Monografías de Temas Laborales

Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico

XXXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales

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, 2013

© Los autores, 2013

ISBN: 978-84-616-5546-5

Producción: Germán López, Servicios gráficos

Depósito Legal: SE 1621-2013

Monografías de Temas Laborales

Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico

XXXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales

Eva Garrido Pérez
Coordinadora

51

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

ÍNDICE

PRESENTACIÓN 11
Eva Garrido Pérez (Coordinadora)

CONFERENCIA INAUGURAL
Antropología del sujeto de derechos en Cádiz, con particular atención al trabajo y al género 19
Bartolomé Clavero Salvador

PRIMERA PONENCIA

Libertad de empresa, Constitución Española y Derecho del Trabajo 51
Antonio Ojeda Avilés

COMUNICACIONES

Ideología y "neo-lenguaje" en el nuevo estatuto productivista del trabajo: "orden público económico" legal versus "orden público social" constitucional . . . 83
Cristobal Molina Navarrete

Ley 3/2012, desistimiento y derecho al trabajo 101
Ignasi Beltrán De Heredia Ruiz

La constitucionalidad del periodo de prueba en el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores 115
Mª Carmen Aguilar Del Castillo

Reflexiones acerca de la eficacia de los derechos sociales constitucionales a la luz de sus condicionantes endógenos y exógenos 131
Margarita Miñarro Yanini

El Derecho del Trabajo en el nuevo trabajo a distancia 149
Esperanza Macarena Sierra Benítez

Las reformas de la negociación colectiva 165
Antonio Costa Reyes

Poderes empresariales y tareas de tendencia en la reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 179
Javier Calvo Gallego
Iluminada R. Feria Basilio

Crisis económica y despidos económicos. Conexiones institucionales y juicio de razonabilidad 195
Francisco Alemán Páez
Juan De Dios Camacho Ortega

SEGUNDA PONENCIA

Constitución, Derechos Sociales y Tutela del Trabajador 215
José Antonio Fernández Avilés

COMUNICACIONES

Los servicios públicos autonómicos como garantía de efectividad del derecho social al empleo: La crisis ¿razón o excusa para su desmantelamiento? 279
Mª Rosa Vallecillo Gámez

Los derechos sociales y su tutela a través de la jurisprudencia constitucional ... 293
José Sánchez Pérez

Constitución y sindicatos sin personalidad jurídica 307
Mª Dolores Rubio De Medina

Dogmática constitucional, interpretación y tutela de los derechos sociales 315
Luís Ángel Triguero Martínez

El derecho a vacaciones y a la incapacidad temporal 333
Belén Del Mar López Insua

El Derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar tras la última reforma laboral 353
MAITE BARRUETABEÑA ZENEKORTA

Despido colectivo nulo y tutela del trabajador 365
MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA

La libertad sindical de los inmigrantes en situación irregular 383
FUENCISLA RUBIO VELASCO

La relación laboral agraria en el constitucionalismo español 395
JUAN ROMERO CORONADO

El derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo: análisis crítico sobre contenido y límites 409
Mª ISABEL GRANADOS ROMERA

Delimitación del ámbito de aplicación y acumulación de acciones en el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas ... 427
ROSA MOYA AMADOR

La reafirmación del "Derecho Sindical" a la negociación colectiva tras las últimas reformas laborales 441
NATALIA TOMÁS JIMÉNEZ

Crisis económica, derechos sociales y contención del gasto: ¿Queda espacio para el derecho a la igualdad efectiva entre hombres y mujeres? 457
OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA

El derecho constitucional de negociación colectiva: una necesaria renovación de sus contenidos y funciones 471
FARAH AMAADACHOU KADDUR

La ley 36/2011 reguladora de la jurisdicción social: desde la centralidad procesal absorbente a los riesgos de una "justicia defensiva" 489
FRANCISCO ALEMÁN PÁEZ

TERCERA PONENCIA

Constitución Española y Protección Social 509
FERNANDO ELORZA GUERRERO

COMUNICACIONES

La asistencia sanitaria en la Constitución Española 559
Victoria Rodríguez-Rico Roldán

La reforma laboral y de protección sanitaria de 2012 a la luz de la Constitución: entre la ausencia y el anonimato de la población trabajadora extranjera 575
Raquel Vela Díaz

La efectividad de los principios rectores de la política social y económica de la Constitución Española en el ámbito presupuestario y planificador: repercusión en la protección y atención a las personas en situación de dependencia 591
Margarita Arenas Viruez

La necesaria convergencia autonómica en cuanto a los órganos de valoración de la situación de dependencia 603
Guillermo L. Barrios Baudor

La protección de la salud de los inmigrantes irregulares 617
Juan Antonio Fernández Bernat

Constitución, estabilidad presupuestaria y Seguridad Social 629
Borja Suárez Corujo

La pervivencia de la especialidad en la acción protectora del RETA dentro del diseño constitucional de Seguridad Social 639
Mª José Caballero Pérez

