricto jurídico, la percepción de la pensión de jubilación y el desempeño de las funciones de profesor universitario emérito y del personal licenciado sanitario emérito, ya que el beneficiario continúa, si bien con algunas modificaciones, desempeñando su actividad profesional por cuenta ajena, en el ámbito de la organización productiva, tras causar la pensión de jubilación, según dispone la disposición adicional novena de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre.

3.- LA COMPATIBILIDAD ENTRE PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y ACTIVIDAD PRODUCTIVA EN LAS REGULACIONES DE LOS PAÍSES EUROPEOS

La política de fomento de empleo y de financiación de la Seguridad Social o de Protección Social, específicamente respecto a la pensión de jubilación, explican el cambio en la configuración jurídica del cese en el trabajo como presupuesto y elemento del hecho causante de esta contingencia. Este cambio, consistente como se ha expuesto, en que no se precise que se efectúe de forma total ni en todas las modalidades en las que se desarrolla la actividad productiva, incluso, que ni si quiera se requiera en todo caso, coincide en mayor o menor medida, con el experimentado, con carácter general, en la regulaciones de los ordenamientos jurídicos de los países europeos. Efectivamente, sus regulaciones de Seguridad Social o Protección social establecen actualmente, si bien con algunas diferencias, condiciones o particularidades, la compatibilidad entre el percibo de la pensión de jubilación y la realización de una actividad productiva o la percepción de ingresos por el desarrollo de un trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena, si no superan determinados límites, y un número importante dispone, en estos casos, la minoración de la cuantía de la pensión o su suspensión.

Por un lado, se establece la compatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación y la realización de una actividad productiva por cuenta ajena y por cuenta propia en las regulaciones de: Austria; Italia; Noruega; Polonia; Portugal; Reino Unido; Suecia; Francia, en este último caso, si se accede a la pensión a la edad que permite obtener su importe pleno.

Por otro lado, igualmente se dispone la compatibilidad entre percepción de la

pensión de jubilación y el desarrollo de una actividad productiva, si no superan determinados límites económicos en las regulaciones de: Alemania, la percepción de la prestación de jubilación es compatible con el trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, pero la jubilación anticipada es compatible si los ingresos obtenidos por el trabajo no exceden de una determinada cuantía al mes y durante dos meses al año no exceden del doble de esta cuantía; Países Bajos y Rumanía, la percepción de la prestación de jubilación es compatible con el trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, si la suma del importe de la pensión y de la actividad no supera una determinada cuantía.

Finalmente, también se prevé la compatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación y el desempeño de una actividad productiva, si bien, si se superan determinados límites económicos, se minora o se suspende la pensión, en las regulaciones de: Bélgica, la percepción de la prestación de jubilación es compatible con el trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, si la suma del importe de la pensión y de la actividad no supera una determinada cuantía, ya que si supera el límite en menos del 15% se procede a minorar la cuantía de la pensión y si supera el límite en más del 15% se suspende el percibo de la pensión; Dinamarca, la percepción de la prestación de jubilación es compatible con el trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, si la suma del importe de la pensión y de la actividad no supera una determinada cuantía, ya que si supera el límite se procede a minorar la cuantía de la pensión; Grecia, la percepción de la prestación de jubilación es compatible con el trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, con reducción del importe de la pensión en proporción de los ingresos que se obtienen. Irlanda, la percepción de la prestación de jubilación es incompatible con el trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, si se realiza se suspende el percibo de la pensión.

4.- LA INCIDENCIA DE LA EDAD DE JUBILACIÓN EN LA COMPATIBILIDAD ENTRE PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y ACTIVIDAD PRODUCTIVA

La edad ordinaria de jubilación -edad a la que todos los sujetos protegidos por el Sistema de Seguridad Social pueden causar la prestación de jubilación- como presupuesto y elemento del hecho causante de esta contingencia, aunque su cumplimiento por el trabajador, con carácter general, no impone jurídicamente la extinción obligatoria de su relación laboral o el cese en el desarrollo de su actividad productiva, se considera en teoría, y en la práctica suele suceder, la edad límite para formar parte de la población activa y la edad de salida normal, aunque con excepciones, del mercado del trabajo. Por ello, quizás, es el presupuesto que menor cambio ha experimentado en la evolución de la normativa de la Seguridad Social, de modo que su modificación solamente se ha producido en la mayoría de los países, entre ellos España, en el momento que han concurrido determinados factores, como son el aumento de la esperanza de vida y la disminución de la natalidad,

así como la reducción de la tasa de ocupación y del aumento del gasto en pensiones de jubilación, suscitados recientemente, en gran parte, por la actual crisis económica y financiera iniciada en 2008 y que atraviesan principalmente los países industrializados y los emergentes.

Concretamente, en el ordenamiento jurídico español, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, ha elevado progresivamente la edad ordinaria de jubilación, y con relación a ella las edades anticipadas, de los 65 a los 67 años de edad, desde el 1 de enero de 2013, en un mes por año hasta el 1 de enero de 2018 y en dos meses por año desde el 1 de enero de 2019 hasta establecerse a partir del 1 de enero de 2027 en los 67 años edad.

Asimismo, las regulaciones de Seguridad Social o Protección Social de los países europeos, que tenían fijada la edad ordinaria de jubilación en 65 años o menos, han previsto la elevación progresiva de la edad de jubilación a los 67 años o más, si bien dependiendo de parámetros específicos establecidos por la normativa de cada país. Así, en Alemania, de los 65 años de edad se eleva gradualmente desde 2012 hasta 2029 a los 67 años de edad; Dinamarca, de los 65 años de edad se eleva gradualmente desde 2012 hasta 2019 o 2022 a los 67 de edad; Francia, de los 65 años de edad se eleva gradualmente desde 2016 hasta 2023 a los 67 años de edad; Irlanda, de los 65 de edad se eleva gradualmente desde 2010 hasta 2028 a los 68 años de edad; Italia, de los 65 de edad se eleva gradualmente desde 2012 hasta 2021 a los 67 años de edad; Países bajos, de los 65 año de edad se eleva gradualmente desde 2013 hasta 2021 a los 67 años de edad; Reino Unido, de los 65 años de edad se eleva gradualmente desde 2018 a 2020 a los 66 años de edad.

La elevación de la edad ordinaria de jubilación, con objeto de intentar reducir el coste económico de las pensiones por esta contingencia, supone directamente que los trabajadores, con carácter general, tengan que retrasar la extinción de la relación laboral o de la actividad productiva y que, en principio, tengan que cotizar durante más tiempo al Sistema de Seguridad o de Protección Social contributivos para causar la prestación de jubilación, así como indirectamente la ampliación del volumen de la población activa y el retraso del relevo generacional en el mercado de trabajo. De este modo, la edad de acceso a la prestación de jubilación se está convirtiendo, en nuestra opinión, en el presupuesto esencial de esta contingencia, ya que, como se ha expuesto anteriormente, el cese de la actividad productiva, no se exige que se efectúe totalmente sino que puede realizarse de forma parcial, en alguna de sus modalidades –por cuenta ajena o por cuenta propia- o incluso omitirse en concretos supuestos.

5.- LA INCIDENCIA EN LA REGLAS DE CÁLCULO DE LA PRESTACIÓN DE JUBILACIÓN EN LA COMPATIBILIDAD ENTRE TRABAJO Y ACTIVIDAD PRODUCTIVA Y SU REPERCUSIÓN EN LA POLÍTICA DE EMPLEO

Además, las propias reglas de composición de la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación, esto es, cómputo de las cotizaciones correspondientes a un elevado período de tiempo –año 2016, los últimos 19 años, equivalentes a 228 bases de cotización, y año 2022, los últimos 25 años, equivalentes a 300 bases de cotización- y del porcentaje aplicable a la base reguladora, en atención al lapso de tiempo cotizado – año 2016, mínimo 50 por 100 por 15 años cotizados y máximo 100 por 100 por 36 o más cotizados, o 38 años y seis meses en el año 2027- únicamente similares a las establecidas para la pensión de incapacidad permanente y, por tanto, distintas a las dispuestas para el resto de contingencias del Sistema de Seguridad Social español, determinan que progresivamente la configuración de la contingencia de jubilación tienda a convertirse en contingencia de vejez y, en consecuencia, a establecerse, en mayor o menor medida, la plena compatibilidad entre la percepción de la pensión por esta contingencia y el desempeño del trabajo productivo en sus diferentes modalidades.

Efectivamente, las reglas para el cálculo del importe de la prestación de jubilación, aunque formalmente estén establecidas y, por tanto, corresponden a un Sistema de Seguridad Social, sustentado en el principio financiero de reparto, virtualmente cada vez se asemejan más a las establecidas en los Sistemas de Seguridad Social o Protección Social, regidos por el principio financiero de capitalización. En este sentido, respecto a la reforma operada por la Ley 24/1997, de 15 de julio, ALARCÓN CARACUEL, señalaba, en su momento, que *“la alternativa de entre organizar la cobertura de la prestación en base a un sistema de capitalización o en base a un sistema de reparto tiene sentido en relación con la pensión de jubilación pero es propiamente absurda e relación con la invalidez”*, por ejemplo, o con otras contingencias en las que el hecho causante se ocasiona de forma súbita e imprevisible, *“respecto de las cuales tampoco cabe la alternativa capitalización-reparto, que es la expresión más radical de la alternativa contributividad-solidaridad”*. En cambio, *“la jubilación es una circunstancia previsible y planificable, no sólo socialmente sino también individualmente. Y, por lo tanto, la pensiones de jubilación si pueden ser financiadas mediante el sistema de capitalización, esto es, en base al ahorro individual”*. Pero, incluso, en un Sistema de Seguridad Social, como el español, basado en el principio financiero de reparto *“la pensión de la jubilación es susceptible de ser organizada de tal forma que la cotización previa de cada beneficiario no sirva únicamente como una referencia «teórica» para el cálculo de la pensión –como medida de la solidaridad, según decíamos- sino que se convierta en un parámetro «real» en la determinación de esta pensión, en el sentido de intentar aproximar al máximo la relación entre la suma total de lo que*

se ha cotizado a lo largo de la vida activa y lo que se va a percibir como pensión en los años de vida pasiva". Por ello, no es de extrañar que las sucesivas reformas, específicamente las realizadas por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, y centrada concreta y directamente en las reglas de cálculo del importe de la prestación de jubilación y en la elevación de la edad de acceso a esta pensión, que indirectamente también repercute en su cuantía final, como anteriormente se expuesto, modifiquen *"el mecanismo de reparto de tal manera que, en la práctica, tengan un funcionamiento semejante al de la capitalización"*, como, igualmente, afirmaba, ALARCÓN CARACUEL.

Así pues, tampoco resulta extraño que en las últimas reformas de la Seguridad Social se haya introducido la posibilidad de percibir la prestación de jubilación y la realización simultánea de trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, en los distintos supuestos antes analizados, ya que, por una parte, las nuevas reglas de determinación económica de la pensión de jubilación pueden suponer que, con carácter general, se reduzca su cuantía, en mayor o menor medida, y que, incluso, ésta no sea suficiente en términos de sustitución de rentas para procurar la subsistencia del beneficiario. Y, por otra, porque responden a la lógica de la capitalización, en la que la pensión de jubilación consiste, en cierto modo, en la devolución de las cantidades, más o menos rentabilidades o actualizadas, aportadas por el sujeto protegido a un Sistema formalmente de reparto y virtualmente de capitalización o ahorro.

En consecuencia, si las futuras modificaciones normativas continúan de mismo modo incidiendo directa o indirectamente en el modo de liquidación de la pensión de jubilación, de forma que la cuantía final reconocida se asimile completa o muy aproximadamente a las cotizaciones efectuadas por cada sujeto protegido, en nuestra opinión, será muy difícil justificar jurídicamente que no sea, completamente y en todo caso, compatible su percibo con el desarrollo de una actividad productiva, en cualquiera de sus modalidades. Pero, al mismo tiempo, también será muy difícil que se pueda continuar utilizando el régimen jurídico de la contingencia y prestación de jubilación como política de fomento de empleo, dirigida a propiciar el necesario relevo generacional en el mercado de trabajo y el indefectible reparto de empleo en las económicas de mercado, como la española, en las que éste se revela insuficientemente para atender todas las demandas de la población y también para mantener adecuadamente el denominado Estado del Bienestar. Por ello, es necesario que el legislador valore el alcance de las modificaciones normativas no sólo en el estricto ámbito de la financiación del Sistema de Seguridad Social, sino también en la regulación de la demanda interior de empleo, de forma que se procure un adecuado equilibrio entre sostenibilidad de la Seguridad Social y la regulación de la demanda interior de empleo y los objetivos que una otra pretender alcanzar en el corto, medio y largo plazo, sin alterar drásticamente los principios configuradores del Sistema de Seguridad Social español.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCON CARACUEL, M.R. “La reforma del Sistema de Pensiones en España”, Cuadernos de Relaciones Laborales, nº 12, Serv. Publ. UCM, Madrid, 1998.
- DIAZ-JÍMENEZ, D.: “Las Pensiones Europeas y sus Reformas Recientes”, Instituto BBVA de Pensiones, Documento de Trabajo: N° 7/2014, Madrid, 2014.
- ELORZA GUERRERO, F. y FERNÁNDEZ ROCA, F.J. (Coords.): “El mantenimiento del empleo de los trabajadores de edad avanzada en Andalucía”, Macial Pons, Madrid, 2012.
- www.jubilaciondefuturo.es/es/blog/comparativa-de-la-edad-de-jubilacion-espana-y-resto-de-europa.html.

UNA DEFENSA DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO ENTRE LAS CORRIENTES DE DOS CONFUSOS NIVELES JURÍDICOS

MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA
*Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

ÍNDICE

1. SU OBRA DEDICADA A LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO
2. UN PRESUPUESTO DE PARTIDA: LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO NO FOMENTA EL PARO
3. LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y EL USO ADECUADO DEL TÉRMINO “ASISTENCIAL”
 - 3.1 LA “ASISTENCIALIZACIÓN” DEL DESEMPLEO
 - 3.2 ELEMENTOS ASISTENCIALES EN EL NIVEL CONTRIBUTIVO Y ELEMENTOS CONTRIBUTIVOS EN EL NIVEL ASISTENCIAL
 - 3.3 LA DIFERENTE COTIZACIÓN DURANTE LA PERCEPCIÓN DE LA PRESTACIÓN O SUBSIDIO NO FAVORECE LA UNIDAD DEL SISTEMA
 - 3.4 PROPUESTAS DE MEJORA
4. EL DISCÍPULO DIALOGA CON EL MAESTRO Y TRATA DE CONTINUAR EL ANÁLISIS HASTA NUESTROS DÍAS
 - 4.1 LA POSIBLE RELACIÓN DEL NIVEL ASISTENCIAL CON EL RÉGIMEN DE ASISTENCIA SOCIAL DEL PROPIO SISTEMA
 - 4.2 DE LA ESPECIAL ATENCIÓN A LOS DESEMPLEADOS MAYORES DE 45 AÑOS A LOS PROGRAMAS DE EMERGENCIA SOCIAL, PASANDO POR EL PLAN 2009 Y LA RACIONALIZACIÓN DE 2012
 - 4.2.1 LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES MAYORES DE 45 AÑOS INSCRITOS EN LA OFICINA DE EMPLEO DURANTE 12 MESES
 - 4.2.2 PRIMERA REACCIÓN FRENTE A LA CRISIS Y LA RACIONALIZACIÓN DE 2012
 - 4.2.3 LOS PROGRAMAS PRODI, PREPARA Y PAE COMO MECANISMOS PARA EVITAR LA EXCLUSIÓN SOCIAL

1. SU OBRA DEDICADA A LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

Muy probablemente la jubilación y el desempleo fueron las dos contingencias a las que el maestro prestó más atención. La primera, por ser una realidad que, salvo temprana muerte, acaecería a todo trabajador y en donde el Sistema se sometía a su prueba más difícil: otorgar las rentas de sustitución definitivas, en cuantía suficiente. La segunda, por acudir en auxilio de quien se queda en el “paro” —expresión menos técnica pero que él hace suya en sus escritos por ese estilo cercano a que nos tenía tan acostumbrados y que tan claro resultaba—, uno de los problemas más acuciantes en nuestro país, al que un hombre del mundo del trabajo no podía permanecer en absoluto ajeno, aparte de ser la única contingencia mencionada explícitamente en el art. 41 CE. A la solución del desempleo dedicó muchas horas de pensamiento: su defensa acérrima de la reducción de la jornada —principio nuclear, por otro lado, del movimiento sindical—, la limitación clara de las horas extraordinarias, el trabajo a tiempo parcial, etc.

Dicha obra se compone de: un capítulo de una obra colectiva dedicada al análisis de las reformas laborales de principios de los ochenta, en donde, con González Ortega, analiza la prestación por desempleo de la Ley 31/1984, cada uno individualmente, tras repartir su contenido; la lección 10ª del *Compendio de Seguridad Social*, obra en coautoría con González Ortega, en sus diversas ediciones; una voz enciclopédica; un artículo en revista, en versión catalana y castellana; una ponencia en las II Jornadas Tarraconenses (1995); diversos comentarios de sentencias en Anuarios de Jurisprudencia y, finalmente, las sentencias sobre esta materia en las que participó como ponente o miembro de la Sala, durante su etapa como Magistrado del Tribunal Supremo. Si el anterior es el orden cronológico, mi consejo para quien se acerque por vez primera a la lectura de estas aportaciones, sería empezar por la ponencia de 1995, más general y divulgativa, seguir por los capítulos de las obras colectivas, más técnicos y más profundos en el análisis de los diversos problemas, y concluir con el estudio de la jurisprudencia.

Y es que el Profesor Alarcón era, al mismo tiempo, un hombre con una gran capacidad de hacer comprensible lo complejo y un investigador incisivo, que no se detenía ante la dificultad, y que procuraba resolver todas las controversias que la realidad jurídica le iba planteando.

2. UN PRESUPUESTO DE PARTIDA: LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO NO FOMENTA EL PARO

Una de las cuestiones que el maestro aborda es esa tesis, que todos sin duda hemos escuchado o leído, o hasta podido compartir, que viene a culpar a la protección por desempleo del problema del “paro”: los parados no buscan empleo porque se acomodan en un mundo de prestaciones y subsidios; un planteamiento

más agudizado en Andalucía, su tierra, con el famoso PER y las peonadas para tener derecho al subsidio. Manuel Ramón Alarcón denominaba esta tesis la “criminalización” de la prestación por desempleo, que, explícitamente, a su entender, la utiliza el legislador en la E. de Motivos del RD-ley 1/1992 y que consiste en considerarla “no ya difícilmente viable ante el desempleo masivo y estable, sino hasta cierto punto causante de dicho desempleo Y, así –continuaba-, se hacen moneda corriente argumentos tales como que la excesiva protección por desempleo desincentiva la búsqueda de empleo y que, por lo tanto, aquélla debe ser reducida; que el aumento de cotizaciones que sería necesario para seguir financiando la protección por desempleo es un impuesto contra la creación de empleo y que, por lo tanto, agrava el problema del desempleo; o, en fin, que el dinero empleado en la protección por desempleo es dinero malgastado, siendo preferible destinarlo a la creación de empleo.”

Se trata de una “tesis” que se traduce en diversas propuestas, de las que Alarcón Caracuel destaca la alternativa de la “compra del puesto de trabajo”, es decir, la cesión individual del parado de su prestación por desempleo al empresario que le ofrezca un puesto de trabajo, pero que llega a su culmen en “la teorización que se ha hecho por algún economista de convertir ese ejemplo extremo en la regla institucional: la prestación por desempleo debería pagarse directamente por la Seguridad Social a todo empresario que contrate a un parado. O bien, en una formulación distinta del mismo planteamiento, las propuestas de supresión total de las prestaciones por desempleo, destinando ese dinero a la subvención para la creación de puestos de trabajo.”

Para el maestro, se trataba de una tesis tan utópica que la zanja con una aguda ironía: “No entraré a fondo en el análisis crítico de estas propuestas. Señalaré simplemente que no deja de resultar curioso el que toda la línea argumental impugnadora de la protección por desempleo que procede, esencialmente, de economistas de la escuela neoliberal, desemboque en un indisimulado asistencialismo empresarial”¹.

3. LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y EL USO ADECUADO DEL TÉRMINO “ASISTENCIAL”

El interés de Alarcón Caracuel por los principios y los conceptos del Sistema de Seguridad Social, contenidos en el art. 41 CE, es claro. Gran parte de su do-

¹ “Política de empleo y protección por desempleo”, en VVAA (Martínez Abascal, V.-A., Coord.), *Actas de las II Jornadas Universitarias Tarraconenses de Derecho Social. Política de Empleo y Protección Social (Tarragona, 21-22 Septiembre 1995)*, Edit. Universidad Rovira i Virgili, Esplugues de Llobregat (Barcelona) 1996, pp. 320 y ss.

cencia la dedicaba a una explicación detenida de los mismos. El carácter asistencial de la Seguridad Social se asienta sobre dos principios especialmente queridos por el maestro: la universalidad subjetiva y la generalidad objetiva. El aspecto asistencial procede de Beveridge y su objetivo es la protección de la mera necesidad económica, no exigiendo, lógicamente, ninguna cotización previa al Sistema o, dicho con otras palabras, consiste en la posibilidad de obtener una prestación frente a la pobreza por quien no tiene trabajo, o no puede trabajar, por discapacidad física o psíquica. De ahí que la Seguridad Social contiene en sí un principio de reparto de recursos: de quienes lo poseen (Estado, empresarios y trabajadores) a quienes carecen de ellos. Y ése es el principio asistencial.

De ahí su perplejidad cuando el legislador decide en 1984 dividir la protección por desempleo en dos niveles: uno, contributivo, otro, asistencial, que, claramente no responden al principio antevisto. Ni el nivel contributivo lo es en sentido puro ni el asistencial obedece a una lógica de la atención de la situación de necesidad sin más. No son dos niveles alternativos, dos formas de acceder a análoga protección, sino dos fases de un único proceso: la pérdida de un empleo. La entrada al nivel asistencial exige haber “pasado” previamente por el nivel contributivo.

Su crítica no se dirige tanto al hecho de que el desempleo contributivo presente rasgos asistenciales sino al carácter artificial del planteamiento legal y a la confusión que produce en el ciudadano. La protección frente al desempleo es un todo unitario, que no se puede fragmentar: más claro y coherente –dirá– resultaba el esquema anterior a la Ley de 1984 cuando distinguía entre prestaciones básicas y complementarias².

3.1 La “asistencialización” del desempleo

Alarcón Caracuel entiende las dificultades para un planteamiento exclusivamente contributivo del desempleo y las concreta del siguiente modo:

a) Un Sistema de Seguridad Social “sano” se ha de caracterizar por un alto nivel de empleo –los cotizantes sostienen a los pensionistas–; el desempleo debiera ser, en principio, algo ocasional. El problema acontece, y el caso español es un ejemplo patente, cuando esta contingencia deja de ser “patológica y porcentual” y se convierte en “fisiológica y universal”;

² “El desempleo: niveles de protección y régimen de las prestaciones”, en VVAA (Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., Coord.), *Comentarios a la nueva legislación laboral. Ley reformada del Estatuto de los Trabajadores, Ley de Protección por Desempleo y Decretos de desarrollo*, Edit. Tecnos, Madrid 1985, pp. 250-252.

b) el desempleo se presenta como una contingencia de aparición “anticipada”, a diferencia de la jubilación o de la incapacidad laboral. Esto provoca que no se puede combatir mediante la capitalización individual –ya está presente de manera sustancial en el Sistema y hay que atajarla sin demora- ni “tampoco puede atenderse mediante el contrato intergeneracional, ya que afecta precisamente a los activos, que son quienes deberán pagar y se encuentran en la necesidad de cobrar. En realidad, la protección contra el desempleo solamente se puede afrontar mediante un contrato intrageneracional entre parados y no parados”; algo que exigiría abandonar la protección de otras contingencias; y

c) la cobertura del desempleo no es desplazable hacia el propio desempleado, como sí es posible y sucede en la incapacidad laboral temporal, a través del argumento de la lucha contra el fraude y el absentismo laboral, “ni hacia su ex-empresario por razones obvias (excesiva duración, desvinculación entre ambos sujetos de la extinta relación laboral)”.

Así puede entenderse “por qué la prestación por desempleo ha ido sistemáticamente huyendo del esquema contributivo típico del seguro social y experimentando un imparable proceso de asistencialización”. No obstante, el legislador ha pretendido la cuadratura del círculo, esto es: “mantener una prestación de desempleo que proporcione rentas de sustitución al parado, objetivo cada vez más difícil de alcanzar; y, por otra parte, (concebir) el nivel asistencial no como una prestación asistencial autónoma sino como un complemento de la contributiva, destinado a paliar sus insuficiencias”. De ahí que la regulación actual viene a ser “un precipitado histórico un tanto caótico, ya que su principio de ordenación –la estructuración en dos niveles: el contributivo y el asistencial- se ve constantemente contradicho por los rasgos concretos de cada uno de ellos”³.

3.2 Elementos asistenciales en el nivel contributivo y elementos contributivos en el nivel asistencial

El planteamiento del legislador no resulta viable y ambos niveles presentan aspectos que no obedecen a su denominación y al principio que los inspira.

En el nivel contributivo se pueden distinguir los siguientes elementos asistenciales (son observaciones al texto legal vigente en 1995):

a) Pérdida de cotizaciones por el deber de optar entre reanudar la prestación por desempleo o causar una nueva, tras interrupción del desempleo por desempeño de un trabajo de, al menos, un año de duración (art. 210.3 LGSS);

³ “Política de empleo y protección por desempleo”, *op. cit.*, pp. 327-328.

b) duración de la renta de sustitución independiente de la del periodo de ocupación cotizada por el trabajador; y

c) tasa de reposición muy limitada en su cuantía máxima, acudiendo a criterios asistenciales: relación con el SMI, “no con el salario dejado de percibir”, y con las necesidades familiares del parado.

Para Alarcón Caracuel, “el conjunto de estas tres reglas no es que eliminen el carácter contributivo de esta prestación, puesto que lo contributivo no implica una proporcionalidad exacta entre lo cotizado y lo percibido (al margen de que dicha exacta proporcionalidad no sea constitucionalmente exigible al sistema de Seguridad Social, según conocida y reiterada doctrina del Tribunal Constitucional); pero es evidente que relativizan enormemente dicha contributividad, que se va difuminando a medida que la proporcionalidad cotización-prestación va disminuyendo”. Y extrae la conclusión de que “en el límite, ello nos obligaría a cambiar el concepto que habitualmente se tiene de lo contributivo para llegar a considerar que una prestación es contributiva simplemente porque exige cotizaciones previas al sistema, aunque la duración y cuantía de la prestación no tengan absolutamente nada que ver con dichas cotizaciones”.

Por el contrario, en el nivel asistencial se perciben elementos contributivos:

a) Exigencia, salvo los tres ex- (emigrantes, reclusos, discapacitados), de agotamiento previo de la prestación contributiva por desempleo o cotización previa de tres meses; y

b) duración parcialmente desvinculada de la situación de necesidad (rentas por debajo del 75 % SMI): máximo de 24 meses, salvo el subsidio de “pre-jubilación”; y vinculada a las cotizaciones previas abonadas al Sistema⁴.

3.3 La diferente cotización durante la percepción de la prestación o subsidio no favorece la unidad del Sistema

Muy crítico se muestra con el hecho de que la cotización, durante la situación de desempleo, no sea única, sino que se distinga según el nivel al que pertenezca la prestación o subsidio, y se acote a determinadas contingencias, seleccionándose las que deben protegerse y las que no. Y ello porque se oscurece claramente el principio de solidaridad financiera y unidad de caja, manifestándose aspectos ya superados por ser propios de la época de los seguros sociales. Además, el legislador es

⁴ “Política de empleo y protección por desempleo”, *op. cit.*, pp. 329-330.

poco generoso, pues limita en exceso los efectos de la cotización durante el subsidio por desempleo, reduciéndolos a la pensión de jubilación y a las prestaciones familiares. De este modo, “la única exclusión justificable de todas las reseñadas es la que concierne a cuotas que, si bien recaudadas conjuntamente con las cotizaciones de Seguridad Social, no son tales: las destinadas al Fondo de Garantía Salarial, a formación profesional y –habrá que añadir, al menos para el año 1985- al Fondo de Solidaridad para el Empleo”.

Y, tras la crítica, dos propuestas: la primera, en aras de la simplificación y transparencia, que el legislador diga que “el tiempo durante el cual se perciban las prestaciones de desempleo computará como período de cotización a tales y tales efectos en el nivel contributivo y a tales otros en el nivel asistencial, en lugar de hablar de tantas falsas “cotizaciones”; la segunda, para ayudar al legislador a lograr esa cotización unitaria, que a los efectos de tener en cuenta esta cotización, se tome como base de cotización no la base reguladora utilizada para el cálculo de la prestación “sino la cuantía de la prestación o subsidio de desempleo que realmente se cobre. El ahorro consiguiente, puesto que prestación y subsidio son, obviamente, inferiores a la base reguladora del desempleo, podría servir para, como contrapartida, empezar a acercar los efectos indirectos de los dos niveles, el contributivo y el asistencial, con el propósito de llegar en el futuro a su total equiparación”⁵.

3.4 Propuestas de mejora

Así las cosas, el maestro evoluciona de una primera etapa en la que requiere la unidad en la prestación por desempleo, a plantear –una vez que en 1990 se incorporan las prestaciones no contributivas al Sistema- que exista una prestación contributiva por desempleo, *realmente* contributiva⁶, y otra no contributiva, independiente de la anterior, similar a las ya existentes por discapacidad o jubilación⁷.

⁵ “Lección 10ª. Desempleo y Protección a la Familia”, *Compendio de Seguridad Social*, Edit. Tecnos, 1ª edic., Madrid 1985, pp. 233-234.

⁶ Para lo que se precisaría: “a) Crear una “bolsa de cotizaciones” acumulativa que funcionara de tal modo que ninguna cotización fuera inútil a efectos de dar origen a prestaciones por desempleo. b) Acentuar la proporcionalidad entre tiempo cotizado y duración de la prestación por desempleo, a cuyo efecto habría que eliminar el límite máximo de 24 meses actualmente establecido para la prestación contributiva. La duración de la prestación estaría en función de la “bolsa temporal de cotizaciones” que el desempleado tuviera acreditada hasta el momento de surgir la contingencia de desempleo...” (“Política de empleo y protección por desempleo”, *op. cit.*, p. 330).

⁷ Por tanto, con los siguientes caracteres: “a) No exigencia de ningún período de cotización previa. b) Carencia de rentas de cualquier naturaleza por encima de un umbral mínimo legalmente establecido. Para el cumplimiento de este requisito se toman como referencia los ingresos del conjunto de la unidad familiar. c) Exigencia de un cierto período de residencia en nuestro país. d) Cuantía variable de la prestación según un cálculo diferencial entre las rentas que perciba la unidad familiar por todos los conceptos

La defensa de esta propuesta la hace a través de dos vías: primera, demostrando gráficamente la injusticia que puede ocasionar la concepción actual de la prestación por desempleo: “Imaginemos que una persona consiguiera trabajar a lo largo de una vida activa de 48 años (entre los 17, en lugar de los 16 para redondear, y los 65 años) con una exacta secuencia de 6 años de trabajo y 2 de cobro de prestación por desempleo y así sucesivamente. Al final, esta persona habría trabajado 36 años y habría cobrado prestación 12 años. Por el contrario, si la misma persona trabaja ininterrumpidamente 36 años solamente tendría derecho a 2 años de prestación”; segunda, abordando la problemática que supondría la creación de una prestación no contributiva por desempleo en relación con la competencia de las Comunidades Autónomas en asistencia social y las rentas mínimas de inserción que habían ido creando: “cabén dos opciones: no crear este brazo asistencial o no contributivo del desempleo (y suprimir el existente, una vez mejorado el brazo contributivo en la forma antes vista), confiando en que las rentas mínimas de inserción de las CCAA ya llenan este hueco; o bien crearlo y dejar que las rentas de inserción autonómicas desaparezcan o –mejor– jueguen como complementario de él (complementario desde el punto de vista de la cuantía; o en cuanto destinado a atender a quienes no reunieran los requisitos para acceder a la prestación de desempleo asistencial: por ejemplo, por tener rentas superiores al nivel estatalmente establecido como umbral, pero inferiores al fijado por una determinada Comunidad Autónoma para sus residentes, cosa completamente lógica habida cuenta de la diversidad de niveles de renta per cápita que tienen las CCAA en España). Desde luego que a mí me parece mucho mejor la segunda opción...”.

Pero Alarcón Caracuel, con ese afán de superación que le caracterizaba, no se conforma con esto y va más allá, ofreciendo otras posibles soluciones al problema del paro, a modo de líneas por explorar, pero sin duda sustentadas en una previa y profunda reflexión propia: a) disminución y reparto del tiempo de trabajo: “trabajar menos para que trabajemos todos”, tesis que defendió a lo largo de toda su vida, también por razones de descanso, salud y ocio de la clase obrera; y b) implantación del salario ciudadano, o renta básica universal que es como se la llama ahora. Y aquí se vuelven a poner de manifiesto otros dos rasgos de su personalidad.

En primer lugar, su afán por lo que yo denominaría analizar la opción sobre presupuestos científicos: se resiste a abandonar la tesis del reparto del tiempo de trabajo porque considera que todavía no se ha demostrado con claridad su falta de validez. Reacciona así frente a las críticas de falta de sustitución aritmética exacta,

y aquel umbral legalmente establecido. e) Duración indefinida de la prestación mientras concurran los requisitos para acceder a ella. f) Durante el percibo de la prestación no hay cotización (ni a cargo de la Entidad Gestora ni del interesado) a la Seguridad Social” (“Política de empleo y protección por desempleo”, *op. cit.*, p. 331).

mayores costes laborales o costosa compensación de los poderes públicos a los que ven reducida su jornada: “Siendo todo ello digno de tener en cuenta, hay que subrayar sin embargo que una operación social de ese tipo realizada a gran escala puede movilizar sinergias y producir efectos indirectos muy variados que, hasta ahora, que yo sepa, nadie se ha ocupado de calcular con alguna pretensión de exactitud. Comenzando por la disponibilidad que la clase trabajadora pueda tener a aceptar un cierto porcentaje de disminución salarial neta, por muchas razones: desde la mera solidaridad hasta las ventajas que podría representar la suscripción de un nuevo contrato social cuyas contrapartidas pueden ser de muy diversa índole... Continuando por la expansión de la demanda de bienes y servicios... Y... la disminución de los cuantiosos costes económicos y sociales relacionados con las enfermedades –sobre todo, las depresivas- asociadas al paro... En cualquier caso, el problema es muy complejo pero, en mi opinión, merece la pena estudiarlo y despejar sus incógnitas, sin excluir la vía del ensayo/error/validación a través de experimentos parciales”.

En segundo lugar, su prudencia, que le lleva a medir y saber bien a dónde puede llegar con los conocimientos y la información de que dispone: “Como es obvio, la propuesta del salario ciudadano –en su formulación más ambiciosa- no pasa en estos momentos de ser una sugerente utopía. Con ello no quiero, ni mucho menos decir que vaya a ser completamente impracticable siempre sino, simplemente, que no parecen darse en este momento en parte alguna las condiciones *culturales* –en el sentido más amplio de la expresión- imprescindibles para su puesta en práctica. Y, por lo demás, carezco ahora de espacio para exponer –siquiera sucintamente- las impugnaciones que la propuesta ha recibido y las argumentaciones con que sus propugnadores han respondido. Diré solamente que –si uno no quiere limitarse al círculo vicioso de poner parches a lo ya existente- el debate científico y los esfuerzos políticos deben discurrir por estas vías más imaginativas y creadoras de la redistribución del tiempo de trabajo y el salario ciudadano”⁸.

4. EL DISCÍPULO DIALOGA CON EL MAESTRO Y TRATA DE CONTINUAR EL ANÁLISIS HASTA NUESTROS DÍAS

4.1 La posible relación del nivel asistencial con el régimen de asistencia social del propio Sistema

Conforme iba leyendo toda la obra de Manuel Ramón me cuestionaba por qué el legislador había denominado así al nivel asistencial de protección por desempleo. Y se me ocurría que, quizás, trataba de desarrollar la asistencia social a que se re-

⁸ “Política de empleo y protección por desempleo”, *op. cit.*, pp. 332-334.

fería la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963 y que, posteriormente, quedó plasmada de forma no idéntica en los arts. 55-56 LGSS (94), actuales 64-65 LGSS. Después comprobé que esta idea la había ya puesto yo por escrito y que, en efecto, en esa Ley de Bases se mencionaba un Régimen complementario de asistencia social destinado a “paliar o eliminar los estados de necesidad en que pudieran incidir las personas incluidas en el campo de aplicación de la Ley cuando no se acredite el derecho a las prestaciones o se haya agotado el tiempo máximo previsto para su disfrute, incluidas las prórrogas, o resulten insuficientes para la satisfacción de las necesidades que las determinen”; y que la Base 16ª citaba como posibles ayudas de este tipo “los subsidios de cuantía fija a quienes, agotados los plazos de percepción de prestaciones, en caso de desempleo, continúen en paro forzoso, siempre que carezcan de bienes y de rentas”⁹.

Lo cierto es que la existencia de este régimen complementario de asistencia social nunca convenció a Alarcón Caracuel por el motivo principal de que las prestaciones no se concebían como verdaderos derechos subjetivos, ya que tenían carácter discrecional y estaban condicionadas a que el fondo previsto para su atención no se agotara. Él aspiraba a más: a una atención de la situación de pobreza más evolucionada y más digna, si se le puede atribuir este calificativo; de ahí que, para él, una asistencia social con estos caracteres era inadecuada en un Sistema de Seguridad Social moderno.

Pese a ello, y teniendo en cuenta que la Ley creadora de los dos niveles es de 1984, parece clara la influencia de aquella espuria asistencia social en el planteamiento y la denominación utilizada por el legislador de los ochenta.

4.2 De la especial atención a los desempleados mayores de 45 años a los programas de emergencia social, pasando por el plan 2009 y la racionalización de 2012

No resulta fácil sintetizar lo que sucede en materia de protección por desempleo desde que el maestro escribe su última aportación hasta la fecha. Y ello porque, aunque el desempleo siempre estaba ahí como problema permanente, se pasa de una situación que podemos considerar “relativamente controlada” a otra en la que el legislador –y particularmente el Gobierno en función legisladora mediante el Real Decreto ley- se va a ver desbordado ante la magnitud de la destrucción de empleos.

⁹ Cfr. mi “Comentario al art. 56” en VVAA (Alarcón Caracuel, M. R., dtor., y Rodríguez-Ramos Velasco, P. T., coordra.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Edit. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2003, pp. 344-346.

Así, inicialmente, trata de atender la situación del paro de larga duración de mayores de 45 años mediante una ayuda específica denominada “renta activa de inserción”, de carácter coyuntural pero estrechamente vinculada al Sistema de Seguridad Social, que manifiesta una clara y decidida política activa de empleo dirigida hacia este colectivo, lo que da lugar a unos reglamentos ciertamente enrevesados y complejos, en parte por la necesaria participación de las Comunidades Autónomas con competencias de gestión en dicha materia.

Más tarde, una vez que la crisis económica hace su aparición, tiene que dar respuesta al trabajador, de cualquier edad, que se queda sin ningún tipo de protección frente al desempleo, concediendo exiguas ayudas de corta duración, acompañadas de medidas de inserción laboral, pero muy coyunturales, ya que no buscan mantener la protección de los mismos beneficiarios –éstos van cambiando- y que exigen una prórroga prácticamente bianual por parte del Gobierno. Es ésta una situación de emergencia social procedente, como es sabido, de la tremenda crisis económica y la subsiguiente elevadísima tasa de paro a raíz del hundimiento del sector de la construcción y los demás que a éste se vinculan. De este modo, los sucesivos Gobiernos socialista y popular han de acometer la delicada tarea de conjugar déficit y protección, optando por soluciones que no son estables y que no se incorporan al Sistema de Seguridad Social. Se esperaba la mejoría pero no se sabía cuándo se produciría. Se rechazaba el compromiso a largo plazo, y de ahí la escasa duración de las medidas contenidas en las normas, si bien, analizada la cuestión a posteriori, se concluye que se podría haber dado entrada a estas medidas en la LGSS, dada la prolongada extensión de la emergencia.