La protección constitucional de las personas en situación de dependencia 653
Manuela Durán Bernardino

La aplicación del principio de no discriminación al modo de cálculo de los períodos de carencia en los contratos a tiempo parcial 669
Carmen Ferradans Caramés

Presentación

En 2012 se rompió la tradición de los últimos años de celebrar las Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales en lugares territorialmente estratégicos (Antequera y Ronda). Y el motivo estaba bien justificado. La conmemoración del bicentenario de la Constitución de 1812 convertía a Cádiz en un marco privilegiado, durante todo un año, bajo el cual desarrollar toda una serie de actos, eventos y celebraciones con el denominador común de homenajear la obra de las Cortes Generales y extraordinarias que tuvieron lugar en la Isla de León y en Cádiz cuando el país se debatía en plena Guerra de la Independencia. El hecho histórico de la promulgación de la Pepa y ese renombrado espíritu liberal que la envolvía, servía de motivación, cuando no de simple excusa, para atraer a la ciudad de Cádiz grandes o pequeños acontecimientos de naturaleza cultural, social, política, profesional, académica, etc.

En este ambiente liberal y conmemorativo que se respiraba en Cádiz desde el minuto 0 del año 2012, no era de extrañar que surgiera la idea en el Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad de Cádiz de organizar en esta ciudad las jornadas universitarias andaluzas de dicho año. Pero no se trataba de cumplir un objetivo meramente físico (atraer un nuevo evento que engrosara la lista de las programaciones ya acaecidas o por acontecer), sino fundamentalmente otro de orden analítico-coyuntural. Todos miraban a la Constitución de 1812, a su importancia histórica, a su proyección política y jurídica en posteriores e incluso más contemporáneas épocas, a pesar de su más que escaso contenido socio-laboral. Pero, paradójicamente, en este contexto de atención analítica se olvidaba la vigente Constitución de 1978, con toda su particular impronta y aportación en el reconocimiento de derechos sociales, y precisamente en un momento histórico donde tales derechos estaban sufriendo importantes ataques desde las instancias políticas legislativas, situándolos en un escenario limitativo u obstativo a su plena

eficacia y garantía de efectividad. En esta coyuntura, no podía perderse de vista el referente que significa la Constitución de 1978 como principal marco jurídico de ordenación, y la conmemoración de la de 1812 habría de servir para reforzar ese valor primordial de orientación, de interpretación y de exigibilidad de los derechos reconocidos que reside en el vigente texto constitucional. Ésta era la idea que surgió desde Cádiz, y con apoyo de la Universidad de Cádiz. Restaba su propuesta y aceptación para que pudiera hacerse realidad.

En la reunión celebrada en el CARL entre su nuevo presidente, D. Ángel Gallego Morales, y los catedráticos de Derecho del Trabajo de las universidades andaluzas se perfiló el tema general de las jornadas, "Constitución Española y relaciones laborales ante el actual escenario social y económico", y posteriormente en el seno del Comité Científico se identificaron las tres ponencias principales que habrían de constituir los pilares básicos de análisis, a la vez que se procedía a la oportuna designación de los profesores encargados de desarrollarlas.

Se daba así el pistoletazo de salida a las XXXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales que se celebraron en Cádiz, por primera vez en la historia universitaria gaditana, los días 13 y 14 de diciembre de 2012. Y desde un inicio, todo el interés organizativo se dirigió a garantizar que un evento de esta naturaleza cumpliera sus dos objetivos tradicionales. El primero, fundamental y básico, el que en definitiva justifica la existencia de estas jornadas, es el de servir de foro de discusión y debate de temas propios o conectados directamente con la disciplina jurídica-laboral; y el segundo, de menor relieve académico o investigador, pero sin duda de gran importancia para la continuidad de las jornadas mismas, es el de ofrecerse como ocasión para el encuentro y reencuentro de docentes e investigadores universitarios.

Desde esa primera vertiente finalista de las jornadas, las celebradas en Cádiz cumplieron fielmente su cometido. Conferenciante y ponentes respondieron con notoria brillantez y calidad al siempre difícil y comprometido cometido de ofrecer un estudio en profundidad del tema asignado, con elementos de aportación y vectores analíticos que abran espacios a la opinión y al debate reflexivo y constructivo.

La conferencia inaugural tuvo a un ponente de excepción en un marco asimismo inigualable para tal ocasión. En el mismo lugar donde se promulgó la Pepa el 19 de marzo de 1812, el Oratorio de San Felipe Neri, el profesor Bartolomé Clavero, catedrático de Historia de Derecho de la Universidad de Sevilla, y con anterioridad de la propia Universidad de Cádiz, disertó sobre Antropología del sujeto de derechos en Cádiz, con particular atención al trabajo y al género, para aportar, por un lado, el enlace cronológico de las dos Constituciones y, por otro, el factor económico-social de los contextos en las que ambas recíprocamente son referentes. El profesor Clavero desarrolló pues con absoluta claridad esa conexión histórica, material y funcional entre los dos textos constitucionales que resultaba precisa para dar paso al núcleo temático de las Jornadas.

La primera ponencia, "Libertad de empresa, Constitución Española y Derecho del Trabajo: un enfoque global", corrió a cargo del profesor Antonio Ojeda Avilés, de la Universidad de Sevilla, afrontando el análisis de los derechos laborales ante un escenario, el del mercado del trabajo, aparentemente dominado por la reglas de concurrencia y competencia que se ordenan de forma primordial desde sede comunitaria.

El debate entre el modelo de empresa y el Derecho del Trabajo, que constituye el eje de la ponencia, se plantea primordial y originariamente en el ámbito europeo, y así es cómo se manifiesta en extenso en la misma, poniéndose de relieve cierta pérdida de impulso de los derechos sociales fundamentales, ante el imparable empuje de las libertades económicas que ha encontrado un incomprensible aliado en el propio TJE con una doctrina claramente regresiva hacia los primeros en favor de las segundas. En este contexto, el profesor Ojeda deja patente la falta de inmunidad de los derechos sociales ante las libertades económicas, para urdirse por el contrario un difícil equilibrio entre unos y otras en el que, no obstante, el Derecho del Trabajo "ha perdido su carácter especial, logrado gracias a decenios de pulimentación y refinado, para volver a la simplicidad primigenia: el trabajo es una mercancía y debe atemperarse a las normas de la competencia mercantil".

Por su parte, el profesor José Antonio Fernández Avilés, de la Universidad de Granada, desarrolló con notoria brillantez la segunda ponencia titulada Constitución, Derechos Sociales y Tutela del Trabajador. Se inicia el abordaje del tema con la demostración de lo que el ponente alude como "falacias" sobre la caracterización técnica de los derechos sociales (como es por ejemplo la consideración de que no constituyen verdaderos derechos públicos subjetivos plenamente justiciables), para revalorizar por el contrario su naturaleza de derechos con eficacia práctica, desde el momento en que aparecen recogidos en la Constitución, apareciendo como el fundamento inmediato para la actuaciones de los poderes públicos en garantía de tales derechos. Desde esta premisa, y con la evidencia de que la eficacia real de los derechos sociales constitucionales depende no sólo del nivel supralegal de su positivización, sino también del sistema de garantías jurídicas para su defensa y respeto, la ponencia recorre los fundamentos de tutela del trabajador en el marco constitucional (la cláusula del Estado social, la corrección de la desigualdad socioeconómica que exige una relativa *desmercantilización* de la relación laboral, el pluralismo social y jurídico que destila la Constitución, el valor y eficacia de los derechos fundamentales, etc.), así como las transformaciones sufridas en el ordenamiento laboral desde ese mismo marco de análisis. Al respecto, se pone el acento en cómo las exigencias de mayor flexibilidad y adaptación de la mano de obra a las contingentes situaciones y necesidades empresariales, ha conducido a que la normativa laboral se identifique ya como un mero instrumento de política de empleo "que ha resquebrajado profundamente la dimensión tuitiva del ordenamiento laboral y su propia coherencia interna", y como tal instrumento a su vez sumamente flexible y moldeable en función de orientaciones no solo economicistas, sino también

ideológicas de funcionamiento de los mercados. Precisamente, el análisis que desde la ponencia se hace a las políticas de flexiseguridad muestra la dificultad de su encaje con el marco constitucional y los derechos sociales. Como resultado, no puede por menos que coincidirse con el profesor Fernández Avilés en su llamada urgente "a la necesidad de reconducir y reorientar las reformas laborales hacia las coordenadas constitucionales que fundamentan la tutela del trabajador, so pena de debilitar veladamente la ya frágil dimensión social del texto Constitucional".

La última de las ponencias, dedicada a Constitución Española y Protección Social, fue defendida de forma magistral por el profesor Fernando Elorza Guerrero, de la Universidad Pablo de Olavide. La cita de Ernesto Sábato que la inicia, "*Hay una manera de contribuir a la protección de la humanidad, y es no resignarse*", es toda una declaración de intenciones sobre los criterios metodológicos de aproximación al tema y sobre las conclusiones de la ponencia. En ella se efectúa una reflexión sobre el estado actual y perspectivas de futuro de la protección social, a la vista del desarrollo que ha tenido el texto constitucional, la evolución de la sociedad, y las incertidumbres que la presente crisis plantea sobre el futuro de la protección social, su reconocimiento constitucional y su disfrute por parte de los ciudadanos. Parte el profesor Elorza de la protección social como un concepto totalizador y comprensivo de todas aquellas acciones y medidas de carácter fundamentalmente público que tienen por objeto la protección de los ciudadanos frente a situaciones de necesidad, y sobre esta base abre el análisis específico de cada uno de los componentes esenciales que, a modo de particulares sistemas protectores, considera son los que integran la protección social: el sistema de seguridad social, el sistema de asistencia sanitaria y el sistema de asistencia social. A cada uno de ellos dedica un profundo y detallado análisis de sus rasgos de identificación, de los problemas que los aquejan y de los retos que enfrentan, siempre desde la perspectiva constitucional y teniendo en cuenta criterios internacionales y europeos de referencia. Y entre las aportaciones conclusivas del profesor Elorza no cabe la resignación, sino que, antes bien, eleva la voz por una Seguridad Social más pública, por un desarrollo y crecimiento del modelo de protección social que requiere ineludiblemente mejorar la coordinación y actuación en este ámbito entre todas las Administraciones (estatal, autonómica, y local), tras la oportuna redefinición del régimen de competencias. Se trata en definitiva de desarrollar "un modelo de protección social sólido, donde el sistema público se convierta en el epicentro del modelo, pero siendo capaz de convivir con el aseguramiento privado, cuya finalidad sería la de complementar y elevar la calidad de la protección futura del individuo, que sin embargo debería ver satisfechas sus necesidades más básicas por el sistema público cuando incurriera en una situación de necesidad real".