4.2.1 La protección por desempleo de los trabajadores mayores de 45 años inscritos en la Oficina de Empleo durante 12 meses

En 2000 se pone en marcha la renta activa de inserción: era un tiempo de bonanza y se busca la reincorporación al mercado de trabajo de los desempleados mayores de 45 años que llevaran un año de demanda de empleo. Ya las Comunidades Autónomas venían ofreciendo, fundamentalmente para trabajadores jóvenes que no habían podido incorporarse aún al mercado de trabajo, los denominados salarios sociales, rentas mínimas de inserción, ingresos mínimos, etc. El Estado dirige en cambio su atención a los trabajadores maduros y lo hace organizando un sistema de asesoramiento y orientación, en unión con las Comunidades Autónomas, que busca reincorporarlos al mercado de trabajo, proporcionándoles la formación precisa para desempeñar los trabajos requeridos. Pese a su complejidad de tramitación, hay que reconocer el mérito de esta iniciativa. Junto al requisito de edad indicado, es preciso que el beneficiario no pueda ya acudir a ninguna prestación por desempleo de los dos niveles: contributivo y asistencial; lo que significa, a la vez, que, salvo casos muy excepcionales, habrá debido pasar por alguno de ellos. No estamos, pese a que el uso del término

“parado” en lugar de “desempleado” pudiera llevar a otra conclusión, ante una prestación no contributiva por paro.

Esta renta activa de inserción alcanzará una cuantía, en una primera etapa, del 75 % SMI mensual y, más tarde, del 80 % IPREM mensual; su duración también se irá modificando, elevándose desde los 6 a los 11 meses, y será incompatible con el trabajo a tiempo completo, por cuenta ajena o propia, pero con posibilidad de suspensión por desempeño de trabajo o actividad por un tiempo máximo de seis meses. La renta estatal resulta compatible con las rentas mínimas autonómicas, siempre y cuando no se supere el límite de rentas legalmente establecido; además, estará dirigida a quienes tienen responsabilidades familiares. Su disfrute está limitado: quienes hayan participado en el programa de esta renta en tres ocasiones no pueden volver a ser beneficiarios del mismo.

El legislador la considera incluida en “la acción protectora por desempleo del régimen público de Seguridad Social..., si bien con carácter específico y diferenciado del nivel contributivo y asistencial”¹⁰. No resulta fácil su calificación: a ella pueden llegar quienes han estado protegidos en alguno de los dos niveles, en ambos, e, incluso, quien no hubiera pasado por ellos por la brevedad del empleo realizado, exigiéndose en este caso mayor tiempo de espera demandando empleo. En la lógica del legislador podría hablarse de un “tercer nivel”, complementario al contributivo y asistencial, pero su carácter externo al Título III, en cuanto regulado en reglamento esencialmente autónomo, impide que alcance tal rango. Por otro lado, se asemeja a una ayuda de asistencia social del Estado; reúne dos de los rasgos propios de la asistencia social externa al Sistema, en el sentido propugnado por la STC 239/2002¹¹ -exigencia de una situación de necesidad demostrada y su carácter coyuntural (pese a su renovación anual)-, pero le falta el principal: la no necesidad de vinculación (afiliación, alta) del beneficiario de la renta al Sistema; en la gran mayoría de los casos esa relación jurídica, aunque haya transcurrido tiempo, se exige. Sería más bien un caso de la *sui generis* asistencia social *ex arts.* 64-65 LGSS, actuando con carácter complementario a todo el Título III.

A partir del RD 1369/2006¹², la renta activa de inserción se establece con carácter permanente, sin precisar de nuevas prórrogas, pero sin resultar incorporada al propio articulado de la LGSS.

¹⁰ E. de Motivos, pfo. 5º RD 781/2001, 6-7, por el que se regula un programa para el año 2001 de renta activa de inserción para trabajadores desempleados de larga duración mayores de cuarenta y cinco años (BOE núm. 162, 7-7-2001).

¹¹ 11-12, FJ 8º.

¹² 24-11, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo; v. E. de Motivos, pfo. 6º.

4.2.2 Primera reacción frente a la crisis y la racionalización de 2012

En 2009, y con alcance limitado a ese año, el Gobierno socialista trata de reaccionar frente al desempleo derivado de la crisis de dos maneras: procurando frenar los despidos colectivos, reponiendo la prestación contributiva por desempleo a los trabajadores que, tras haber tenido su contrato en suspenso o con jornada reducida, terminen con el contrato extinto tras ser incluidos en un expediente de regulación de empleo, y eliminando el mes de espera para poder ser beneficiario del subsidio del nivel asistencial. Al mismo tiempo se incentiva la contratación indefinida de trabajadores beneficiarios de las prestaciones por desempleo¹³. Junto a estas medidas, se pone en marcha el programa temporal de protección por desempleo e inserción, del que trataré en el apartado siguiente.

La otra reacción, tres años después, será enfocada directamente a la reducción del gasto corriente en desempleo y será obra del Gobierno popular en 2012. Cabe calificarla de fuerte retroceso en el alcance de la protección de esta contingencia. Desconozco hasta qué punto lo que avecinaba el futuro obligó al Gobierno a su adopción, en pro del sostenimiento del Sistema. De lo que no tengo duda es de que si el Profesor Alarcón Caracuel hubiera dejado por escrito sus impresiones tras la lectura de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 20/2012¹⁴, habría dirigido una dura crítica al legislador por tratar de presentar como “racionalización” (de razón, lógica, luego normalmente algo que se recibe bien por el oyente o lector) lo que no es más que un endurecimiento para obtener la prestación por desempleo y un recorte en su contenido. Parece que le estoy escuchando leyendo los cinco “grandes objetivos” que el legislador señalaba para las medidas correspondientes al ámbito de empleo: “... Y por último, racionalizar el sistema de prestaciones en su totalidad dotándolo de una mayor coherencia interna que asegure su equidad”; y diciendo algo así como: “Bueno, pues vamos a ver qué entiende el legislador por racionalizar, por mayor coherencia interna y por asegurar la equidad: primero, disminuye el porcentaje aplicable a la base reguladora a partir del séptimo mes (día 181º y ss.) en un 10 %: del 60 % al 50 %; segundo, elimina la contribución a la Seguridad Social por parte de la entidad gestora de parte de la cotización que le corresponde al trabajador en situación de desempleo; tercero, elimina el subsidio especial para mayores de 45 años (que él denominaba subsidio para parados de larga duración),...etc.”¹⁵.

¹³ Real Decreto-ley 2/2009, 6-3, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas (BOE núm. 57, 7-3-2009).

¹⁴ 13-7, de medidas para garantizar la estabilidad y de fomento de la competitividad (BOE núm. 168, 14-7-2012).

¹⁵ Cfr. Exposición de Motivos, apartado III.

Ciertamente, desde su aparición en la LGSS, la disminución y el recorte han sido características que han acompañado a esta prestación, al igual que ha sucedido con la mayoría de las que componen la acción protectora del Sistema. Merece la pena destacar, con anterioridad a esta intensa actuación de 2012, el descuento de la retribución por horas extraordinarias de la base reguladora de la prestación contributiva, con lo que la cuantía final disminuía, pero no viceversa respecto de la base de cotización al desempleo¹⁶, o el cambio del salario mínimo interprofesional, como factor de referencia para determinar los topes máximos y mínimos de la prestación contributiva o el importe del subsidio asistencial, por el indicador público de renta de efectos múltiples, sustancialmente inferior¹⁷. Como contrapunto, hemos asistido a una mejora de la acción protectora en sus diversas prestaciones del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y de otros colectivos de Regímenes Especiales (empleados/as de hogar, trabajadores agrarios), al integrarse en los dos Regímenes “fuertes” del Sistema: General y Autónomos.

4.2.3 Los Programas Prodi, Prepara y Pae como mecanismos para evitar la exclusión social

La extrema dificultad de encontrar un nuevo empleo durante la crisis obliga a crear una ayuda que auxilie a quienes agotan su última prestación o subsidio. De este modo, el Gobierno socialista opta por poner en marcha en 2009 el programa temporal de protección por desempleo e inserción (Prodi)¹⁸, que será el inicio de una serie de prestaciones de emergencia social para quienes, careciendo de rentas, no puedan optar a ningún otro subsidio, incluyendo los salarios sociales o rentas mínimas de las Comunidades Autónomas. Aunque la norma de creación no hace una referencia expresa a la renta activa de inserción, ha de pensarse en su incompatibilidad con la prestación extraordinaria que ahora se crea.

Esta prestación comienza dirigiéndose a los desempleados que agoten la protección por desempleo entre el 16 de agosto de 2009 y el 15 de febrero de 2010¹⁹, siendo prorrogada por normativa *ad casum* hasta hoy día; en una primera fase, bajo la denominación de Plan Prodi²⁰, después como Plan Prepara²¹ y, a partir de 2014, como Plan Pae²². Es la conocida, coloquialmente, como ayuda “de los 400 euros”.

¹⁶ Reforma del art. 211.1 LGSS (1994) por DA 18ª Ley 66/1997, 30-12, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE núm. 313, 31-12-1997).

¹⁷ Reforma de los arts. 211.3 y 217, apartados 1 y 2, por DF 1ª RD-Ley 3/2004, 25-6, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía (BOE núm. 154, 26-6-2004).

¹⁸ Real Decreto-ley 10/2009, 13-8, por el que se regula el programa temporal de protección por desempleo e inserción (BOE núm. 197, 15-8-2009); más tarde convertido en Ley 14/2009, 11-11, de idéntico nombre (BOE núm. 273, 12-11-2009).

¹⁹ Art. 1.2 RD-ley 10/2009.

Aunque irá experimentando algunos cambios que impiden poder caracterizarla de modo cerrado, desde una visión global de los tres programas en su conjunto, los rasgos más destacados que la diferencian de la renta activa de inserción, pueden ser éstos:

- a) Se dirige a desempleados de cualquier edad;
- b) se exigen responsabilidades familiares;
- c) su duración es de 180 días;
- d) no se cotiza a la Seguridad Social durante su percepción; y
- e) sólo se puede percibir en una ocasión, lo que se logra vinculando el momento de agotamiento de la protección ordinaria por desempleo a un periodo temporal concreto.

Es cierto que, por periodos de tiempo, se aproxima más o menos a la renta activa en sus caracteres; y que los señalados como rasgos básicos se modulan. De este modo:

a) Si bien, como se acaba de decir, no hay un requisito de edad –salvo el tope de los 65 años- y se exigen responsabilidades familiares, las primeras prestaciones no exigen dichas cargas y, si lo hacen, las circunscriben a beneficiarios de entre 30 y 45 años de edad; y

b) aunque la cuantía inicial asciende al 80 % IPREM mensual, posteriormente pasa por un periodo en que disminuye al 75 % IPREM mensual, y por otro en donde, manteniendo esta última cuantía con carácter ordinario, se eleva al 85 % IPREM mensual si el beneficiario tiene tres o más personas a su cargo.

Por otro lado, el cambio de programa exige siempre nuevos beneficiarios, lo que confirma que es una ayuda puntual y que no busca la continuidad de la protección de los antiguos beneficiarios.

²⁰ RD 133/2010, 12-12 (BOE núm. 41, 16-2-10) y RD-ley 12/2010, 20-8 (BOE núm. 204, 23-8-10).

²¹ RD-ley 1/2011, 11-2, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas (BOE núm. 37, 12-12-11); art. 6 RD-ley 10/2011, 26-8, 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 prestación por desempleo (BOE núm. 208, 30-8-11); DA 13ª RD-ley 20/2011, 30-12, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público (BOE núm. 315, 31-12-11); RD-ley 23/2012, 24-8 (BOE núm. 204, 25-8-12); RD-ley 1/2013, 25-1 (BOE núm. 23, 26-1-13); Res. 1-8-2013 SEPE (BOE núm. 196, 16-8-13); Res. 30-7-2014 SEPE (BOE núm. 193, 9-8-14); Res. 13-2-2015 SEPE (BOE núm. 45, 21-2-15); Res. 30-7-2015 SEPE (BOE núm. 194, 14-8-15); y Res. 9-2-2016 SEPE (BOE núm. 39, 15-2-16).

²² Real Decreto-ley 16/2014, 19-12, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo (BOE núm. 307, 20-12-14). La denominación Plan “Pae” es mía.

En 2012 se establece un periodo de inscripción como demandante de empleo de, como mínimo, doce meses en los últimos dieciocho meses. Además, se establece de manera explícita la obligación de aceptación de una oferta de empleo adecuada y el deber de comunicar, en su caso, “que se han dejado de reunir los requisitos necesarios para acceder al programa”²³.

A partir de 2013, la prórroga de la prestación –y de las medidas de inserción del beneficiario en el mercado de trabajo, que la acompañan– se hace automática, lo que permite que sea suficiente una Resolución del Servicio Público de Empleo Estatal para darle continuidad.

Actualmente nos encontramos bajo el Programa de Activación para el Empleo, que, manteniendo algunos rasgos clásicos ya conocidos de la prestación extraordinaria, añade ahora el de un periodo de espera de seis meses desde el agotamiento de la renta activa de inserción, el programa Prodi o el plan Prepara. De manera novedosa, no se exige el agotamiento de la protección por desempleo en un periodo temporal concreto, simplemente carecer del derecho a la misma, en su dos niveles, y a la renta activa de inserción; pero sí se asegura la temporalidad mediante el establecimiento de un plazo concreto de solicitud de incorporación al mismo: del 15 de enero de 2015 al 15 de abril de 2016. Se establece la incompatibilidad con la “percepción de cualquier tipo de rentas mínimas, salarios sociales o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las Administraciones Públicas”. La ayuda económica de acompañamiento asciende al 80 % IPREM mensual, sin incremento por cargas familiares. Su duración se mantiene en seis meses. También es novedad su compatibilidad con el trabajo por cuenta ajena hasta un máximo de cinco meses, si bien en este caso la ayuda económica se descuenta del salario que abone la empresa.

La norma que regula este último programa no prevé la prórroga automática del mismo, por lo que será preciso, si se decide su continuidad, la intervención del Gobierno mediante un Real Decreto-ley o la aprobación de una ley por el Parlamento. Por último, conviene observar que este Programa ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno Vasco y que el Tribunal Constitucional lo ha admitido a trámite por providencia de 28 de abril de 2015²⁴.

²³ Art. único, apartados 2.a) y 8 RD-ley 23/2012, respectivamente.

²⁴ Recurso de inconstitucionalidad nº 1571-2015 (BOE núm. 103, 30-4-15).

NOTAS IMPERTINENTES SOBRE LA CONCURRENCIA DE LA RESPONSABILIDAD LABORAL Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA DE ACCIDENTES DE TRABAJO

ÁNGEL M. LÓPEZ LÓPEZ
Catedrático Emérito de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

ÍNDICE

1. SOBRE EL ALCANCE Y LA IMPERTINENCIA DE ESTAS NOTAS
2. EL PROBLEMA EN SUS TRAZOS GENERALES
3. “EN EL PRINCIPIO FUE LA JURISDICCIÓN”
4. PENOSOS OLVIDOS DE LA TÉCNICA: LA ESTRUCTURA DEL JUICIO DE RESPONSABILIDAD. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL CIVIL Y LABORAL. LA ABERRACIÓN DE LA SUSTANTIVIDAD DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO
5. PENOSOS OLVIDOS DE LA HISTORIA. EL ARCO HISTÓRICO DE LA RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTES DE TRABAJO: LA HUIDA DEFINITIVA DE LOS ACCIDENTES DE TRABAJO DE LOS ESQUEMAS PRIVATÍSTICOS
6. CONCLUSIÓN. LA CONCURRENCIA ENTRE AMBAS RESPONSABILIDADES ES IMPOSIBLE. ABSOLUTA INCOMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CIVIL EN ASUNTOS DE RESPONSABILIDAD DERIVADOS DE ACCIDENTE. LA LLAMADA RESPONSABILIDAD ADICIONAL NO EXISTE. SOLUCIÓN: MÁS PROTECCIÓN PÚBLICA Y MENOS “JUSTICIA DEL CADÍ”

A la memoria de Manuel Ramón, con el alegre recuerdo de aquellas noches de estudio en la calle Carlos Cañal, y de tantos otros afanes compartidos en la amistad de medio siglo

1. SOBRE EL ALCANCE Y LA IMPERTINENCIA DE ESTAS NOTAS

Estas notas tienen un alcance limitado, conectado con su carácter impertinente: poner de relieve que el problema no debería haber surgido nunca en un estadio maduro de la regulación de los accidentes de trabajo, por dos razones que desarrollaré más adelante.

La primera, el penoso olvido de la técnica jurídica. Esta no es un cachivache inútil, en la medida en que es premisa de una racional solución de los conflictos, y no debe permitir recurrir a argumentos que enturbian el sistema en su conjunto, por más que se hagan en nombre de una supuesta equidad, garantía, protección de los trabajadores. Hay que decir, que en contra de lo que suele pensarse, o al menos el tópico quiere, esta deficiencia es, al menos en este caso, más propia de la jurisprudencia y la doctrina civil que de la laboral.

La segunda es un penoso olvido de la historia. Esta se ha movido en dos direcciones: la huida definitiva de la regulación de los esquemas privatísticos, ciertamente predicada por la doctrina y la jurisprudencia laboralista, pero con algo de inconsecuencia, haciéndose cómplice de los civilistas (sobre todo, de los del orden jurisdiccional) en algo totalmente inexacto, y es que el sistema de responsabilidad aquiliana es una suerte de régimen común que se puede superponer a todos los demás y completarlos, en tanto en cuanto llamados a ser, no se sabe muy bien por qué, especiales. Pero este carácter común de la responsabilidad por el *damnum culpa et iniuria datum* pereció tiempo ha. Me temo que un cierto “buenismo” (nada que ver con los precisos confines de la regla *pro operario*) de los laboristas y el “imperialismo” de los civilistas (nada que ver con el hecho de que el Derecho civil por razones históricas atesore técnicas útiles más allá de sí mismo) se han dado de la mano en este asunto. Como vivimos en una plácida comunidad (?) científica, en la que la regla es no molestar, es obvio que mi manera de decir resultará impertinente. Pero yo no deseo causar enojo, sino argumentar con impertinencia¹ para buscar la pertinencia² del tema.

¹ DRAE, 1º acepción de la cualidad de impertinente

² DRAE, 2º acepción de la cualidad de pertinente

2. El problema en sus trazos generales

Este puede ser presentado sumariamente, y así se ha hecho, como el que deriva de un único supuesto de hecho y dos regímenes jurídicos. En efecto las lesiones derivadas de un accidente de trabajo son tenidas en cuenta por un lado por el artículo 115 LGSS, y por otra por el artículo 1902 del CC, dualidad de títulos legales que da lugar a dos problemas: el primero, relativo al reparto jurisdiccional del asunto, y el segundo, ya veremos que relacionado con el anterior, la compatibilidad de las indemnizaciones en aplicación de la legislación laboral por razón del accidente con la compatibilidad, total o parcial, de las que se deriven de la consideración del accidente como un ilícito civil fundado en la culpa³. Hoy en día, hay que considerar superado, hasta cierto punto, el debate sobre el reparto jurisdiccional, una vez que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha decidido aquietarse con lo resuelto por la Sala de Conflictos, y que en sustancia coincide con los criterios de la Sala de lo Social.

No obstante, no lo está el debate sobre la compatibilidad de las indemnizaciones, que por una curiosa trasmutación se traduce, contra toda razón técnica y toda historia, en una compatibilidad limitada de jurisdicciones. ¿Por qué hablo de compatibilidad limitada de jurisdicciones, tropo jurídico, en verdad, bien extraño? Por la sencilla razón de que el resultado final ha venido ser el que sigue: la competencia para reclamar la indemnización por accidentes de trabajo, basada en la infracción de normas laborales, es propia de la jurisdicción social, mientras que una responsabilidad adicional cuando medie culpa (obviamente, incluyendo al dolo) puede exigirse ante la jurisdicción civil, por la razón de que la normativa laboral no cubre totalmente el daño⁴. Para llegar a este resultado se ha de partir de la indi-

³ *Ad rem*, LUQUE, GOMEZ Y RUIZ, "Accidentes de trabajo y responsabilidad civil", *Indret*, 2000 (1). Escojo esta cita por su claridad de presentación de problema, aunque la literatura sobre él es amplísima.