El éxito de estas jornadas no solo se demuestra en el alto nivel de análisis desarrollado por los ponentes, así como en el interesante y valioso debate que suscitaron sus respectivas ponencias, sino también en la particular acogida que tuvieron los temas elegidos entre profesores de Derecho del Trabajo de las universidades andaluzas y de otras ubicadas más allá de Despeñaperros. Se

presentaron un total de 32 comunicaciones, distribuidas entre las tres ponencias, con una mayoritaria participación de jóvenes universitarios y una extraordinaria calidad en los trabajos presentados que hizo especialmente difícil la selección de los premios a otorgar a las mejores comunicaciones. Finalmente el primer premio recayó en la comunicación presentada por la profesora Mª Victoria Rodríguez-Rico Roldán, de la Universidad de Granada, con el título La asistencia sanitaria en la Constitución Española. El primer accésit se concedió a Borja Suárez Corujo, de la Universidad Autónoma de Madrid, y a su comunicación Constitución, estabilidad presupuestaria y Seguridad Social. El segundo accésit se concedió a la comunicación Ley 3/2012, desistimiento y derecho al trabajo, presentada por el profesor Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz, de Universitat Oberta de Catalunya. Los tres premiados son exponente sin duda de todo un grupo de jóvenes iuslaboralistas que crecen, a pasos agigantados, en madurez y reconocimiento profesional.

Pero junto al aspecto estrictamente académico, las jornadas universitarias también cumplen esa otra función de ser el punto de encuentro anual para docentes e investigadores del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ocasión para la presentación de unos y el reencuentro de otros. Días de intenso trabajo, pero también de convivencia, de cercanía, de intercambio de ideas y pareceres, de expresión de proyectos, y también, por qué no, merecidos momentos dedicados al esparcimiento y la diversión. Igualmente en este aspecto se quiso cuidar que todos los asistentes a las jornadas pudieran tener la oportunidad de aprovechar y disfrutar de este encuentro universitario.

Resta para concluir las obligadas y merecidas menciones a personas y entidades cuyo esfuerzo y apoyo en los aspectos organizativos-financieros posibilitó la celebración de las jornadas.

En primer lugar al CARL, a su presidente D. Ángel Gallego quien, aun a pesar de las iniciales dificultades, apostó siempre porque Cádiz acogiera estas jornadas, y a su personal técnico, especialmente a Eduardo Candau y a Gloria Marín, cuya arraigada y bien conocida implicación con esta ciudad quedó probada cuando asumieron las riendas de ese trabajo organizativo a veces tan ingrato pero concluido tan eficazmente en sus manos. Entre todos lograron que una ilusión personal se hiciera realidad.

Al Sr. D. José Blas Fernández, Primer Teniente de Alcaldesa del Ayuntamiento de Cádiz, quien desde un primer momento acogió de forma muy personal la celebración de las jornadas en esta ciudad, actuando como el auténtico promotor de la impagable colaboración financiera prestada por Eléctrica de Cádiz y el Excmo. Colegio Oficial de Graduados Sociales de Cádiz y Ceuta.

Y a todos los compañeros de la UCA y profesores del resto de las universidades andaluzas que confiaron en esta apuesta que era celebrar las jornadas en el Cádiz del 2012, y de quienes permanentemente, y hasta el mismo final de su clausura, solo se han recibido mensajes de colaboración, apoyo y reconocimiento.

Como punto final solo cabe ya mencionar cómo la conmemoración de la Pepa, al parecer, no solo ha servido de inspiración para unas jornadas con una ubicación especial y una temática singular. Para la próxima edición de las jornadas, se cuenta nuevamente con un motivo de excepción para ubicar su celebración en otra ciudad emblemática: Granada conmemora el primer Milenio de la fundación del Reino de Granada. Y para tal ocasión, al dato histórico a celebrar se une una temática de las jornadas de absoluta centralidad en el contexto socioeconómico y de ineludible atención por la disciplina juridicolaboral: el empleo juvenil.