⁴ "...no puede considerarse del todo satisfactoria una solución estrictamente formalista que atienda sobre todo a la norma invocada por la parte actora. Pero tal solución no es sino manifestación de un problema de mayor calado consistente en que la normativa laboral no conduzca por sí sola a la reparación íntegra del daño ni siquiera cuando se aplica el recargo de prestaciones por infracción de normas de seguridad (art. 123 LGSS [RCL 1994, 1825], correlativo al art. 93 del TR de 1974), esto es por culpa del empresario, recargo también tasado y cuya naturaleza jurídica (sancionadora o reparadora) es objeto asimismo de una viva polémica. De ahí que, siendo hoy patente en nuestro ordenamiento jurídico la superación del principio de inmunidad del empresario y de los límites de la reparación, esenciales en su día al configurarse inicialmente la cobertura de los accidentes de trabajo en la Ley de 30 de enero de 1900 como una responsabilidad objetiva por riesgo empresarial, resulte aconsejable, dada la compatibilidad entre las indemnizaciones fundadas en la responsabilidad civil del empresario y las prestaciones de la Seguridad Social originadas por el mismo supuesto de hecho (art. 127.3 del actual TR LGSS y art. 97-3 del TR vigente al tiempo de ocurrir los hechos), mantener, en garantía del principio de reparación íntegra del daño, la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de la posible culpa del empresario fundada en los arts. 1902 y 1903 CC". (STS de 10 octubre 2001, F.J 3º, paradigmática en la materia).

cada curiosa trasmutación jurídica: la *causa de pedir contractual* derivada de las normas laborales sobre accidentes de trabajo, *se convierte en causa de pedir extracontractual* ante la jurisdicción civil, por más que los hechos sean los mismos. Y a esto nada empee que las propias normas de LGSS impongan acrecimientos del monto indemnizatorio por razones culpabilistas. Las razón de la dualidad de reparaciones se ven en que la indemnización “laboral” es insuficiente por componerse de partidas tasadas, y en que no está ligadas a la reprochabilidad de la conducta del empresario.

Una muy autorizada doctrina laboral⁵ teoriza incluso la procedencia de esa responsabilidad “adicional”, como indemnización de carácter punitivo, por supuesto que extracontractual, confesando paladinamente que de no ser así la competencia no podría ser nunca de la jurisdicción civil, y apuntando que siempre se ha de tener en cuenta si la culpa ya se entienden compensada por el recargo del artículo 123 LGSS; por lo cual esta responsabilidad adicional ha de limitarse a la presencia del dolo o culpa muy grave, razonamiento que carece de todo fundamento, dictado por la necesidad de cuadrar una solución de viabilidad de la responsabilidad adicional que se sabe imposible si no se adopta este expediente. Razonamiento carente de fundamento, pero al que va dada alabanza, porque es de quien sabe que todos los otros al uso implican graves contradicciones: casual no es que al autor no se le pueda discutir, sin grave falta a la verdad, que conozca perfectamente tanto la técnica de la responsabilidad como la historia de la legislación sobre accidentes de trabajo.

De la atribución a la jurisdicción social de la que llamaremos, sin ningún rigor, “responsabilidad principal” y de la atribución a la jurisdicción civil de la llamada, también sin rigor, “responsabilidad adicional” se ha seguido la consecuencia de la técnica de deducción de indemnizaciones. Esta consecuencia no es sino una rendición, tal vez inconsciente, pero en toda regla, de la jurisdicción social a una idea perversa histórica y técnicamente: la de que el sistema del artículo 1902 es una suerte de régimen general común; y es rendición que determina no llevar hasta el final la plenitud de su jurisdicción⁶

⁵ ALONSO GARCIA- SUAREZ FERNÁNDEZ, Derecho de la Seguridad Social, 2002. págs. 90–93

⁶ Sobre todas estas cuestiones, con extraordinaria amplitud de miras y habitual agudeza, GOMEZ LIGÜERRE, “Responsabilidad civil y responsabilidad laboral derivadas de una misma contingencia profesional. De nuevo sobre la jurisdicción competente. El caso Uralita”. *Indret*, 2016 (1), págs. 1-38

3. “En el principio fue la jurisdicción”

A mi modo de ver, toda la disputa sobre la cuestión, fue en el principio una disputa entre los órdenes jurisdiccionales laboral y civil⁷. *Nihil novum sub sole*: pese a que nuestra mentalidad de *civil lawyers* nos haga creer que lo primero es el régimen sustantivo, y después la creación de la jurisdicción⁸, nuestra historia está repleta de ejemplo contrarios, de lo mercantil, a lo laboral, a lo administrativo. Sería harto dudoso que sin estas especializaciones jurisdiccionales (*lato sensu*, incluyendo órganos judiciales, administrativos y convencionales de resolución de disputas en esos ámbitos), ni determinadas ramas del Derecho hubieran alcanzado la madurez que portan hoy, y entre ellas el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social⁹.

Ahora bien, la pervivencia de órdenes jurisdiccionales¹⁰ distintos en materia de bien asentada tradición doctrinal, jurisprudencial y normativa, provoca fenómenos perversos en cuestiones que, por su índole, puedan ser conocidas por uno u otro, provocando el penoso “peregrinaje de jurisdicciones”, irritante e injusto para el que demanda justicia. Digo esto, porque el desdoblamiento en jurisdicción social y jurisdicción civil para relaciones *inter privados*, está en el origen del problema que tratamos, hasta tal punto que si no hubiera existido la dualidad jurisdiccional sencillamente no se habría planteado. Claro que también, aun con la dualidad, tampoco se debería haber planteado. Pero para ello hubieran hecho falta menos “patriotismo”¹¹ de los órdenes jurisdiccionales¹², una precisa técnica del juicio de responsabilidad, penosamente olvidada, omitida o desconocida, una con-

⁷ Amplio recorrido por las vicisitudes de esa disputa en SANFULGENCIO FUTIERREZ, “La responsabilidad civil empresarial por los daños y perjuicios derivados de accidentes de trabajo: una aproximación a los criterios judiciales imperantes y reflexiones en pro de una urgente reforma procedimental”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2004 (53) págs. 327-355.

⁸ Dicho modo de ver las cosas es inaceptable en la cultura de los *common lawyers*, acostumbrados a vivir con la cardinal y pragmática regla *remedies precede rights*, que por definición supone la preexistencia de la jurisdicción a la constitución de un corpus estable de remedios (es mala traducción, pero sacrificio a la expresividad la pureza de la equivalencia, por otro lado nada fácil de lograr, salvo construyendo un circunloquio) “sustantivos”. Sobre la regla citada, suficiente información en DE FRANCHIS, págs. Dizionario giuridico: inglese-italiano, Milano, 1984, precisamente *sub. voz Remedies precede rights*.

⁹ Dejo, como no puede ser de otra manera, a los especialistas el tema de la autonomía científica del Derecho de la Seguridad Social, absolutamente indiferente para el tema que trato. Visión nítida del tema mencionado en ALARCON CARACUEL y GONZALEZ ORTEGA, *Compendio de Derecho de la Seguridad Social*, Madrid, 1990, págs. 22-32.

¹⁰ En la experiencia del que escribe, es imposible explicar a un *common lawyer* que un orden jurisdiccional distinto al civil y al penal no es una jurisdicción especial. Obviamente, no es este el lugar para ni siquiera iniciar un debate sobre tal punto, a mi modo de ver necesario, por muchísimas razones.

¹¹ En realidad, autoafirmación de raíces jurídico-culturales mal entendidas.

¹² Empezando por una adecuada interpretación del artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el verdadero significado de la atribución residual a la jurisdicción civil.

ciencia histórica real de lo que significó la regulación fuera del Código de las relaciones laborales y del papel actual del Código Civil (digo Código Civil y no Derecho Civil, y más adelante expondré por qué distingo), y una visión menos paternalista (¡aún!) de la regulación del trabajo subordinado, que camina en la misma dirección que un vago sentimiento de justicia y equidad social, cuya consecución se autoatribuyen los jueces, practicando una suerte de activismo a los que nadie los ha llamado.

En el fondo, detrás de todas estas cuestiones laten, más que rigurosos análisis del Ordenamiento, la diversa cultura de laboralistas y civilistas¹³, que por un lado les lleva a discrepar, y por otra parte a transigir.

4. PENOSOS OLVIDOS DE LA TÉCNICA: LA ESTRUCTURA DEL JUICIO DE RESPONSABILIDAD. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL CIVIL Y LABORAL. LA ABERRACIÓN DE LA SUSTANTIVIDAD DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO

Veamos en primer lugar el penoso olvido de la técnica, de la precisa técnica que gobierna, pese a la enorme casuística, la estructura del juicio de la responsabilidad por daños.

Hoy se tiene por técnicamente indiscutible que la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual no es un problema de criterios, sino de apreciación de los hechos. Si aceptamos que la responsabilidad extracontractual es la que surge cuando no hay relación jurídica previa entre agente dañoso y víctima, y la responsabilidad contractual es la que brota de vulneración de deberes de una relación jurídica bastaría constatar la existencia o no de dicha relación para saber si estamos ante una u otra figura

No pueden existir (y ello a pesar de la indicada identidad del evento dañoso) hechos que jurídicamente puedan pertenecer a un tipo u otro de responsabilidad. Basta con la simple presencia de una relación jurídica previa para que cualquier evento dañoso en su órbita genere responsabilidad contractual. Es imposible en nuestro

¹³ A mi modo de ver, aunque no sea la única razón, porque el primitivo florecimiento del Derecho del Trabajo en España se produjo en el entorno del Derecho Administrativo, aunque a decir verdad el retorno a técnicas privatísticas hace ya tiempo que se produjo. Estoy convencido de que, sin prescindir de las monumentales aportaciones de los primitivos grandes padres fundadores de la disciplina, ALONSO OLEA y ALONSO GARCIA, esta suerte de *grand tournant* se inició con rigor, marcando todo un método, en un estudio concreto, la obra de mi maestro RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO FERREER, Miguel, *El auxiliar asociado: aportación al estudio del subcontrato de trabajo*, Sevilla, 1960.

sistema, donde las obligaciones contractuales se integran siempre por las consecuencias derivadas de la buena fe, el uso o la ley (artículo 1258 del Código Civil), que lo que acontezca en la órbita de una relación jurídica no pertenezca a la misma, y en consecuencia, no esté sometido a su específico régimen de responsabilidad.

Conviene salir al paso de una tesis vagamente difusa que quiere ver en la distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual algo meramente convencional, y que convendría superar. Tal modo de ver las cosas es ciertamente superficial¹⁴.

En cuanto al problema llamado de la acumulación o concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual, en puridad el supuesto no se da desde un punto de vista de hecho¹⁵. Si esto es así ¿por qué se plantea esta cuestión? La razón es clara, y de índole práctica y consiste, como es bien fácil representarse, en que la distinción entre contractual y extracontractual del daño puede ser de imprecisos perfiles, generando “casos dudosos” y no se puede denegar una justa reparación

¹⁴ En efecto, aunque todo sistema jurídico es fruto de un conjunto de convenciones (en el caso del Derecho civil acuñadas durante largos siglos hasta devenir hechos de cultura), ello no nos autoriza para considerarlas artificiosas, bien que no pertenecientes a las ciencias de la naturaleza, tal cual es una obviedad poner de manifiesto. Es evidente que la *Law of Torts* es un producto digno de admiración, pero no menos evidente es su pertenencia a un ámbito cultural distinto (diríamos al otro gran ámbito cultural jurídicamente que es el de la *Common Law*) no permite importar sin más su solución de una figura unitaria para la responsabilidad civil.

Las razones de que ello no pueda ser así se explican fácilmente si se recorre el arco histórico de la responsabilidad por daños en el derecho continental. Hay que poner de relieve que de daño aquiliano, al menos en el sentido en que hoy lo entendemos se puede comenzar a hablar solamente con el advenimiento con la escuela del Derecho natural racionalista. En estos iusnaturalistas, en efecto, encontramos por primera vez la afirmación de que cualquier daño, derive de una obligación previamente asumida o no, debe ser resarcido, y no solo cuando lo dispongan específicas normas, sino cuando contrarían la ley natural que censura el dolo y la culpa. Hay un largo camino en el que desde las obras de DOMAT y POTHIER hasta la promulgación del Código Civil francés se produce una depuración entre delito y responsabilidad civil, que es la que llevará a la adquisición de la responsabilidad civil de su completa autonomía respecto a la tutela penalística, pero permaneciendo dentro del ámbito de lo socialmente reproable, por la presencia de la culpa, no de lo socialmente reproable debido a la violación de lo prometido.

Como brillantemente expuso ROTONDI, por cierto hace ya cerca de cien años, sobre estas matrices históricas está fundamentado el sistema, y no cabe frívolamente ni imitar modelos ajenos a nuestra tradición, ni olvidar la importancia de la dimensión cultural e histórica en las instituciones jurídicas. Para perspectiva más amplia de lo dicho, séame lícito enviar a mis Fundamentos de Derecho Civil: doctrinas generales y bases constitucionales, Valencia, 2011, págs. 406-411.

¹⁵ Muy justamente, y de forma ciertamente humorística lo ha puesto de manifiesto IZQUIERDO TOLSADA: hay responsabilidad extracontractual o contractual de manera absolutamente separada, del mismo modo que se es español o portugués, pero nadie puede ser portuñol.

El aserto de IZQUIERDO se ve con claridad, cuando se analizan los supuestos de concurrencia. El caso del pintor que pinta una habitación impecablemente, pero después al recoger los cubos se le cae

vinculando al demandante de manera definitiva y excluyente a las normas de uno de los tipos de responsabilidad¹⁶, y en consecuencia no se le puede negar que en un mismo proceso se ejerciten las dos pretensiones, siempre que lo sea de modo alternativo. Pero eso nunca significa que, desde el punto de vista sustancial, puedan concurrir: pueden, pero sólo desde el punto de vista procesal, y como pretensiones alternativas.

Una tradición, por cierto no solo española, ha determinado que el daño derivado de la comisión de un delito se regule en el Código penal¹⁷. De ello resulta un sistema ciertamente abigarrado y conflictivo, provocando problemas de coordinación no solo entre el Código Civil y el Código Penal, sino también en relación con la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El irracional resultado final, pero por muy irracional que resulte, consagrado por las normas, es que acaba habiendo significativas dife-

uno y daña el suelo no es un caso de responsabilidad extracontractual sino de vulneración de los deberes de diligencia en la prestación que se extenderían más allá de la realización material del servicio, como resulta por puro imperio del artículo 1258 del Código Civil. Otros ejemplos vienen referidos a daños causados a las personas o a las cosas en el curso de ejecución de contratos como el de transporte o el de depósito; pero en todos estos casos la alternativa es siempre la misma: o el daño acaeció con ocasión de la prestación y no como consecuencia de vulneración de los deberes derivados de esta, y entonces la responsabilidad es extracontractual, o sucedió justamente al revés, es decir como consecuencia de la vulneración de aquellos deberes y no de la ejecución de esta, y entonces la responsabilidad es contractual (Fundamentos, *cit.* pág.409).

¹⁶ Esto no es sino consecuencia de la distinción de la “pretensión en sentido procesal”, configurada como la suma de la *causa petendi* y el *petitum*, o por decirlo de otra forma, el relato histórico o relación de hechos que constituyen el soporte fáctico de la demanda, y la petición de declaración y condena, y de la “pretensión en sentido material”, que no sino otra cosa que la razón jurídica de pedir; (derecho subjetivo, facultad, interés legítimo, interés difuso)-

Añádase a esta diferenciación entre “pretensión en sentido procesal” y “pretensión en sentido material” antes indicada, la virtualidad del principio *iura novit curia* para comprender con facilidad que son solo razones de índole procesal para facilitar la reparación en supuestos dudosos lo que lleva a afirmar la posibilidad de la concurrencia de dos vías procesales; pero ello en manera alguna significa que un supuesto de hecho pueda ser al tiempo de responsabilidad contractual o de responsabilidad extracontractual. (Fundamentos, *cit.* pag.410)

¹⁷ Como nos ilustra LUIS DIEZ-PICAZO, recogiendo la opinión de GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBAN, al comentar el artículo 15 del Código Penal de 1848, estos autores indicaban que ello era una impropiedad y que el lugar donde debería estar regulada dicha responsabilidad era el Código Civil, pero que fueron razones de conveniencia que las normas estuvieran, por lo menos en el Código Penal puesto, que se pensaba (y se pensaba con certeza) en el retraso de la codificación civil en España. De todas formas, parecía prevalecer en la doctrina de la época que esta era materia civil y no penal y que solo razones de conveniencia y la regulación de algún supuesto, como el de la responsabilidad de los encubridores, eran motivos los que habían determinado que la regulación del daño derivado del delito estuviera en el Código Penal y no el Código Civil.

Sin embargo, la aparición del Código Civil, al establecer este en el artículo 1092 que las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal, (en contra de lo que cabía esperar), enturbió el claro pensamiento de que puesto que la responsabilidad civil aun en el caso de delito, no pretende sino resarcir y no es una consecuencia del desvalor de la acción que lleva al legislador a su tipificación como delito. Es obvio que una remisión del tipo de la indicada

rencias de régimen de un mismo hecho dañoso y sus consecuencias, cuando nada justifica que el juicio de desvalor del delito (que posee una autónoma retribución, la pena) se traslade al juicio de reparación de los daños de derivados del ilícito penal. Ello es aún más absurdo, cuando la acción civil *ex delicto* es ejercitada en juicio civil, por haberse hecho la expresa reserva.

Mediante el juicio de responsabilidad por daños, el coste de estos se transfiere del sujeto que lo ha sufrido al que lo ha ocasionado, poniendo a cargo de este una obligación resarcitoria de aquel daño; el responsable viene individualizado por uno de los “criterios normativos de imputación”.

Son dichos criterios el dolo, la culpa, y las hipótesis de responsabilidad objetiva (una concreta conducta., o la relación con una actividad, con una cosa, con otra persona) de aquel responsable. En suma, acaecido uno de dichos hechos, y concurriendo en él uno de los “criterios normativos”, si dicho hecho es el causante del daño, es decir si media una relación de causa a efecto entre uno y otro, estaremos ante un supuesto de responsabilidad por daños.

Tal juicio de responsabilidad está orientado a la consecución de tres finalidades posibles: la sanción, la disuasión, la reparación. La responsabilidad por daños pretende bien castigar la conducta lesiva del individuo que la ocasiona, bien disuadir individual y socialmente contra la reiteración de la misma, bien compensar la disminución del patrimonio o la ofensa a los atributos morales de un sujeto producidos por la lesión.

Ahora bien, como por definición toda reparación o compensación agravada o no, con o sin juicio de desvalor, cumple al tiempo una cierta finalidad indemnitaria

podría propiciar una visión de que la responsabilidad civil derivada de delito gozaba de una sustantividad propia, aunque los primeros comentaristas del Código no marcharon en esta dirección, sino en la idea de que sólo razones históricas, y algunos problemas concretos, eran los que determinaban la presencia de la regulación en el Código penal. Como queda indicado, pronto se empezó a pensar que debían existir profundas razones que justificaran las razones de las regulaciones diferenciadas y, más aún, diferentes tipos de acciones de naturaleza diversa, a lo que ayudó algún pronunciamiento no precisamente afortunado del Tribunal Supremo en la Sala Segunda.

Los procesalistas más modernos y a su cabeza uno de los más ilustres del siglo veinte español, GÓMEZ ORBANEJA, reaccionaron vigorosamente frente a la supuesta sustantividad de la acción civil *ex delicto*. La verdad es que se siguen sucediendo los Códigos Penales con un Código Civil vigente, y el legislador, pese a todo lo que se ha dicho, continua regulando la responsabilidad civil derivada de delito en los citados Códigos Penales. Como muy bien dice LUIS DIEZ PICAZO, si esto sigue siendo así y obedece solamente a razones de oportunidad, la tarea debe orientarse hacia una interpretación conjunta de todas las normas que regulan esta cuestión para intentar al menos la construcción de un régimen jurídico que sea unitario, aunque de modo parcial. Ello exige ver que divergencias reales y necesarias existen entre la regulación del Código Civil y la regulación del Código Penal como premisa de esa interpretación conjunta. Reenvío de nuevo a Fundamentos, *cit.*, pagos. 411-413.

y una cierta finalidad disuasoria, y por consecuencia, preventiva, los modelos puros posibles son solo dos: el modelo sancionatorio y el modelo reparatorio.

En el sistema del Derecho positivo con relación a estos modelos de responsabilidad civil, de un modo ciertamente esquemático, pero suficiente a nuestro objeto, las cosas vendrían a estar como sigue: el modelo sancionatorio sería el de la responsabilidad por culpa, el viejo modelo aquiliano del artículo 1902 del Código Civil; el modelo reparatorio sería el de la responsabilidad objetiva, con diferentes manifestaciones normativas: responsabilidad por riesgo, responsabilidad por hecho ajeno, responsabilidad por cosas, sustitución incluso de la idea de la responsabilidad por la idea de la garantía.

La culpa como título de imputación es la estructura íntima del artículo 1902 del Código Civil, que no es sino la traslación del artículo 1382 del Code Napoléon, uno de los cinco artículos del mismo vertebradores del sistema¹⁸. Ahora bien, y esto es dato decisivo, aunque tal título de imputación supone un juicio de reprochabilidad de la conducta del agente dañoso, nuestro ordenamiento no conoce los

¹⁸ Y que a un jurista tan próximo a la práctica y tan lejano de las ensañaciones dogmáticas como H. CAPITANT, le parecían “*écrits sur le roc*.” Ciertamente en ellos había confluído, como expone G. TUCCI, la gran tradición del iusnaturalismo racionalista, que había superado la vieja doctrina de Derecho común, y que hacía solamente responsable por daños a quien violara un mandato específico, estableciendo como ley natural el resarcimiento de quien causara un daño por dolo o por culpa. Desde ahí circuló este planteamiento, como habitualmente, a través de DOMAT y POTHIER (aunque para este, la responsabilidad por dolo pertenecía al ámbito de lo punible) hasta que concluye en la Codificación francesa de 1804. Pero, como egregiamente expone G. CAZZETTA, en la monumental y esencial monografía Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico, Milano, 1991, págs. 25-139, la culpa no es más que una de las reglas del equilibrio entre propietarios, único y verdadero objetivo de la institución de la responsabilidad en aquella formulación codificada.

La culpa es concepto en perfecta coincidencia con la armonía del sistema económico-liberal. La responsabilidad debe sólo disciplinar *desde el exterior* a derechos absolutos (vale decir la propiedad), porque *en el interior del ejercicio del derecho* no cabe inmiscuirse, precisamente por la soberanía propietaria: no hay temperamento alguno al principio *qui suo iure utitur neminem laedit*. De este modo, es congenial al sistema una exigencia exasperada y rigurosa de la culpa, cuyo estándar no es otro sino el de la culpa levísima, con la oportunidad añadida, más o menos artificial, de invocar el arquetipo del Derecho Romano (ROTONDI): *in lege Aquilia et levissima culpa venit*. En suma, el modelo de la tradición no ha partido de un estándar medio, de una diligencia *quam in suis*, de la naturaleza de la obligación, o del parámetro del *bonus paterfamilias*. Rigurosísima aplicación de la culpa, que en el fondo conducía casi a la negación de la misma, pues apenas dejaba hueco a la natural fragilidad humana. Tras lo expuesto, y dado que incluso en pronunciamientos jurisprudenciales muy recientes se habla de que la evolución jurisprudencial está presidida por el principio de tuición de las víctimas, que la culpa se presume, con la correspondiente inversión de la carga de la prueba y que se exige una previsión exquisita, preconizando soluciones cuasiobjetivas, ver en la responsabilidad civil una función preventivo-punitiva no es más que jugar con las palabras, dado que toda consecuencia desfavorable del que vulnera el Orden jurídico, en cuanto que preestablecida y afflictiva para el incumplidor, sería preventivo-punitiva.

Ahora bien, ello no debe llevarnos al olvido de que en el fondo del título de imputación está un

daños punitivos, sino sólo una extensión de las consecuencias dañosa a reparar que es más amplia cuando deriva de dolo o deriva de culpa, y ello en aplicación del artículo 1104 del Código civil, que está ubicado, como es conocido, en sede de teoría general de las obligaciones. Obsérvese que *la técnica no es agravar la reparación de unos daños, sino relajar las exigencias del nexo causalidad para reparar otros que no serían indemnizados con el solo título de imputación culpa*. Ahora bien, lo que de ninguna manera existe en nuestro ordenamiento son los daños punitivos, los *punitive damages* del mundo de la *common law*, puesto que son una pena privada decretada por el juez para castigar el desvalor de la conducta, y que tiene perfecta lógica en un sistema que no distingue entre responsabilidad contractual y extracontractual, por complejas razones históricas, y donde el principio de tipicidad penal, y en gran medida, el de legalidad, no existen de modo general, por raro que suene en nuestro mundo de BECCARIA.

En cambio, los más principales de lo que hemos llamado los “títulos normativos de imputación” en la responsabilidad objetiva, de acuerdo con la enunciada estructura general del juicio de responsabilidad serían:

a) el riesgo material propio de la actividad; pero tal responsabilidad por una actividad intrínsecamente peligrosa solo puede ser aceptada dentro de la lógica económica si su rentabilidad es superior al coste de las indemnizaciones que los daños ocasionados generarían, y poseen dichos riesgos las notas de previsibilidad objetiva, en términos estadísticos suficientemente fiables, y de ahí, su asegurabilidad, con criterios de rentabilidad del seguro;

b) un segundo tipo de construcción de un específico título normativo de imputación de responsabilidad objetiva puede responder a la dificultad de imputación subjetiva culposa: es el problema de la cadena secuencial de posibles autores de un daño, que se manifiesta en un resultado final, del que resulta prácticamente imposible, o cuando menos muy difícil, deducir un juicio de “culpabilidad” para alguno, algunos o todos aquellos potenciales agentes dañosos (tipo ejemplar de este “título de imputación normativa es el que inspira la responsabilidad por productos defectuosos, de difusión en serie, y a lo largo de un proceso complejo, donde la ideación, la fabricación, y la distribución de los mismos pertenece a sujetos distintos.);

juicio de reprochabilidad, aunque sea mínimo, y acomodado más a la reparación que a la mera imputación subjetiva. G. CAZZETTA nos pone de relieve que la culpa es el centro de todo el sistema, por más que se desenvuelva en un mecanismo continuo de afirmarse y negarse a sí misma. Pero en cualquier caso, un mínimo juicio de reprochabilidad se exige, diríamos con terminología penal, un juicio de desvalor de la acción, desvalor que se embebe en la culpabilidad, y que absorbe todo juicio de desvalor del resultado. Para mayor amplitud del argumento, Fundamentos, *cit.* págs. 421.439.

c) y finalmente, cabe que la responsabilidad objetiva sea consecuencia de la persecución de un aseguramiento social del daño; se quiere decir con ello que la sociedad toma a su cargo, con recursos económicos para el pago de las indemnizaciones socialmente alimentados con muy diversas fórmulas, la reparación de todo daño, o de todos los daños de una actividad determinada; por definición ello veta hacer juicios de “culpabilidad”. Interesa resaltar, empero, que una responsabilidad objetiva cuyo fundamento es el aseguramiento social del daño, en los términos que quedan descritos, es algo que huye no de la responsabilidad “subjetiva”, sino más bien *tout court* de cualquier mecanismo que en puridad de Derecho podemos llamar de responsabilidad. En estos casos, parece más bien que el Derecho de la Previsión Social se ha subrogado en el papel del Derecho Civil.

5. PENOSOS OLVIDOS DE LA HISTORIA. EL ARCO HISTÓRICO DE LA RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTES DE TRABAJO: LA HUIDA DEFINITIVA DE LOS ACCIDENTES DE TRABAJO DE LOS ESQUEMAS PRIVATÍSTICOS

Y vayamos a la historia, que también penosamente se olvida. Toda la de la regulación de los accidentes de trabajo es la de la definitiva huida del Derecho común de sello civilístico.

Los debates políticos y doctrinales desde los primeros inicios se movieron siempre alrededor de uno de estos tres planteamientos: 1) el Código dispone de potencia necesaria para ser interpretado de manera que a través de la teoría del riesgo empresarial y de la inversión de la carga de la prueba sea suficiente para afrontar la nueva realidad de los accidentes de trabajo¹⁹ 2) no es posible la operación anterior, y los accidentes de trabajo necesitan de una regulación *ad hoc*, pero desde el punto de vista jurídico atenta a los principios civilísticos de la responsabilidad, que forman parte de la arquitectura esencial del ordenamiento, y en consecuencia, dicha regulación tendrá las características propias del Derecho excepcional²⁰ 3) la nueva normativa forma parte de un mundo jurídico que está naciendo, de acuerdo con nuevas realidades sociales, inasequibles a su tratamiento por los Códigos, y portan sus propios principios, que remodelan el Ordenamiento jurídico, y de ninguna forma puede ser considerada Derecho excepcional porque se aparte del Derecho común de cuño codificado²¹.

¹⁹ La técnica de soluciones que llama agudamente CAZZETTA “*responsabilità esasperata*”, Responsabilità aquiliana, cit, págs. 409-425

²⁰ En sentido técnico, tal como lo define D. Federico DE CASTRO, Derecho Civil de España, I. Madrid, 1949, págs. 102-103.

²¹ Arco histórico narrado egregiamente por CAZZETTA, para la experiencia italiana, (Responsabilità aquiliana, cit, págs. 425-469) en pero también útil para entender la española, según creemos. De-

Debe ponerse de relieve que en el curso del enfrentamiento de estas posiciones una cuestión esencial fue (se partiese de uno cualquiera de los dos primeros planteamientos), precisamente, que debía ser posible el recurso a la responsabilidad por culpa del esquema codificado, como protección adicional para el trabajador: los más acérrimos defensores de esta posibilidad, los socialistas de la época, bien lejos de estar llenos de simpatía por los Códigos civiles, carta magna de la burguesía²².

De lo anterior cabe deducir una consecuencia: el peso histórico de la tradición culpabilista ha determinado que un verdadero sistema de responsabilidad objetiva se encuentre solo en las leyes especiales, y se le quiere otorgar, consciente o inconscientemente, el carácter de sistema excepcional.

No obstante, esta visión es falsa: una cosa es que la dogmática de la responsabilidad se encuentre concentrada fundamentalmente en la responsabilidad por culpa, y otra que la responsabilidad objetiva responda a lo que técnicamente podríamos considerar excepcional, confundiendo la fecunda virtualidad de la doctrina civilística, con la virtualidad de las soluciones codificadas; antes bien, la responsabilidad objetiva surge como adecuada respuesta permanente a problemas que la imputación por culpa no podría resolver, y en algunas ocasiones, con fundamento en principios constitucionales, aunque sea de modo indirecto.

Si esto es aplicable a cualquier régimen de responsabilidad objetiva, alcanza su mayor intensidad en las que tienen su fundamento en el aseguramiento social del daño, y muy especialmente en el Derecho de la Seguridad Social. Por duro que resulte a los oídos civilísticos, y por incomodo a los oídos de los paternalistas (laboralistas o no) el sistema codificado de responsabilidad aquiliana no es un régimen común, sino uno más, aunque el peso de la tradición histórica le haya llevado a ser aquel en que han florecido los instrumentos técnicos del juicio de responsabilidad. Es inútil el llanto sobre la leche derramada de la unidad perdida que representaba el Código. La fragmentación de las disciplinas de la responsabilidad por daños es evidente, y así lo ha puesto de manifiesto CAZZETTA, con lujo de detalles²³. La fractura es total, y el régimen culpabilístico no está llamado a desempeñar papel complementario o adicional de ningún tipo en relación con la indemnización por accidentes de trabajo.

bemos decir que no conocemos un estudio histórico específico sobre la ley española de 30 de enero de 1900. El artículo "Los accidentes de trabajo: perspectiva histórica" de ESPUNY TOMÁS, *IUSLabor*, 2005 (3). no deja de ser una visión general, sin duda provechosa, pero limitada.

²² Crónica italiana de este paradójico hecho, altamente significativo desde muchos puntos de vista en CAZZETTA, *Responsabilità* cit., págs. 453-457.

²³ *Responsabilità aquiliana*, cit., *passim*.

6. CONCLUSIÓN. LA CONCURRENCIA ENTRE AMBAS RESPONSABILIDADES ES IMPOSIBLE. ABSOLUTA INCOMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CIVIL EN ASUNTOS DE RESPONSABILIDAD DERIVADOS DE ACCIDENTE. LA LLAMADA RESPONSABILIDAD ADICIONAL NO EXISTE. SOLUCIÓN: MÁS PROTECCIÓN PÚBLICA Y MENOS “JUSTICIA DEL CADÍ”

Es hora de concluir: si la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual es absoluta, facilidades procesales aparte; si el régimen de los accidentes de trabajo representa desde todos los puntos de vista una fractura total en relación con el sistema culpabilista de la tradición civilística; si nuestro Derecho desconoce los daños punitivos; si el reproche culpabilístico ya lo efectúa la propia LGSS; si todo ello es así, la jurisdicción civil carece de competencia alguna, tanto en vía principal como en vía adicional, vía adicional que exige la milagrosa transmutación de lo contractual en extracontractual, con olvido (queda dicho) de la absolutividad de la distinción; y carece también de sentido toda disquisición sobre compatibilidad, con acumulación y deducción, de una dualidad de indemnizaciones jurídicamente imposible. Y si el monto de la indemnización resulta escaso o inadecuado, es la jurisdicción social la llamada a resolverlo, con sólo de que haga uso del artículo 1104 del Código Civil, con base en el artículo 4.3 del mismo, y no se sienta férreamente ligada a baremo alguno²⁴ o a la tasa de las indemnizaciones, con olvido de su plenitud jurisdiccional; y si, con todo, el problema subsiste, resuélvalo el legislador del Estado Social, y no ningún orden jurisdiccional en nombre de una equidad y protección del dañado teñidas de paternalismo; la “justicia del cadí”²⁵ ni hace honor a la jurisdicción ni respeta al legislador.

²⁴ Incisivamente sobre estas posibilidades, GOMEZ LIGÜERRE, *op.cit.*, págs. 18-39.

²⁵ Es, como resulta conocidísimo, la expresión de MAX WEBER.

LA RESPONSABILIDAD DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL MARCO DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

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

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. UNA CUESTIÓN CLARA: EL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD EN EL CASO DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS
3. LA CONFUSA Y CONTRADICTORIA POSICIÓN JUDICIAL EN EL CASO DE LAS OBLIGACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL
4. REFLEXIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

Como es conocido, cuando se interrelacionan los términos “contratas y subcontratas” y “obligaciones de Seguridad Social” nos vienen a la mente los artículos 42 TRET¹ y 127.1 TRLGSS/1994 (actual 168.1 TRLGSS/2015²), preceptos caracterizados –y muy particularmente el primero– por sus términos confusos y ambiguos, así como por la falta de una verdadera coordinación entre ellos, por cuanto, tal y como ya afirmaban muy acertadamente ALARCÓN CARACUEL y GONZÁLEZ ORTEGA en el año 1989: “... el tema no ofrecería mayor complicación si no fuera porque el ET vino a regular estos supuestos en sus artículos 42... de forma diversa y aun contradictoria con la regulación dada a los mismos por el citado artículo 97 de la LGSS (posterior artículo 127.1)”³, añadiendo a ello que el artículo 42 es “... uno de los preceptos que ha originado mayor número de hipótesis interpretativas por parte de la doctrina, dada su manifiesta oscuridad...”⁴.

Pues bien, transcurridos veintisiete años de las palabras de los profesores ALARCÓN CARACUEL y GONZÁLEZ ORTEGA, podemos afirmar que la realidad en el marco de la responsabilidad en materia de Seguridad Social en las contratas y subcontratas de obras o servicios ha cambiado poco, si tenemos en cuenta los siguientes elementos:

1º) A pesar de que se han introducido algunas modificaciones significativas en el texto del artículo 42 TRET –ampliando las obligaciones de información, aclarando que la responsabilidad solidaria abarca, de existir, a la totalidad de la cadena de subcontratación o extendiendo la responsabilidad en materia de Seguridad Social a los tres años siguientes a la terminación del encargo–, sigue pendiente, a nuestro entender, una reforma en profundidad de dicho precepto que no sólo lo actualice y adapte a las nuevas necesidades derivadas del tráfico empresarial actual –ágil y muy diversificado– sino que, en lo que más nos interesa ahora, aclare totalmente el alcance real (principalmente desde la perspectiva material) de la responsabilidad solidaria en materia de Seguridad Social que en él se prevé así como la forma de articular su exoneración.

2º) Como decíamos antes y a pesar de que el artículo 168.1 TRLGSS se inicia precisamente señalando que “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del texto

¹ RD Legislativo 2/2015, 23 de octubre, texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

² RD Legislativo 8/2015, 30 de octubre, texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

³ ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Compendio de Seguridad Social”, Ed. Tecnos, 3ª ed. 1989, p. 128.

⁴ ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Compendio...”, op.cit. p. 129.

refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores...”, ambos preceptos no están coordinados entre sí, por cuanto no queda claro en el texto legal y tampoco en los Tribunales en qué casos se aplica uno u otro o si ambos son complementarios entre sí o, por el contrario, son excluyentes. De hecho, tampoco queda del todo claro, si tenemos en cuenta la doctrina judicial, cuál es el ámbito material de cada uno, con la única excepción, como veremos después, del caso de las mejoras voluntarias.

3º) Desde la perspectiva judicial sorprenden tres elementos: a) el que, a pesar de la trascendencia del tema, no existan muchas sentencias, de las cuales muy pocas son del Tribunal Supremo; b) los Tribunales inferiores no suelen seguir la jurisprudencia fijada por el Tribunal Supremo, salvo en el caso concreto de las mejoras voluntarias; y, c) la doctrina judicial, como decíamos antes, no resulta ni mucho menos clara respecto a la forma en que interactúan los artículos 42 y 168.1 ni, en consecuencia, a cómo debe manifestarse la responsabilidad en materia de Seguridad Social en el caso de las contratas y subcontratas. Como veremos, en algunas cuestiones las posiciones son claramente discordantes no sólo entre la jurisdicción social y la jurisdicción contencioso-administrativa sino también dentro de la propia jurisdicción social.

Y, 4º) finalmente, teniendo en cuenta lo anterior, resulta evidente, a nuestro entender, que la situación actual requiere no sólo una reforma “clarificadora”, como decíamos antes, del artículo 42 sino también una revisión urgente de lo dispuesto en el artículo 168.1 con el objetivo de coordinar suficientemente los dos preceptos y con ello aclarar definitivamente, con una visión completa, el alcance de la responsabilidad de Seguridad Social (frente a todo tipo de deudas –cotizaciones, pago delegado de prestaciones, responsabilidad en orden al pago de prestaciones-) en las contratas y subcontratas de obras o servicios. Es más, podría pensarse en eliminar el artículo 168.1 e incorporar toda la regulación en esta materia en el artículo 42, al referirse éste a las contratas y subcontratas desde una perspectiva global (laboral y de Seguridad Social).

2. UNA CUESTIÓN CLARA: EL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD EN EL CASO DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS

En el caso de que una empresa subcontratista esté obligada, como consecuencia de lo previsto en el convenio colectivo, al pago de una mejora voluntaria (por ejemplo, el pago del complemento de una prestación por incapacidad temporal o de una indemnización por incapacidad permanente cuando no se formalizó la correspondiente póliza de seguros) cabe preguntarse si dicha responsabilidad se extiende a la empresa contratista y a la empresa principal.