Desde el cierre de unas jornadas *históricas*, se da paso a la apertura de otras que sin duda han de recibir el mismo calificativo.

Frente a La Caleta
1 de julio de 2013

Eva Garrido Pérez
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

Conferencia Inaugural

ANTROPOLOGÍA DEL SUJETO DE DERECHOS EN CÁDIZ, CON PARTICULAR ATENCIÓN AL TRABAJO Y AL GÉNERO

Bartolomé Clavero Salvador
Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones
Universidad de Sevilla

SUMARIO

1. PERSONA, ESTADO, INDIVIDUO Y NACIÓN EN LAS VÍSPERAS GADITANAS
2. CÁDIZ: EL INDIVIDUO Y EL HOMBRE COMO SUJETOS; EL ALMA Y LA PERSONA COMO OBJETOS
3. LA PERSONA EN ESTADO YA CIVIL, YA NATURAL: TRABAJO Y GÉNERO
4. RADICACIÓN FAMILIAR, COMPOSICIÓN CORPORATIVA Y LOCALIZACIÓN PARROQUIAL DEL SUJETO CONSTITUCIONAL

1. PERSONA, ESTADO, INDIVIDUO Y NACIÓN EN LAS VÍSPERAS GADITANAS

Sea Cádiz prosopopeya de Constitución, la hispana de 1812. A su respecto, he aquí el par de cuestiones que me dispongo a abordar. ¿Quién fue el sujeto gaditano de los derechos? ¿Y guardando qué relación con el que fuere el sujeto de los poderes o, mejor para su lenguaje, de las potestades? Me ciño a Cádiz, aunque sólo fuera una de las Constituciones o similares que afloraron por entonces en un universo hispano[1].

Las respuestas sobre los sujetos aparecen de entrada explícitas en el mismo texto gaditano. Sujetos son, de los derechos, el individuo; de las potestades, la nación; y guardando ambos una estrecha relación entre sí. Son sujetos el individuo español y la nación española con el vínculo de un adjetivo definitorio (título I, *De la Nación Española y de los Españoles*)[2]. ¿Y punto? ¿Ya está? Haríamos mal en darnos por satisfechos con una contestación tan rauda. Puede que resulte prematura. Explícita no tiene por qué equivaler a inequívoca. El sentido de la respuesta depende de lo que las palabras signifiquen, de lo que significasen entonces más exactamente, algo que la historiografía sobre Cádiz, presumiéndola moderna, ni siquiera suele plantearse[3].

Puede de entrada ocurrir que *individuo* no significase lo que hoy entendemos por tal y que lo propio sucediera con *nación*. El texto gaditano contiene indicios de que la diferencia entre los significados de antaño y los de hogaño puede resultar sustancial, aunque no sea el caso de que el mismo nos ofrezca elementos suficientes para las precisiones oportunas. ¿Cómo podía ser tan parco para cuestiones esenciales un texto constitucional? ¿Y cómo podemos entonces acceder al sentido pretérito de tales categorías para aquellos tiempos de Cádiz? El carácter jurisdiccional de su constitucionalismo, por lo que daba por supuesto, no sólo por sabido, sino también por establecido, nos está dando una explicación de lo primero, de la parquedad, y sugiriendo, con ello, una vía para lo segundo, para el acceso[4].

---

[1] B. CLAVERO, *Nación y Naciones en Colombia entre Constitución, Concordato y un Convenio, 1810-2010*, en *Revista de Historia del Derecho*, 41, 2011, pp. 79-137, con consideración de Cádiz; José María PORTILLO, *Cádiz entre Constituciones*, en Adriana Luna, Pablo Mijangos y Rafael Rojas (eds.), *De Cádiz al siglo XXI. Doscientos años de constitucionalismo en México e Hispanoamérica, 1812-2012*, México DF, Taurus-CIDE, 2012, pp. 25-46, este volumen por entero también para ubicación diacrónica.

[2] Cito Cádiz por el facsímil *Constitución Política de la Monarquía Española* (Cádiz, Imprenta Real, 1812), Sevilla, Universidad de Cádiz-Ayuntamiento de Cádiz-Casino Gaditano-Fundación El Monte, 2000, mismo de *Constitución Política de la Monarquía Española*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2010.

[3] B. CLAVERO, *Cádiz en España: signo constitucional, balance historiográfico, saldo ciudadano*, en C. GARRIGA y M. LORENTE, *Cádiz, 1812. La Constitución Jurisdiccional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 447-526. La avalancha historiográfica provocada por el Bicentenario de Cádiz, de cuya revisión me ocuparé en una versión ampliada de este mismo trabajo (*Antropología e historiografía del individuo como sujeto de Constitución*), no ha modificado ese punto.

[4] Fernando MARTÍNEZ PÉREZ, *'Ley expresa, clara y terminante'. Orden normativo y paradigma jurisdiccional en el primer constitucionalismo español*, en *Historia Constitucional*, 3, 2002, pp. 99-132; Carlos GARRIGA y Marta LORENTE, *Cádiz, 1812. La Constitución Jurisdiccional*; M. Lorente y J.M. Portillo (eds.), *El momento gaditano. La Constitución en el orbe hispánico, 1808-1826*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2011.