Desde la perspectiva legal esta cuestión no está expresamente contemplada ni en el artículo 42 ni en el artículo 168.1, si bien teniendo en cuenta que las mejoras

voluntarias no forman parte de la acción protectora del sistema de Seguridad Social enumerada en el artículo 42 TRLGSS y que su artículo 43 las prevé como una medida voluntaria susceptible de regulación convencional, cabe concluir que, en este caso, la responsabilidad del pago se circunscribe exclusivamente a la empresa que contrató al trabajador beneficiario de la correspondiente mejora voluntaria, sin que la misma se extienda a través de la cadena de subcontratación. No se trata, pues, de “obligaciones de Seguridad Social”, sino de prestaciones complementarias de carácter voluntario (aunque tomen como base las prestaciones del sistema de Seguridad Social) y, por consiguiente, quedan extramuros de lo previsto en los preceptos citados⁵.

A la misma conclusión llegan los Tribunales –Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia-, salvo cuando la responsabilidad solidaria de la empresa principal se recoge expresamente en el convenio colectivo aplicable. Posición judicial que se mantiene de forma constante desde hace muchos años y que se fundamenta en los siguientes argumentos⁶:

- a) De una interpretación gramatical del artículo 42 se deriva que el mismo enumera obligaciones referidas a la Seguridad Social, entendida como ente gestor de prestaciones, y que únicamente pueden referirse a cotizaciones o a prestaciones anticipadas por la Seguridad Social, ya que el precepto no se refiere a deudas con el trabajador sino a obligaciones con la Seguridad Social.
- b) Que existe una autonomía del derecho de la Seguridad Social frente al Derecho del Trabajo, y, en consecuencia, el ordenamiento jurídico privado de la relación laboral, y el ordenamiento jurídico público de la Seguridad Social, son perfectamente diferenciables y aunque ciertamente en aquél se tomen a veces como elementos de su regulación datos del ordenamiento laboral, ha de estarse en cada supuesto a la concreta remisión que en su caso se contenga en la normativa de la Seguridad Social.
- c) Conforme al artículo 1237 Código Civil la solidaridad ha de establecerse expresamente.

⁵ En relación con esta cuestión, SALINAS MOLINA, F., “Contratas y subcontratas: jurisprudencia unificadora”, Revista del MTAS, p. 218 y ss. A favor de la extensión de la responsabilidad, MONEREO PÉREZ, J.L., *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*, p. 134 y ss.

⁶ Entre otras, SSTs 19-5-1998 (RJ 4730), 16-9-1999 (RJ 7226) y 22-12-2000 (RJ 1873) y SSTSJ Islas Canarias 28-11-2014 (Jur 2015/218028) y Galicia 29-4-2015 (Jur 143021).

- d) No existe una obligación solidaria de la Seguridad Social de responder en el caso de incumplimiento por el empresario de las mejoras voluntarias, ya que la responsabilidad de la empresa no se ve sustituida por el INSS, como continuador del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo.
- e) Tampoco resulta aplicable la responsabilidad subsidiaria del artículo 168.1, por cuanto tal responsabilidad surge cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación conforme al artículo 167.2 TRLGSS, y es indiscutible que la obligación del pago de una mejora no encuentra encaje ni acomodo en dicho artículo. El artículo 167.2 se refiere a las prestaciones del sistema de Seguridad Social y no a las derivadas de mejoras nacidas de un convenio colectivo.

Y, f) en fin, cabe tener presente que las obligaciones convencionales no pueden trascender a terceros que no han intervenido en el pacto.

No obstante, como decíamos antes, sí se declara la responsabilidad solidaria de la empresa principal en el pago de la mejora voluntaria cuando así está previsto expresamente en el correspondiente convenio colectivo y ambas empresas están afectadas por dicho convenio⁷, salvo que se trate de una Administración Pública, por cuanto ésta no está incluida en el ámbito de aplicación del convenio⁸.

3. LA CONFUSA Y CONTRADICTORIA POSICIÓN JUDICIAL EN EL CASO DE LAS OBLIGACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Entrando ya en el ámbito concreto de la responsabilidad en materia de Seguridad Social, tal y como ya hemos avanzado, son algunas las certezas y bastante la confusión en temas clave.

En primer lugar, cabe señalar que, tal y como se deduce ahora del propio artículo 42.2, la responsabilidad solidaria se extiende a lo largo de toda la cadena de contratas y subcontratas, lo que se fundamenta en el hecho de que además de referirse en este caso a la propia actividad de la empresa principal, los fenómenos descentralizadores en muchas ocasiones, aunque no se realicen con intención defraudatoria, suponen que las últimas empresas subcontratistas por su menor tamaño, presentan rasgos de debilidad económica, siendo frecuentes los incumplimientos de sus obligaciones salariales y de Seguridad Social⁹. En la misma línea y

⁷ SSTSJ Islas Canarias 20-6-2014 (Jur 2015/12943) y Castilla y León/Valladolid 4-12-2014 (AS 2015/713).

⁸ STSJ Extremadura 22-9-2015 (Jur 240290).

⁹ STSJ Castilla y León de 12-7-1999 (AS 2471).

dados los amplios términos legales empleados, la responsabilidad subsidiaria del artículo 168.1 también se extiende a lo largo de toda la cadena de subcontratación.

En segundo lugar, tanto en el caso del artículo 42 como del artículo 168.1, nos encontramos ante una responsabilidad derivada o secundaria, que permite, en todo caso, repetir contra la empresa deudora directa.

En tercer lugar, aunque no se cita con frecuencia, cabe destacar que la responsabilidad solidaria del artículo 42.2 puede evitarse cuando la empresa principal solicita la correspondiente certificación de descubiertos a la TGSS y ésta resulta negativa o bien aquélla no responde en el plazo improrrogable de treinta días. Y obviamente la empresa principal queda exonerada de las posibles obligaciones contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el período de vigencia de la contrata. También es importante señalar que los Tribunales no exigen que se haya renovado periódicamente la citada certificación, simplemente se valora que se haya solicitado antes de iniciarse la contrata¹⁰. Por el contrario, de darse el presupuesto de hecho, no es posible exonerarse de ninguna manera de la responsabilidad subsidiaria derivada del artículo 168.1, no imponiéndose tampoco ninguna obligación de comprobación respecto a la situación de las empresas contratista y subcontratistas. En fin, en este último supuesto se trata de una responsabilidad automática, incondicionada y no vinculada a una mayor o menor diligencia de la empresa principal.

En cuarto lugar, resulta claro que la responsabilidad que surge del artículo 42 es solidaria y, en consecuencia, puede reclamarse frente a cualquiera de las empresas implicadas. Y también nos encontramos, en el supuesto del artículo 168.1, ante una responsabilidad subsidiaria que requiere siempre la previa declaración de insolvencia de la empresa deudora¹¹. Respecto a la forma de ejecutar en la práctica ambos tipos de responsabilidad en materia recaudatoria resulta de aplicación lo dispuesto a tales efectos en los artículos 12 y siguientes del RD 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

También cabe destacar que la responsabilidad solidaria del artículo 42 sólo resulta exigible durante la vigencia de la contrata y durante los tres años siguientes a su finalización, mientras que la responsabilidad subsidiaria del artículo 168.1 no tiene un plazo concreto fijado, por lo que puede reclamarse durante el plazo de prescripción previsto en cada caso (cuatro años en el caso de las cotizaciones, cinco años si se trata de prestaciones y un año desde el momento en que se pronuncie el

¹⁰ STSJ Cantabria 8-9-2004 (AS 2751).

¹¹ Así, SSTSJ Cantabria 8-9-2004 (AS 2751) y Madrid 20-11-2006 (AS 2008/1620).

INSS en los supuestos de responsabilidad en orden al pago de prestaciones, conforme al artículo 96 de la Ley de Seguridad Social 1966, vigente todavía como desarrollo reglamentario del artículo 167.2 TRLGSS).

En quinto lugar, se excluyen, tanto en el caso del artículo 42 como del 168.1, determinados supuestos como causantes de responsabilidad. De este modo, no existirá responsabilidad solidaria por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial (supuesto éste difícil de trasladar a la realidad práctica). Y no existirá responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar el titular de un hogar respecto a su vivienda. Tal y como señalan los Tribunales, la razón de ser de las exoneraciones del párrafo final del artículo 42.2 no es otra que la de que allí no concurre ni el riesgo de fraude ni el aprovechamiento económico que servirían de base a las medidas de dicho artículo 42 y, en particular, la exclusión de las obras de reparación de vivienda encargadas por el cabeza de familia se explica porque éste, ni actúa como empresario, ni por lo mismo puede exigírsele la diligencia in vigilando que cabe pedir a quien, de manera profesional, contrata obras de tal naturaleza¹².

En sexto lugar, el artículo 42 se aplica exclusivamente a los supuestos de contrata de propia actividad de la empresa principal, si bien resulta indiferente la concreta fórmula contractual que se utilice para formalizar dicha contrata, incluyéndose también la figura de la concesión administrativa en el marco del sector público. A lo que cabe añadir que, siguiendo la misma lógica expansiva, en el caso del artículo 168.1 el término “propietario de la obra o industria” no alude sólo al concepto civil de propiedad sino también al concepto más amplio mercantil y por consiguiente incluye al adjudicatario de la misma¹³. En definitiva, en este último supuesto se incorpora todo tipo de contrata, con la única excepción de las obras que pueda contratar el titular de un hogar respecto a su vivienda.

Finalmente, cabe señalar que subsiste plenamente la idea de que tanto el artículo 42 como el artículo 168.1 responden a la voluntad de proteger los intereses del trabajador respecto del que no se ha cotizado adecuadamente, no se le ha dado de alta en la Seguridad Social o no se le ha pagado la correspondiente prestación. El objetivo común es garantizar la protección del trabajador, por lo que no tienen efectos exoneratorios de la responsabilidad las cláusulas contractuales en las que se prohíbe expresamente por la empresa principal que se proceda a la subcontrata-

¹² STSJ Andalucía/Granada 2-7-2002 (AS 2780).

¹³ STSJ Cataluña CA 9-5-2003 (Jur 2004/34468).

ción de la obra o bien se requiere siempre su autorización previa. Y ello por cuanto las normas de Seguridad Social tienen carácter imperativo y no pueden ser derogadas en virtud de acuerdos privados, sin perjuicio de las acciones que puedan asistir a la empresa principal, a ejercitar ante el orden jurisdiccional civil, respecto a la resolución del correspondiente contrato y la subsiguiente petición indemnizatoria¹⁴. A lo que cabe añadir que el desconocimiento de la subcontratación no puede perjudicar a un tercero ajeno a la relación interpartes.

Ahora bien, partiendo de lo anterior, a nivel judicial se mantienen soluciones diferentes y contradictorias en relación con elementos clave de la aplicación de los artículos 42 y 168.1.

En primer lugar, cabe plantearse cuál es el ámbito material de cada uno de esos preceptos o, en otras palabras, si los dos se refieren a las mismas obligaciones de Seguridad Social. En este punto, los Tribunales no mantienen una posición uniforme, ya que si bien en relación con el artículo 42 resulta pacífico el que se incluye el pago de las cotizaciones¹⁵, en algunos casos también se incluye el pago de todas las prestaciones derivadas del artículo 167.2¹⁶ o las prestaciones anticipadas por la Seguridad Social¹⁷ y en otros supuestos esa posibilidad se excluye expresamente¹⁸. Y también alguna sentencia incluye el pago delegado de la prestación por incapacidad temporal¹⁹. Y en el caso del artículo 168.1, si bien se vincula directamente con el pago de prestaciones derivado de la responsabilidad en orden al pago de prestaciones del artículo 167.2²⁰, en algunos supuestos también se incluye el pago de las cotizaciones adeudadas por la empresa contratista o subcontratista (limitando, obviamente, la responsabilidad en este caso al tiempo de la contrata)²¹.

A nuestro entender, si tenemos en cuenta el tenor literal del artículo 42.2 cuando señala que se responderá solidariamente de “las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el período de vigencia de la contrata”, cabe entender incluidas dentro de tales obligaciones tanto

¹⁴ Así, SSTSJ Cataluña 14-4-2003 (AS 2093) y Madrid 20-11-2006 (AS 2008/1620).

¹⁵ Entre otras, SSTS 16-9-1999 y 22-12-2000 (RJ 7226 y 1873) y SSTSJ Andalucía 27-11-2003 (AS 2005/324) e Islas Canarias 28-11-2014 (Jur 2015/218028).

¹⁶ Así, SSTS de 23-9-2008 (RJ 5551) y 9-12-2010 (RJ 2011/391) y STSJ Cataluña 30-10-2007 (Jur 2008/32323).

¹⁷ Entre otras, SSTS 16-9-1999 (RJ 7226) y 22-12-2000 (RJ 1873) y SSTSJ Andalucía 8-1-2004 (AS 2005/415) e Islas Canarias de 28-11-2014 (Jur 2015/218028).

¹⁸ STSJ Madrid 30-4-2002 (AS 1950).

¹⁹ STSJ Cataluña 27-1-2011 (Jur 162648).

²⁰ Entre otras, SSTS 16-9-1999 (RJ 7226), 22-12-2000 (RJ 1873), 23-9-2008 (RJ 5551) y 9-12-2010 (RJ 2011/391).

²¹ Así, SSTSJ Cataluña CA 10-5-2013 (Jur 212322), Castilla y León CA 15-3-2013 (Jur 119228) y Murcia CA 8-3-2013 (RJCA 437).

el pago de las cotizaciones como de cualquier otra obligación “de Seguridad Social”, con independencia de que su destinatario sea la Administración de la Seguridad Social o el propio trabajador o sus beneficiarios. Se utilizan términos amplios, con el único límite de que se trate de obligaciones de Seguridad Social (lo que excluye como señalábamos anteriormente, el caso de las mejoras voluntarias) y que éstas se hayan contraído durante la vigencia de la contrata. Ello implica incluir también dentro de esta responsabilidad solidaria el pago de prestaciones delegadas como la incapacidad temporal y el pago de las prestaciones de las que ha sido declarada responsable directa la empresa contratista o subcontratista por la vía del artículo 167.2, así como el pago del eventual recargo de prestaciones o de la indemnización por daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo donde se ha producido una falta de medidas de seguridad (con los matices fijados por la jurisprudencia).

En todo caso, como ya hemos señalado, la empresa puede exonerarse de este tipo de responsabilidad, y de no hacerlo, ésta sólo puede reclamarse durante la vigencia de la contrata o durante los tres años siguientes a su terminación. Existe, pues, una limitación temporal de la responsabilidad, pero principalmente en el caso de la responsabilidad en orden al pago de prestaciones, dicha responsabilidad, de reclamarse dentro de dicho plazo, puede alcanzar una cuantía elevada, si tenemos en cuenta, por ejemplo, que de producirse un accidente de trabajo y el trabajador de la empresa subcontratista no estaba dado de alta en la Seguridad Social, la responsabilidad alcanzará, de forma solidaria, el pago de la totalidad de la prestación o prestaciones que se deriven (el subsidio por incapacidad temporal, una pensión de incapacidad permanente o de viudedad...).

Por el contrario, a nuestro entender, el ámbito de aplicación del artículo 168.1 es más limitado, teniendo en cuenta su tenor literal. En efecto, en el mismo se señala que “cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo dispuesto en el artículo anterior”. De lo que se deduce que la responsabilidad subsidiaria allí prevista abarca los supuestos de responsabilidad en orden al pago de prestaciones del artículo 167.2, y, además, esa responsabilidad es total, es decir, no está vinculada con el tiempo de incumplimiento acaecido durante la vigencia de la contrata, ya que, como hemos visto, el precepto prevé expresamente que si un empresario contratista o subcontratista es declarado responsable “en todo o en parte” del pago de una prestación, si la obra o industria está contratada, el propietario responderá “de las obligaciones del empresario” si el mismo fuese declarado insolvente. Ello implica, por ejemplo, que si se declara la responsabilidad directa de una empresa contratista en el pago de una prestación por descubiertos de cotización reiterados y constantes, la empresa principal responderá subsidiariamente en los mismos términos –pago total de la prestación- que la empresa contratista aunque los descubiertos ya se iniciaran antes del inicio de la contrata. Se sanciona aquí, pues, la falta de diligencia de la

empresa principal a la hora de comprobar el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social de las empresas contratistas y subcontratistas. Se responderá, pues de todas las prestaciones generadas por hechos causantes acontecidos durante la vigencia de la contrata.

Sin embargo, también se extiende esta responsabilidad subsidiaria a otro caso, por remisión expresa del artículo 142.1 párrafo 2º TRLGSS. Se trata del pago de cotizaciones adeudadas por las empresas contratistas o subcontratistas, por cuanto dicho precepto señala que si bien es el empresario que contrata a un trabajador el responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar, responderán, asimismo, subsidiariamente las personas a que se refiere el artículo 168.1.

En definitiva, a nuestro entender, la responsabilidad subsidiaria del artículo 168.1 sólo abarca el pago de las cotizaciones y de las prestaciones derivadas de lo dispuesto en el artículo 167.2 TRLGSS. En el primer caso, como ya hemos señalado, las cotizaciones prescriben a los cuatro años, y en el segundo cabe la reclamación en el plazo de un año a contar desde el momento en que el INSS no reconozca al trabajador la prestación o la reconozca en una menor cuantía y/o duración²². A lo que cabe añadir que, dados los términos empleados, esta responsabilidad subsidiaria alcanza, si existe, a toda la cadena de subcontratación, respondiendo la empresa principal tanto de los incumplimientos de la empresa contratista como subcontratista, si bien cabe entender, que en el último caso, primero responderá subsidiariamente la empresa contratista y en caso de insolvencia de ambas empresas, responderá también subsidiariamente la empresa principal²³.

En segundo lugar, en cuanto a la interrelación entre los artículos 42 y 168.1, en la doctrina judicial existe una clara diversidad de posiciones, lo que crea una cierta inseguridad, sin perjuicio, como veremos, de la intervención unificadora –aunque no del todo clarificadora– del Tribunal Supremo (cuya posición, sin embargo, no es demasiado seguida por los Tribunales Superiores de Justicia).

De este modo, quedando claro que el artículo 42 se limita a los casos de contrata correspondientes a la propia actividad de la empresa principal, el papel que, a partir de ahí, juega el artículo 168.1 no es tan claro. Así, en algunos casos se considera que el artículo 168.1 es complementario y, en consecuencia, si bien es posible exonerarse de la responsabilidad solidaria del artículo 42, siempre resultará de aplicación la responsabilidad subsidiaria del artículo 168.1 que, por otra parte, cabe referir tanto a las contrata de propia actividad como a las de no propia actividad, al tener un alcance más amplio. Por el contrario, en otros supuestos, se de-

²² Artículo 96 de la Ley de Seguridad Social de 1966.

²³ STSJ Castilla y León 12-7-1999 (AS 2471).

clara que el artículo 42 se refiere a las contratas de propia actividad y el artículo 168.1 sólo cabe aplicarlo en los casos de contratas de no propia actividad, siendo, por tanto, excluyentes entre sí. Por poner ejemplos concretos: a) es posible citar sentencias que aplican el artículo 168.1 a los casos de contratas de propia actividad²⁴ o que lo limitan expresamente a la propia actividad²⁵; b) sentencias que aplican conjuntamente, a un supuesto de propia actividad, los artículos 42 y 168.1²⁶ o que declaran expresamente la compatibilidad entre la responsabilidad solidaria del artículo 42 y la subsidiaria del artículo 168.1²⁷; c) sentencias que reservan el artículo 168.1 a las contratas de no propia actividad²⁸ o que lo aplican en dicho supuesto²⁹; d) sentencias que aplican preferentemente, como norma especial, el artículo 168.1 al considerar que el artículo 42 debe aplicarse de forma restrictiva³⁰; y, e) incluso existen sentencias que condenan a las empresas contratista y subcontratista –artículo 42- a una responsabilidad solidaria y a la empresa principal a una responsabilidad subsidiaria –artículo 168.1³¹–.

En este punto ha intervenido el Tribunal Supremo en los últimos años³², señalando que, efectivamente, el artículo 42 se relaciona exclusivamente con las contratas correspondientes a la propia actividad y “de no ser así” resulta de aplicación la responsabilidad subsidiaria del artículo 168.1.

Esta posición del Tribunal Supremo lleva a interpretar, pues, que el artículo 168.1 no es complementario del artículo 42 y, en consecuencia, en los supuestos de contratas de propia actividad si se exonera la responsabilidad solidaria por la vía antes apuntada, no cabe aplicar la responsabilidad subsidiaria y, en consecuencia, será sólo el empresario contratista o subcontratista el que deba enfrentar el pago de las correspondientes cotizaciones, prestaciones delegadas o el pago de las prestaciones derivadas del artículo 167.2 TRLGSS. En cambio, en el caso de las contratas correspondientes a la no propia actividad siempre actuará la responsabilidad subsidiaria, al no ser posible que la empresa contratante se exonere de ella.

²⁴ Así, SSTSJ Cataluña 14-4-2003 (AS 2093) y 24-5-2007 (AS 2393) y Andalucía/Sevilla 27-11-2003 (AS 2005/324).

²⁵ SSTSJ Andalucía/Sevilla CA 1-6-2002 (Jur 2003/4821) y Cataluña 5-9-2002 (AS 3176).

²⁶ Entre otras, SSTSJ Cataluña 14-4-2003 (AS 2093) y 30-10-2007 (Jur 2008/32323) y Cantabria 8-9-2004 (AS 2751).

²⁷ Entre otras, SSTSJ Madrid 20-11-2006 (AS 2008/1620), Cantabria 8-9-2004 (AS 2751) y Murcia CA 8-3-2013 (RJCA 437).

²⁸ SSTSJ Andalucía 8-1-2004 (AS 2005/415) y Castilla-La Mancha 20-7-2004 (AS 2833).

²⁹ STSJ Castilla y León CA 15-3-2013 (Jur 119228).

³⁰ STSJ Madrid 24-4-2006 (AS 2007/504).

³¹ SSTSJ Madrid 20-11-2006 (AS 2008/1620) y Cataluña CA 10-5-2013 (Jur 212322).

³² SST de 23-9-2008 (RJ 5551) y 9-12-2010 (RJ 2011/391).

A nuestro entender, tal solución resulta discutible, por tres motivos esencialmente:

1º) Resulta poco coherente que, teniendo en cuenta la interpretación que cabe atribuir a la “propia actividad”, en cuanto que implica la vinculación más directa con la actividad productiva de la empresa principal, sea posible no asumir ningún tipo de responsabilidad en ese caso y sí siempre cuando se trata de una actividad menos cercana como es la relacionada con el concepto de no propia actividad (por poner un ejemplo, en un caso de falta de alta y acaecimiento de un accidente de trabajo podría no responderse del pago de la prestación cuando se trata del trabajador de una empresa auxiliar que produce una pieza esencial del producto final vendido por la empresa principal pero ésta sí responderá siempre subsidiariamente de dicho pago cuando se trate del trabajador de la cafetería de su sede).

2º) Si bien los términos del artículo 168.1 podrían ser más claros cuando se refieren a que “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42... para las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante”, los mismos no llevan inexorablemente a entender que el artículo 168.1 deba referirse necesariamente al resto de los supuestos, esto es, a las contratas que no son de propia actividad. Y ello por cuanto, tales términos también pueden interpretarse como recordatorio de la existencia de un precepto que prevé una responsabilidad solidaria –que abarca, como hemos visto, materialmente a más supuestos- que es exonerable (cosa distinta sería que no lo fuera) y de la que el propio artículo 168.1 es complementario. También cabe tener presente que, como hemos señalado, la forma de exonerarse de la responsabilidad solidaria no resulta particularmente complicada.

Es más, el artículo 168.1 añade, sin matiz alguno que “si la obra o industria estuviera contratada, el propietario de esta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente”, esto es, lo único que se exige es que la obra o industria estuviera contratada, sin que se haga referencia alguna a que se trate o no de propia actividad. Los términos empleados son amplios.

Y, 3º) no podemos olvidar la finalidad de fondo perseguida por ambos preceptos, que es la protección del trabajador ante posibles incumplimientos y la atribución de responsabilidades, en consecuencia, a todas las empresas que se benefician de su trabajo. Y resulta evidente que tal objetivo no se cumpliría si el artículo 168.1 no resultara complementario, para el caso de la propia actividad, de lo dispuesto en el artículo 42.

En definitiva, a nuestro entender, en el supuesto de las contratas de propia actividad la responsabilidad subsidiaria del artículo 168.1 siempre existe, pudiéndose exonerar la empresa principal de la responsabilidad solidaria del artículo 42. Y en

los supuestos de no propia actividad siempre resultará de aplicación la responsabilidad subsidiaria del artículo 168.1.

4. REFLEXIÓN FINAL

Como hemos visto, a pesar del tiempo transcurrido desde las palabras de los profesores ALARCÓN CARACUEL y GONZÁLEZ ORTEGA, subsiste la insuficiencia y confusión en el artículo 42 y la falta de coordinación con lo dispuesto en el artículo 168.1, habiéndose incrementado exponencialmente, por otra parte, los fenómenos de subcontratación así como su diversificación interna. Urge, pues, una reforma en este ámbito que, garantizando siempre la protección de los derechos de los trabajadores, sitúe la regulación de esta materia en el siglo XXI.

LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA Y LOS TRABAJADORES MIGRANTES

IGNACIO CAMÓS VICTORIA¹

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Girona*

ÍNDICE

1. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN SOCIAL EN EL CONTEXTO DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL
2. LA PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA EN ESPAÑA
3. LA PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA Y LOS TRABAJADORES MIGRANTES
4. LA NECESIDAD DE AVANZAR HACIA SISTEMAS DE PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA MÁS JUSTOS Y EFICACES
5. LA ORGANIZACIÓN DE SISTEMAS DE PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA DENTRO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: EL CASO DE LOS PAÍSES BAJOS Y SUECIA

¹ Texto cerrado a fecha de 16 de marzo de 2016.

1. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN SOCIAL EN EL CONTEXTO DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

Cuando se alude a la protección social complementaria o previsión social complementaria se hace referencia al conjunto de acciones y/o medidas establecidas para atender las contingencias o necesidades previsibles del conjunto de ciudadanos que tienen un carácter complementario al sistema de protección social público, y caracterizadas por ser libres, voluntarias y privadas.

Se trata, en palabras de ALARCON CARACUEL, de los planes y fondos de pensiones y otras formas de protección privada que aunque privados y libres formarían parte del derecho de la protección social entendido éste como aquella rama del ordenamiento jurídico integrada por la normativa reguladora de la actividad prestacional de entes públicos y privados en favor de las personas afectadas por ciertas contingencias o por ciertas situaciones de necesidad previamente tipificadas y sin que los beneficiarios de esas prestaciones hayan aportado una contrapartida simultánea y equivalente a las mismas, diferenciándola de la Seguridad Social que sí es, en cambio, un régimen público de protección.²

Su fundamento se encuentra en el artículo 41 de la Constitución española encuadrado en el capítulo de principios rectores de la política social y económica donde se aboga por diseñar un modelo constitucional de doble entrada: de un lado, un régimen público de seguridad social que es función del Estado y, de otro, un régimen complementario libre y voluntario.

Tal y como se establece en la sentencia de TC 103/1983, de 22 de noviembre, la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad se concibe como “una función del Estado”, rompiéndose en buena parte la correspondencia prestación-cotización propia del seguro privado, superada por la dinámica de la función protectora de titularidad estatal por cuanto que el mandato contenido en el art. 41 de la Constitución dirigido a los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad supone apartarse de concepciones anteriores de la Seguridad Social en que primaba el principio contributivo y la cobertura de riesgos o contingencias (fundamento jurídico 4.º). Si bien, en el sistema español actual, se mantienen características del modelo contributivo, no es menos cierto que, a tenor del mandato constitucional citado, el carácter de régimen público de la Seguridad Social, su configuración como función del Estado, y la referencia a la co-

² ALARCÓN CARACUEL, M.R.: Hacia el derecho de la protección social, en LÓPEZ LÓPEZ, J. (coord): “Seguridad Social y protección social: temas de actualidad”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, p.32 y ss.

bertura de situaciones de necesidad -que habrán de ser precisadas en cada caso- implica que las prestaciones de la Seguridad Social, y entre ellas las pensiones de jubilación, no se presenten ya -y aun teniendo en cuenta la pervivencia de notas contributivas- como prestaciones correspondientes y proporcionales en todo caso a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados, y resultantes de un acuerdo contractual. El carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de la Seguridad Social supone que éste se configure como un régimen legal, en que tanto las aportaciones de los afiliados, como las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, vienen determinados, no por un acuerdo de voluntades, sino por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico y que están sujetas a las modificaciones que el legislador introduzca.

Este carácter público y función del Estado no queda cuestionada por la posibilidad de una prestación complementaria libre; es decir, privada: esa protección complementaria que puede otorgarse a través de entidades de seguro o por fondos de pensiones, o directamente a través de convenios colectivos que mejoran las prestaciones públicas de Seguridad Social, no son, en sentido estricto Seguridad Social aunque formen parte del derecho a la protección social. El carácter público de la Seguridad Social implica que debe existir una gestión por parte de entes públicos, lo que en principio parece excluir la presencia de la iniciativa privada en la gestión del sistema. No obstante, aunque se permite la colaboración en la gestión por parte de agentes o sujetos privados, no es constitucional, a tenor de lo dispuesto en el artículo 41 de la constitución, una privatización, aunque sea parcial, en el sentido de transferencia del sistema público de Seguridad Social hacia agentes económicos-privados.

Tal y como se establece en la STC 65/1987 de 21 de mayo de 1987, las prestaciones complementarias y voluntarias (y los medios para su efectiva satisfacción) se sitúan fuera del mínimo obligatorio determinado por las normas reguladoras del Régimen General de la Seguridad Social, para incluirse en las previsiones que la misma Mutuality (y no los poderes públicos) determinan.

La previsión social complementaria tiene, como ya hemos visto, una cobertura voluntaria y su contratación es libre. El contenido prestacional de esta modalidad de protección social, está constituido básicamente por prestaciones asistenciales y económicas que puede ser tanto individual o colectiva, siendo en este segundo caso, generalmente, de índole profesional o empresarial.

Así pues, el sistema público de la Seguridad Social puede complementarse de forma libre y voluntaria por sistemas de ahorro y protección social, tanto individuales como colectivos, externos a la Seguridad Social, que tienen por objetivo exclusivo mejorar el nivel de prestaciones que les otorga la Seguridad Social pública.

En definitiva, la estructura del sistema o modelo actual de la Seguridad Social en España se caracteriza por un triple nivel de protección: un nivel básico de protección, alejado de la lógica contribución - prestación, financiado a través de impuestos y donde se incluirían fundamentalmente las prestaciones sanitarias, las pensiones no contributivas, el subsidio especial de maternidad, la protección familiar, el nivel asistencial de la protección por desempleo y los servicios sociales; un nivel de protección contributivo o profesional centrado en la lógica cuya finalidad es la de garantizar una protección adecuada en las contingencias y situaciones definidas legalmente a las personas comprendidas en el campo de aplicación de aquélla, por realizar una actividad profesional, y a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo; y finalmente un tercer nivel que tiene carácter libre y está constituido principalmente por las Entidades de Previsión Social y los Fondos de Pensiones.

2. LA PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA EN ESPAÑA

La evolución de la protección social complementaria ha sido muy escasa en España a diferencia de lo que ha sucedido en otros países europeos quienes, precisamente, tal y como tendremos ocasión de apreciar más adelante, han hecho recaer una buena parte de las reformas de los sistemas de pensiones, en aras a velar por su viabilidad y sostenibilidad, haciendo frente al reto de envejecimiento demográfico que experimenta la sociedad, con un descenso de la natalidad y un aumento simultáneo de la esperanza de vida, en el reforzamiento de un nivel complementario de protección tanto de carácter público como privado que garantice un nivel de suficiencia mayor de las prestaciones que el ofrecido por el sistema público de Seguridad Social.

Aunque en España ha estado muy presente este nivel de protección en el debate sobre el futuro del sistema de pensiones, los intentos de reforma y mejora de las medidas de protección social complementaria han sido poco eficaces y, ciertamente, los avances muy escasos.

Podemos tomar como referencia las aportaciones establecidas en el marco del Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse” conocido como “Pacto de Toledo” Ponencia que tenía por finalidad la de analizar los problemas estructurales del sistema de Seguridad Social, indicando las principales reformas que deberán acometerse para garantizar la viabilidad del sistema público de pensiones, donde se aboga en la recomendación número 14 por una potenciación de los sistemas complementarios de pensiones, actualizando y mejorando los actuales incentivos fiscales dirigidos a la promoción de dicho sistema complementario. Por ello se recomienda abordar la ordenación de la previsión social complementaria, potenciándola como elemento de consolidación del modelo de protección so-

cial configurado en el artículo 41 de la Constitución. Asimismo, se propone la actualización y mejora de los actuales incentivos fiscales dirigidos a la promoción de dicho sistema complementario, con especial atención a los sistemas colectivos, señalándose que en su regulación debe tenerse en cuenta también que estos mecanismos constituyen una importante fuente de ahorro a largo plazo, tanto individual como colectiva³.

Por su parte, en el año 2003, la Comisión de seguimiento del Pacto de Toledo, al renovar las recomendaciones de este pacto, en relación con la previsión social complementaria se instaba a seguir ahondando en las políticas que permitan avanzar hacia un sistema complementario de asistencia y prestaciones, externo a la Seguridad Social, con carácter claramente voluntario y financiado totalmente con aportaciones privadas independientes y no sustitutivas de las contribuciones obligatorias al sistema público de la Seguridad Social. Se trata de que la protección social voluntaria, además de orientarse específicamente a un horizonte de ahorro a medio y largo plazo, sirva de complemento y mejora a las prestaciones de la Seguridad Social, salvaguardándose siempre el principio y las bases del sistema público de pensiones, y reafirmando que dichos sistemas complementarios tienen como objetivo el complementar y no el sustituir las pensiones públicas.⁴

Al hilo de lo expuesto en el Pacto de Toledo, en febrero del 1998 se presentó una Proposición no de Ley sobre los sistemas complementarios de previsión social en desarrollo de la citada Recomendación número 14 del Pacto de Toledo.⁵

Parece, así pues, necesario que se abogue, desde los poderes públicos, por un esfuerzo real para que las medidas de protección social complementaria sean una realidad en términos de implantación principalmente, a través de los regímenes privados y complementarios de carácter ocupacional o de empleo, que surgen en el ámbito de las empresas como uno de los principales instrumentos para garantizar la suficiencia de las prestaciones más allá del contenido público del sistema de Seguridad Social.

3. LA PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA Y LOS TRABAJADORES MIGRANTES

Más allá de la protección social de los trabajadores inmigrantes vinculada a las contribuciones previas como consecuencia de su incorporación regular al sistema de

³ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, 12 de abril de 1995. No 134.

⁴ Vid Informe sobre el desarrollo del Pacto de Toledo, volumen I, octubre 2008 en: <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/110963.pdf>

⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados», serie D, núms. 229 y 239, de 5 de enero y 10 de febrero de 1998, respectivamente.

la Seguridad Social que aparece reflejada en los datos de afiliación de a población extranjera facilitados mensuales por las Seguridad Social con un importante peso en sectores como el agrario y doméstico la protección social de este colectivo está, en gran medida, hoy, vinculada, por las características de este colectivo, y la escasa relevancia de los sistemas complementarios de protección social por los programas autonómicos y locales de lucha contra la exclusión social para favorecer la integración de los extranjeros en España ya que es evidente que la situación de la población extranjera es muy precaria no sólo por la insuficiencia de las prestaciones también por las dificultades de acceso a la economía formal y la permanencia en activo, y, la escasa relevancia del la protección social y del ahorro complementario.

Por lo que respecta a la situación de los inmigrantes en España, en especial, de los migrantes extracomunitarios, es necesario tener en cuenta que, a partir de los datos facilitados por Eurostat en el año 2014, España es el tercer país de la UE -sólo superado por Grecia y Bélgica- con un mayor porcentaje de inmigrantes extracomunitarios en riesgo de pobreza o exclusión social, alcanzándose la cifra del 61,3% de este colectivo por lo que respecta a los extranjeros no comunitarios de entre 20 y 64 años, siendo la media europea-28 del 49,3%. La tasa de riesgo de pobreza entre los inmigrantes extracomunitarios que viven en España dobla la de los ciudadanos nacionales (29%) y es 13,7 puntos superior a la de los extranjeros comunitarios,⁶ lo que hace necesario, sin duda, establecer y desarrollar acciones que permitan hacer frente a esta realidad y que reviertan esta realidad máxime cuando este riesgo de pobreza o exclusión social afecta también y crece en el caso de la población trabajadora tal y como se pone de manifiesto en el Informe del año 2014 de la Fundación 1o d mayo de CCOO "Pobreza y Trabajadores pobres en España" donde se fija un vínculo entre pobreza-condiciones laborales: tipo de contrato, jornada, salario y los recortes en materia de seguridad social tal y como se señala en este informe: el empobrecimiento de la población en España no sólo se ha producido como consecuencia de la falta de empleo, sino también de la reducción de la capacidad protectora del sistema de bienestar. Los sistemas de protección social se están resquebrajando como consecuencia de las políticas de austeridad y reformas laborales, que evidencian un retroceso social sin precedentes. Como resultado de dichas políticas estamos asistiendo a un salto cualitativo en el proceso de empobrecimiento de la población trabajadora, en el que se produce una pérdida sustancial de recursos materiales por parte de la población, y al mismo tiempo un recorte sustancial en el ejercicio de los derechos sociales de la ciudadanía.⁷

⁶ Vid, al respecto, EUROSTAT. People AROPE by groups of country of citizenship and by age group, by country, 2014 en http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:People_AROPE_by_groups_of_country_of_citizenship_and_by_age_group_by_country_2014.png en Serie: Migration integration statistics - at risk of poverty and social exclusion

⁷ Servicio de Estudios de la Fundación 1o de mayo. Colección Informes, Núm. 106, Madrid, octubre 2014 <http://www.1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/Informe106.pdf>

La escasez de relevancia de la protección social complementaria también se refleja en contra de este colectivo en altísimo riesgo de exclusión social, de ahí que deba abogarse porque se impulsen acciones no sólo en el marco de las condiciones de trabajo de este colectivo, también en relación con el sistema de seguridad social y en el marco de esta protección libre y voluntaria (y privada) que redunde, sin duda alguna, en beneficio de este colectivo, que mejoren el nivel de sus prestaciones y, en definitiva, reduzcan su riesgo de pobreza.

Centrándome en los programas autonómicos y locales de lucha contra la exclusión social, el origen de estos programas se remonta a finales de la década de los 80 y principios de los años 90 y han estado muy relacionados con la asistencia social, enmarcándose dentro las denominadas “rentas básicas” o “rentas mínimas de inserción”, implantadas por las distintas CCAA como prestaciones económicas periódicas dirigidas a satisfacer las necesidades básicas de aquellos individuos que se encontraban en una situación de pobreza extrema, entendida ésta como la carencia de medios económicos suficientes para atender las necesidades básicas de la vida en virtud de la competencia reconocida en el artículo 148. 1.20 de la Constitución española donde se establece que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias, entre otras, en materia de asistencia social.

El acceso y reconocimiento a las distintas prestaciones de este tipo reconocidas por las CCAA está caracterizado por la falta de uniformidad por parte de la legislación de las Comunidades Autónomas, ni siquiera en relación con los extranjeros en situación de regularidad, en los que se detecta un reconocimiento generalizado de este tipo de prestaciones. Normalmente el acceso y reconocimiento suele estar vinculada a la carencia de recursos económicos suficientes para satisfacer las necesidades básicas de la vida identificada con tener unos ingresos inferiores a la cuantía anual de la prestación económica básica.

Tal y como señala GONZÁLEZ ORTEGA, S., en el estudio La protección social de los trabajadores extranjero⁸, la diversidad entre las distintas regulaciones comienza a la hora de establecer los requisitos que permiten el acceso a los extranjeros no comunitarios, especialmente por lo que se refiere a las prestaciones económicas, así se puede distinguir entre aquellas CCAA que exigen el empadronamiento de los sujetos beneficiarios (o, de forma alternativa, la residencia ininterrumpida por un determinado tiempo) y aquellas otras que exigen, junto al empadronamiento, períodos adicionales de tiempo de residencia más o menos prolongados.