En un sistema jurisdiccional la fuente principal para unas categorías fundamentales no la constituye la ley en su sentido de norma de determinación política de presente, incluyéndose, llegado el caso, la Constitución, esto es, excluyéndosele de una capacidad generativa de paradigma completo. Esa función le correspondía a la jurisprudencia en su significado más lato de construcción normativa de las bases del ordenamiento por tracto cultural, no sólo ni principalmente en el sentido judicial más restrictivo. Donde habría que mirar entonces para la precisión de categorías fundamentales no suficientemente definidas en el texto constitucional es a la jurisprudencia viva al advenimiento de Cádiz, la que representaba el derecho vigente cuando la Constitución se produjo[5].

Donde no hay que mirar en absoluto, por mucho que ésta sea la práctica habitual tal y como si Cádiz se hubiera producido en una campana de vacío que no dejara otra alternativa, es a significados actuales, el mejor modo de bloquear cualquier posibilidad de entendimiento de aquel constitucionalismo. Indebidamente comienza dándose por supuesto que, si encontramos palabras tan simples como la de individuo en un texto constitucional pretérito, las mismas significan lo mismísimo que hoy entendemos, así el ser humano, cada ser humano sólo por serlo, en este caso de la voz individuo. ¿Es lo que entendía la jurisprudencia por entonces? ¿Indujo Cádiz algún cambio relevante al respecto? Respondamos primero a la primera. Prosigamos paso a paso.

¿Acudimos en consecuencia a la jurisprudencia de aquellos primeros tiempos constitucionales para indagar sobre la significación de los términos que pueden representar sujetos en el texto gaditano? Si lo hacemos con la expectativa de que, por la importancia de unas categorías, vamos a encontrar respuestas claras y concluyentes, nos llevaremos un chasco. Resulta que *individuo* no es término cuyo uso corriese habitualmente por medios de la jurisprudencia de la época y que *nación* por lo común ni mereciera para ella regularmente una mayúscula ni tampoco un cultivo. El caso es que la literatura jurídica no se ocupaba de elaborar distintamente ni un concepto ni el otro. ¿Qué clase de ayuda va a poder ofrecernos entonces la jurisprudencia?

Puede que sea una ayuda indirecta pero decisiva, la de ofrecernos la visión del escenario donde vinieron a situarse el *individuo* y la *Nación* constitucionales, unas concepciones del uno y de la otra tradicionalmente desconocidas o, mejor dicho,

---

[5] C. Garriga, *Constitución política y orden jurídico en España: el 'efecto derogatorio' de la Constitución de Cádiz*, en el mismo y M. Lorente, *Cádiz, 1812. La Constitución Jurisdiccional*, pp. 119-168, despeja el anacronismo usual y por lo general implícito en la historiografía sobre Cádiz como punto de partida con alcance derogatorio del sistema jurídico anterior, perfilando el escenario normativo en el que se incluye la continuidad de un derecho de personas y estados o como también, por lo que luego veremos, de una iglesia, la católica, cual parte componente del propio orden constitucional. Eran cuestiones vinculadas vía derecho canónico y teología moral que incidían en materia de personas y estados, una materia decisiva, como tendremos que considerar, para el constitucionalismo gaditano. En fin, como viene ahí a concluir Carlos Garriga, p. 166: "La Constitución proyecta un orden *nuevo*, pero se inscribe en el orden *viejo* y no escapa a su dinámica", sobre todo esto último. El mismo C. Garriga, *Cabeza moderna, cuerpo gótico. La Constitución y el orden jurídico*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 81, *Cádiz, doscientos años después*, 2011, pp. 99-162.

inexistentes para el derecho. La jurisprudencia puede ofrecer el contexto donde los términos del texto gaditano vendrían a cobrar sentido para la época aquella, no para la nuestra. Si comenzamos por no tomar la jurisprudencia de entonces en cuenta, recaeremos en el vicio de proyectar como contexto sin control y sin concierto las categorías actuales. Cuando el sistema es jurisdiccional, como todavía lo era el constitucional de Cádiz no sólo por inercia, sino por determinación propia, el mejor medio de evitar el riesgo es el del recurso a la jurisprudencia de su tiempo[6].

Podríamos preguntarle entonces a la jurisprudencia, no qué significaba *individuo* pues no vamos a encontrar respuesta, sino quién era el sujeto de derecho, pero sobre esto tampoco directamente se interrogaba la misma por latitudes españolas. No desesperemos. Veamos cómo efectuaba su introducción una obra tan significativa para unos tiempos que incluyen el momento gaditano como la de *Instituciones del Derecho Civil de Castilla* de Ignacio de Asso y Miguel de Manuel. Sintetiza lo que era el planteamiento imperante. Así entraba en materia: "Haviendose de dividir esta Obra en tres Libros, que sigan el orden de los tres objetos del Derecho; esto es, *Personas*, *Cosas*, y *Acciones*, en este primer Libro, que es el *de las Personas*, hemos de tratar ante todo del estado de ellas. La *Persona* es: *el hombre considerado en su estado*; por lo que se dice que no puede haver persona sin que se considere en uno, ú otro estado. *Estado* es: *la condicion, ó la manera en que los omes viven o están*". Así con esta guía prosigue[7].

No nos interesa ahora la procedencia realmente añeja de unas expresiones, sino que estuvieran vivas y resultasen operativas a las alturas de Cádiz. Comienza diciéndonos que para el derecho hay *objetos*, no sujetos en el sentido que hoy podamos entender por éstos, y que un primer objeto, no sujeto, es la *persona*. Ésta, la persona, se refiere al *hombre* o, en dicción medieval, *ome*, pero no identificándosele. Como la primera se identifica es con el *estado*, con la *condición* que para cada caso corresponda en el seno de la sociedad bien ordenada. No hay *persona* fuera del *estado*, se insiste por si quedaban dudas. Puede haber hombre sin persona, como en el caso de los *esclavos*, de "los Negros, que se emplean en Indias", en América. El hombre, de

---

[6] B. CLAVERO, *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milán, Giuffrè, 1991, que ya se ocupa de la ignorancia jurisprudencial del individuo por su inexistencia en el ordenamiento establecido. Lo había planteado en *Almas y cuerpos: Sujetos del derecho en la edad moderna*, en *Studi in Memoria di Giovanni Tarello*, Milán, Giuffrè, 1990, vol. 1, pp. 153-171; e incidí en *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Madrid, Trotta, 1997, cap. 1, *Principio constitucional: el individuo en estado*. Tratamiento más cumplido para lo que inmediatamente sigue lo he ofrecido en *La Máscara de Boecio. Antropologías del sujeto entre persona e individuo, teología y derecho*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 39, 2010, pp. 7-40, y en Carlos A. Calderón, Carlos Agurto y Sonia L. Quequejana (eds.), *Observatorio de Derecho Civil*, vol. 14, *La persona*, Lima, Motivensa, 2012, pp. 49-72.

[7] Para registro de la significación de estas *Instituciones*, las de Asso y de Manuel, Mariano y José Luís PESET, *La Universidad española, siglos XVIII y XIX. Despotismo ilustrado y revolución liberal*, Madrid, Taurus, 1974; Manuel MARTÍNEZ NEIRA, *Lecturas antiguas y lecturas ilustradas. Una aproximación a los primeros manuales jurídicos*, en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, 1, 1998, pp. 143-209; Paz ALONSO ROMERO, *Salamanca, escuela de juristas. Estudios sobre la enseñanza del derecho en el Antiguo Régimen*, Madrid, Universidad Carlos III, 2012, pp. 420-421 y 424. Para ilustración, real orden de 5-XI-1802: "Que el catedrático de la más antigua [de las cátedras de Prima de Leyes de la Universidad de Salamanca] explique por dos años y por hora y media los días lectivos las Instituciones de Castilla", las de Asso y de Manuel.

ser persona o tener la condición para serlo, es portador de derecho conforme a su *estado*, nunca sujeto del mismo. En el término de hombre se incluye a la mujer, pero para especificarse enseguida que uno es el *estado* del *varón* y otro el de la *hembra*. Es ésta una distinción de *estado natural*, más fuerte que las distinciones de *estado civil*. La persona de la mujer se sitúa bajo el gobierno doméstico regido por varón, el *pater familias*, sea marido o sea ascendiente carnal o político[8].

La palabra *individuo* ni tiene entrada ni se le necesita, puesto que, si significase ser humano, el concepto no tendría sentido para el derecho. Habría individuos sin posibilidad de alcanzar la cualidad de persona alguna, como los esclavos mientras que lo fueren, y entre las personas había de procederse desde el mero principio a distinciones que impiden la elevación de ninguno de los términos en juego a la posición estricta de sujeto de derechos. Del derecho, todos y todas, inclusive el esclavo, son objetos, no sujetos. Y sólo tienen o no tienen derechos en la medida y de la forma que el estado natural o civil, por naturaleza o por derecho, determine. En su empleo jurídico más riguroso, el verbo que regía a persona era tener, no ser: tener persona, no ser persona. Persona era objeto, no sujeto. He ahí la clave.

A aquellas alturas había por Europa alguna obra de *Instituciones* que en el primer libro, el de *personas*, introducía al *individuo* como sujeto autónomo de derechos sin alterarse en lo sustancial los estados y sus jerarquías, como fuera el caso de los *Commentaries on the Laws of England* de William Blackstone, pero es planteamiento que no se haría inicialmente vivo a efectos constituyentes en bastantes latitudes europeas, como la del caso del foro gaditano al que acudimos[9].

Por su parte, el término *individuo* había surgido recientemente, en las mismas vísperas constitucionales, a lo largo del siglo XVIII, con un empleo no técnico, no propio del derecho, que también ya había comenzado a compartir, fuera del campo jurídico, con la palabra *persona*. En el lenguaje común, persona venía adquiriendo un sentido no vinculado al estado o la condición, sino referido con generalidad a los seres humanos, inclusive los esclavos. Pero esto podemos ver que no contaminaba al derecho. El mismo seguía sin entender del ser humano en general y, aún menos, como sujeto. En el mismo contexto del lenguaje no jurídico es donde viene a introducirse la palabra individuo, la cual tampoco entra en juego para significar ser humano y punto. Había problemas incluso teológicos porque

---

[8] Carmen Serván, *Los derechos en la Constitución de 1812: de un sujeto aparente, la nación, y otro ausente, el individuo*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 81, *Cádiz, doscientos años después*, 2011, pp. 207-226. Es excepción a la ceguera de la historiografía hacia la cuestión neorálgica del individuo en aquel constitucionalismo: José Antonio Escudero (ed.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Madrid, Espasa Calpe-Fundación Rafael del Pino-Ayuntamiento de Cádiz, 2011, que pretende cubrirlo todo.

[9] Giorgia Alessi, *Il soggetto e l'ordine. Percorsi dell'individualismo nell'Europa Moderna*, Turín Giappichelli, 2006, lección III, *Il soggetto e l'ordine delle famiglie. Le ambiguità del lungo Ottocento*. Respecto al género de *Instituciones* que se cultivaba por entonces a lo ancho de Europa, tanto en Castilla como en Inglaterra, no dejando de advertir la singularidad de Blackstone, Laura Beck Varela, *Censorship and Law Books. The Works of Arnoldus Vinnius in Spain*, a publicarse en los *Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte*, Vittorio Klostermann–Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte. Vinnius, autor del XVII, es sabido que constituye la matriz de la literatura *institucionista* moderna, la del XVIII y el XIX.

individuo significaba indivisible conforme a filosofías que entendían que todas las capacidades humanas tienen base corporal mientras que la teología predicaba como dogma fundamental que había divisibilidad entre cuerpo generado por la humanidad y alma infundida por una divinidad, *alma* donde las capacidades se residenciaban. ¿Qué podía entonces significar individuo?

Individuo, al contrario que persona, no operaba entonces en español por sí solo, sino como componente de un sintagma. Helo: los individuos de un consulado de comercio; los individuos de una universidad de estudios; los individuos de un cabildo catedralicio, etc. El individuo era el miembro de una corporación y la corporación era uno de los factores definitorios de estado civil, esto es, de la determinación de persona. Se podía concebir como un elemento indivisible de una entidad compleja porque no considera al ser humano por sí, sino como persona conforme a un estado por pertenencia a corporación, como célula al cabo que la compone. En este sentido, tan sólo en este sentido que no era el de ser humano, podían persona e individuo solaparse, coincidir y así resultar limitadamente, sólo limitadamente, intercambiables.

Subsistía la diferencia de fondo, la de que persona era la categoría técnica en derecho significando otra cosa. También la había práctica. La persona del individuo, esto es, por razón de pertenencia a corporación, no agotaba las condiciones determinantes, no sólo condicionantes, de capacidad de persona concurrentes. Ni tan siquiera constituía la principal. Las personas de familia, comenzándose la del *pater familias*, eran siempre las primarias[10].

¿Se quiere otro ejemplo de empleo de individuo como elemento constitutivo de corporación? Los *individuos de la nación*, perteneciente a ella, en el sentido tradicional que ahora veremos o también, llegado el caso, en el constitucional, esto es entonces el ciudadano como sujeto de derechos en cuanto que persona de esa identidad corporativa, no en cuanto que ser humano. Es el sentido que literalmente encontraremos en el texto de la Constitución de Cádiz. Mas no nos anticipemos. Queda todavía interrogarse sobre la palabra nación antes de acudir al reconocimiento de los sujetos en el texto constitucional gaditano. ¿Qué se predicaba de ese término de referencia, la *nación*? Al contrario que individuo, ese neologismo del siglo XVIII, nación era ya un paleologismo en las vísperas constitucionales, pero, en cuanto que categoría jurídica elaborada, su empleo resultaba también reciente por entonces. Tradicionalmente no lo conocía[11].

---

[10] A la concurrencia de personas en la determinación de la capacidad, que suele tratarse en la historiografía tan sólo respecto a la monarquía como si fuera un extremo de teología política y no de derecho ordinario, responde un título: B. CLAVERO, *Tantas personas como estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid, Tecnos, 1986.

[11] Pedro ÁLVAREZ DE MIRANDA, *Palabras e ideas: El léxico de la Ilustración temprana en España, 1680-1760*, Madrid, Academia Española (de la Lengua), 1992, no registra la palabra *individuo*, pero sí *nación*, con una acepción (pp. 256-261) que resulta bien elocuente para la mismas vísperas de su conversión en categoría constitucional: podía significar lo contrario de lo que iba a venir pronto a representar; "parece nación