⁸ Investigación financiada mediante subvención recibida de acuerdo con lo previsto en la Orden TAS/1587/2006, de 17 de mayo (subvenciones para el Fomento de la Investigación de la Protección Social –FIPROS–). MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. Secretaría de Estado de Seguridad Social. Dirección General de Ordenación de La Seguridad Social. Vid el Informe completo en: <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/113305.pdf>

En el primer grupo se incluirían aquellas CCAA que requieren, como requisito fundamental, el empadronamiento de los beneficiarios, si bien, en la mayoría de los supuestos, se suele exigir por un período determinado de tiempo que debe ser anterior a la solicitud. En un segundo grupo se podrían ubicar aquellas autonomías que contemplan ambos requisitos de forma acumulativa, incluso en algún supuesto encontramos que el período de residencia efectiva es superior al requerido para el empadronamiento.⁹

Tal y como señala GONZÁLEZ ORTEGA, S: la acumulación de ambos requisitos provoca una peligrosa confusión que podría llevar a considerar que el empadronamiento de los extranjeros, que se perfila como el requisito fundamental a efectos de acceder a las prestaciones y a los servicios sociales, requiere tarjeta de residencia, lo que no resulta muy conforme con la consideración autónoma e independiente que caracteriza a ambas situaciones administrativas.

En definitiva, el análisis de los requisitos expuestos pone de manifiesto que, si bien el colectivo de extranjeros regulares tienen reconocido el derecho a estas prestaciones siempre que cumplan el resto de requisitos, lo cierto es que se les exige distintos períodos de residencia y de empadronamiento que pueden ocasionar divergencias importante en el acceso a este tipo de prestaciones dependiendo del territorio en el que se encuentren.

4. LA NECESIDAD DE AVANZAR HACIA SISTEMAS DE PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA MÁS JUSTOS Y EFICACES

Tal y como hemos tenido ocasión de apreciar si algo está presente en la protección social complementaria en el caso los trabajadores migrantes, aunque es también aplicable al conjunto de los beneficiarios del sistema, es su escasa operatividad en términos de implementación; su escasa eficiencia en términos de suficiencia de la protección; y, en definitiva, su escasa relevancia en términos de idoneidad como sistema de protección complementario viable e instrumento para combatir el importante riesgo de pobreza de este colectivo si, tal y como sucede, actualmente, se trata de sistemas que descansan en la capacidad, ciertamente escasa o nula de ahorro o ahorro complementario de los beneficiarios más débiles del sistema.

⁹ Acogiendo esta modalidad, la Comunidad Autónoma de Canarias exige empadronamiento previo por seis meses y residencia ininterrumpida durante los tres años anteriores a la fecha de solicitud, extendiendo estas exigencias a todos los miembros de la unidad de convivencia (art. 7 Ley 1/2007, de 17 de enero de la Comunidad Autónoma Canaria) y la de Cantabria requiere empadronamiento (sin referencia a plazo) y residencia efectiva en los 12 meses anteriores a la presentación de la solicitud (art. 28 de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Servicios Sociales).

Se impone, así pues, la necesidad de proceder a una más efectiva integración de los sistemas de protección complementaria ya sean estos privados o públicos en el sistema de Seguridad Social, sin que por ello, obviamente, se vacíe de contenido el sistema público de Seguridad Social, o se ceda parte de este a la iniciativa privada, al contrario, reforzando, los cada vez más insuficientes sistemas públicos, a través de pilares ocupacionales cuasi obligatorios establecidos en los Convenios colectivos negociados entre los sindicatos y los empleadores para garantizar su universalidad.

Esta apuesta por unos sistemas de protección social complementaria más robustos no debe, en modo alguno, hacerse menoscabando el régimen público de Seguridad Social, como alternativa a éstos o como parte de su desmantelamiento que como hemos tenido ocasión de apreciar no encaja en el modelo constitucional del sistema de seguridad social, al contrario, se trataría de dar mayor sentido a la idea de la suficiencia de las prestaciones y a la de cobertura de todas las situaciones de necesidad, en especial, entre otros, para aquellos colectivos como es el caso de los trabajadores migrantes que presentan serias dificultades no sólo para completar años de carreras suficientes para tener derecho a las prestaciones sino también en el caso de completar los períodos de carencia exigidos para devengar el derecho a prestaciones, éstas son bajas por la intermitencia de estas contribuciones o la escasez de contribuciones realizadas.

Frente al sistema público de pensiones de carácter básico, basado en el principio de reparto. Sistema de carácter público y obligatorio, la protección social complementaria aunque esté más próxima al principio de capitalización, de carácter privado y voluntario, ésta ha devenido fundamental para el caso de los trabajadores inmigrantes, dada las dificultades existentes que este colectivo tiene para poder ser acreedores de unas prestaciones justas y suficientes, en especial, en el nivel profesional concedido a los trabajadores por el Estado con cotizaciones suficientes y en el que las cuantías ofrecidas en forma de pensión se fija en función con las cotizaciones realizadas.

5. LA ORGANIZACIÓN DE SISTEMAS DE PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA DENTRO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: EL CASO DE LOS PAÍSES BAJOS Y SUECIA

A continuación voy a tratar de exponer como están evolucionando los sistemas de protección social incluida la protección social complementaria en dos países como son los Países Bajos y Suecia en relación con la prestación de jubilación donde se combinan el sistema público de Seguridad Social con sistemas de protección social complementaria de carácter privado, reforzando los sistemas públicos con un fuerte impulso de los regímenes complementarios de carácter profesional.

En el caso de los Países Bajos, siguiendo la clasificación sugerida por NATALI, D., el sistema de pensiones neerlandés se encuadra dentro de un modelo ‘multi-pilar’ de primera generación caracterizado por una articulación en tres pilares: uno básico, de naturaleza pública, fundamentalmente dirigido al combate de la pobreza a través de la garantía de una renta de subsistencia; un segundo pilar suplementario, de naturaleza privada, de dimensión profesional y generalmente colectiva, en el que la participación es cuasi obligatoria, y cuyo fin es el mantenimiento del nivel de ingresos profesionales; y un tercero, también privado y de carácter individual, basado en la voluntariedad, que persigue complementar los dos anteriores a través del ahorro¹⁰.

La singularidad de este sistema frente a otros de características similares en el ámbito europeo estriba en el importantísimo peso que tiene el segundo pilar profesional –los fondos acumulados representan un 166.3% del PIB de los Países Bajos– respecto de los otros dos y en el hecho de que su articulación se lleve a cabo a través de la negociación colectiva (sectorial).

En el primer pilar (Algemene Ouderdomswet, AOW –Ley General de Pensiones de Vejez–) se reconoce una pensión (pública) a aquellos que han trabajado –empleados públicos y autónomos, incluidos– o residido en los Países Bajos con ocasión del cumplimiento de la edad de jubilación: este pilar tiene, por tanto, una vocación universal –no es means-tested–, pues da cobertura a toda la población (casi sin excepción) de la tercera edad al margen de su nivel de rentas.

Para aquellos supuestos en los que no se recibe una pensión completa y se carece de otro tipo de ingresos se contempla una ayuda asistencial complementaria (AIO), que garantice un nivel de rentas determinado.

Desde un punto de vista financiero, este primer pilar se configura como un régimen de reparto (pay-as-you-go) basado en un compromiso de solidaridad intergeneracional: las pensiones de los actuales pensionistas son financiadas con cargo a una contribución específica en el impuesto de la renta (18.9% con una cuantía máxima de 19,645 euros en 2013; a este porcentaje se añade un 1.1% correspondiente a la pensión de viudedad) a la que se suma una aportación directa del Estado proveniente de los presupuestos generales .

¹⁰ NATALI, D (2011). “*La reforma de las pensiones en la Unión Europea: Cambios en las políticas nacionales y coordinación de la Unión Europea*” en FRADES, J (coord.) et al “EL SISTEMA PÚBLICO DE PENSIONES DE JUBILACIÓN. Desafíos y respuestas”. Fundación Francisco Largo Caballero pp 473-505.

Pieza clave del sistema de pensiones en los Países Bajos es el segundo pilar conformado por regímenes complementarios de carácter profesional que se articulan a través de fondos de pensiones (sólo excepcionalmente a través de contratos de seguro) promovidos por la negociación colectiva: la ley atribuye a empresarios y trabajadores la responsabilidad de promover su creación en el ámbito laboral; son ellos quienes establecerán, dentro del marco legal, las características concretas del plan de previsión: ámbito subjetivo, contribuciones, prestaciones, portabilidad.

Debe tenerse en cuenta que estos regímenes complementarios implican directamente a las empresas en cuanto principales sujetos contribuyentes para su financiación (esas contribuciones constituyen un salario diferido). Pero se establece una separación patrimonial completa entre el fondo y la empresa como garantía para los trabajadores frente a las vicisitudes de sus empleadores. Tal principio de exteriorización de los compromisos empresariales por jubilación es una pieza clave del modelo.

Otro rasgo destacado de este pilar es el amplio ámbito subjetivo de cobertura: alrededor de un 90% de la población trabajadora (empleados públicos incluidos) es partícipe en alguno de estos fondos pese a que la participación no es legalmente obligatoria. Semejante resultado es posible gracias a una robusta negociación colectiva que es principalmente sectorial por ramas de la producción (abarcando 70-80% del total de asegurados), sin perjuicio de que también haya fondos de pensiones promovidos por una empresa o grupos de empresa para sus propios trabajadores, u otros –de importancia residual– específicamente constituidos por profesionales autónomos. Como complemento de la negociación colectiva, también se contempla la intervención del gobierno –a través del Ministerio de Asuntos Sociales y Empleo– para extender el ámbito de aplicación del régimen complementario sectorial a empresas y trabajadores que hayan quedado fuera del ámbito de aplicación. De ahí que pueda considerarse que la participación es casi obligatoria, un aspecto relevante en la configuración del modelo que resulta ciertamente singular en el panorama europeo. Por lo demás, el tamaño de los fondos sectoriales –de número decreciente – favorece las economías de escalas y unos costes de administración relativamente bajos –de carácter privado–, algo coherente con la ausencia de ánimo de lucro de los fondos; al mismo tiempo, garantizan cierta homogeneidad en la posición de los trabajadores partícipes.¹¹

¹¹ Estos regímenes complementarios de pensiones pueden ser de alguna de las dos siguientes modalidades: de prestación definida (la cuantía viene determinada variando la aportación que se realiza en función del resultado de las inversiones) o de contribución definida (lo determinado es la aportación, de forma que la cuantía de la prestación dependerá de las inversiones). Pese a que la tendencia apunta a un progresivo crecimiento de la segunda modalidad, siguen siendo ampliamente mayoritarios los

El tercer pilar corresponde a mecanismos de ahorro individual vinculados a la jubilación y a otras contingencias (incapacidad permanente, y muerte y supervivencia). En los Países Bajos, se configura como un instrumento de aseguramiento individual articulado a través de un seguro de vida o una fórmula de ahorro con un favorable tratamiento fiscal que varía en función de su cobro como renta periódica o prestación en forma de capital, consistente en un pago único. Lo más relevante a estos efectos es su carácter voluntario: cualquier persona puede concertar este tipo de mecanismos. A efectos de complementar las pensiones del resto de pilares, lo más habitual es que recurran a este tipo de fórmulas los trabajadores autónomos y otros profesionales independientes, así como asalariados que no cuentan con una pensión profesional. Dado el importantísimo volumen del segundo pilar, no es de extrañar que su peso sea pequeño, si bien casi la mitad (47%) de la población activa –mayoritariamente de renta media y alta, y más varones que mujeres– ha suscrito algún mecanismo de este tipo.

En el caso de Suecia, el Seguro de pensión sueco se basa en tres pilares: un primer pilar público compuesto a su vez por tres segmentos o fracciones que pueden ser o no acumulativas: una pensión de vejez básica (Inkomstpension) financiada por las cotizaciones sociales y que se constituye en un sistema de reparto “sui generis”; una pensión complementaria (premiepension) fundada en el sistema de capitalización individual; y una pensión garantizada (mean tested) sujeta a control de recursos (garantie pension) financiada a través de impuestos, dirigida fundamentalmente a combatir la pobreza y que protege a las personas sin pensión o con una pensión muy reducida. Este segmento según la taxonomía del Banco Mundial sería considerado como pilar 0 para combatir la pobreza.

Un segundo pilar ocupacional cuasi obligatorio, de capitalización, que se establece en los Convenios colectivos negociados entre los sindicatos y los empleadores y que cubre aproximadamente el 90% de los trabajadores por cuenta ajena. En el supuesto que un empleador no haya suscrito un convenio colectivo con los sindicatos, puede también, voluntariamente, contratar un plan de pensiones ocupacional.

Un tercer pilar, típicamente voluntario, que ha tenido gran aceptación por parte de los trabajadores suecos. De hecho casi la mitad de los trabajadores por cuenta ajena tienen suscrito algún plan de pensiones voluntario. Esto que puede ser con-

fondos de prestación definida (93.5% en 2012), un aspecto de la máxima relevancia para los trabajadores en términos de (falta) de incertidumbre. Generalmente (casi 98% de los casos) la prestación inicial viene determinada por el salario medio a lo largo de la vida laboral; sólo de forma residual existen fondos en los que la prestación viene fijada por el último salario antes de la jubilación. La expectativa de vida no es determinante a estos efectos: las contribuciones no dependen de ella pese a las diferencias que existen entre hombres y mujeres.

siderado como positivo tendría también la lectura de que los trabajadores suecos consideran, como insuficientes los otros dos pilares.

Por lo que respecta a la pensión básica (*inkomstpension*), en el caso sueco, la pensión básica es una pensión dirigida a los trabajadores, vinculada a los ingresos previos y a las cotizaciones y que se puede abonar desde los 61 años de edad. En este sentido conviene subrayar que el trabajador puede continuar trabajando y no acceder a la pensión hasta los 67 años, pudiendo continuar todavía más años si llega a un acuerdo con su empleador.

Los empresarios y trabajadores financian tanto la pensión básica (*inkomstpension*) como la pensión complementaria (*premiepension*).

Por lo que respecta al segundo pilar, el sistema sueco de pensiones ocupacionales, está muy desarrollado y cubre el 90% de los trabajadores por cuenta ajena. En su conjunto está formado por cuatro grandes planes de empleo, fundamentalmente los correspondientes a los *white collar* y a los *blue collar*. Estos planes son creados a través de la negociación colectiva entre los interlocutores sociales. Están financiados por los empleadores que deben aportar aproximadamente el 4.5% de los ingresos de los trabajadores. En el supuesto de trabajadores que perciban más de 435.750 coronas anuales, sobre los ingresos excedentes, el empresario debe cotizar el 30%. Suelen ser de contribución definida aunque, en algún caso residual puede subsistir alguno de prestación definida.

En última instancia, también está previsto un tercer pilar voluntario, individual, que cubre aproximadamente el 50% de la población laboral asalariada sueca. El éxito de este tercer pilar implica que los trabajadores suecos, sobre todo los de más ingresos, desean que la tasa de sustitución de las pensiones en relación con sus ingresos previos, sea la más completa posible.

Como puede observarse tanto en los Países Bajos como en Suecia e incluso en otros países como Dinamarca¹² se ha optado por reforzar el nivel de las presta-

¹² El sistema de pensiones danés presenta características muy similares al caso de los Países Bajos y Suecia ya que está fundado en un primer pilar obligatorio que comprende una pensión básica (*folkepension*) no contributiva y, además, en determinados casos un complemento de dicha pensión, para alcanzar un mínimo garantizado. Asimismo, cuenta el primer pilar, con una pensión complementaria contributiva (*Arbejdsmarkedets Tillægspension*, ATP) que, se repite, sigue siendo primer pilar.

Por otra parte, existe un segundo pilar con fondos de pensiones profesionales, en su mayor parte fruto de la negociación colectiva y que protege el 90% de los trabajadores por cuenta ajena en jornada completa. Así, la mayor parte de los trabajadores asalariados daneses tienen derecho a tres pensiones o, desde otra perspectiva, a una pensión compuesta de tres o cuatro segmentos o fragmentos (una pensión básica, un mínimo garantizado en algunos casos, y dos pensiones complementarias).

ciones (de jubilación) con la fijación de una pensión garantizada y el desarrollo de una prestación complementaria por medio de planes de pensiones ocupacionales integrados dentro del sistema y de amplia operatividad a través de la negociación colectiva ya sean de gestión pública como privada en aras a mejorar la suficiencias de las prestaciones. Las acciones de protección social complementarias totalmente libres y voluntarias como hemos tenido ocasión de apreciar en épocas de austeridad y de dificultades económicas se han presentado como residuales e insuficientes. Aunque, en parte no deja de ser una división en este caso de la prestación de jubilación en dos partes: una pensión mínima dirigida a combatir la pobreza que actúa como nivel mínimo de protección y que asegura a toda la población y otra complementaria, manteniendo el pilar complementario externo al sistema, se han abierto interesantes vías a examinar (pros y cons) para desarrollar esta protección social complementaria incluso dentro del sistema de seguridad social que universalizadas y estructuradas a través de la negociación colectiva pueden dar lugar a un mejor cumplimiento de la garantía de la suficiencia de las prestaciones y, en especial, favorecer a los colectivos de trabajadores necesitados de una mayor protección como es el caso de los trabajadores migrantes.

También está previsto un tercer pilar voluntario individual, siendo los bancos o las compañías de seguro las Entidades con las que se contrata. A diferencia de los planes de pensiones del segundo pilar, el tercer pilar consiste normalmente en cantidades a tanto alzado es decir prestación en forma de capital consistente en un pago único y no en anualidades, estimándose que aproximadamente un millón de daneses han suscrito estos planes voluntarios de pensiones.

El presente volumen recoge los estudios en recuerdo del Prof. Dr. Manuel Ramón Alarcón Caracuel, fallecido prematuramente el 26 de mayo de 2015, que han realizado un grupo de profesores de diversas universidades españolas y europeas, así como magistrados del Tribunal Supremo, para rendir homenaje a un maestro singular, querido como amigo y compañero y admirado como profesor universitario. No se trata de un *liber amicorum*, porque habría sido una empresa editorial imposible publicar cientos de estudios en distintos volúmenes. Están tan sólo sus discípulos, compañeros y colaboradores más inmediatos que han querido participar con sus reflexiones en el presente homenaje.

La obra se ha estructurado temáticamente siguiendo el patrón de las áreas de interés investigador más destacadas que el prof. Alarcón exploró a lo largo de su vida académica. En un primer bloque se glosa la figura del profesor y magistrado, del jurista y del maestro que fue. Un segundo bloque recoge aportaciones sobre el mundo del Derecho Constitucional y de los principios del Derecho del Trabajo, así como de la relación de éste con las crisis económicas, temas todos ellos que resultaron siempre muy queridos por él. Los tres restantes bloques están dedicados sucesivamente al Derecho Colectivo del Trabajo, al Derecho Individual del Trabajo y al Derecho de la Seguridad Social, donde desarrolló la mayor parte de su larga trayectoria científica.

Manuel Ramón Alarcón fue autor de publicaciones en todas cuantas temáticas se abordan en este libro. Los participantes del mismo, al propio tiempo como recuerdo y como homenaje a su figura, han seguido de forma completamente espontánea un patrón común en la redacción de sus estudios: oír la voz de Manuel Ramón Alarcón a través de sus escritos. El hilo discursivo de todos los temas estudiados ha sido el posicionamiento doctrinal de todo un maestro universitario, siempre rebelde, siempre crítico, siempre inconformista. Tuvo Manuel Ramón Alarcón la virtud de hacer de cada cuestión jurídica un campo de debate abierto. Fue radical en muchos de sus planteamientos, porque su sentido de la justicia social así lo demandaba. Formidable interlocutor en cada discusión jurídica, inapelable adversario dialéctico, era la personificación de la vehemencia argumentadora. Sirva este volumen como modesto intento de hacer honor a la talla científica e intelectual de su persona.

www.juntadeandalucia.es/empleo/carl

ISBN 978-84-608-8421-7



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO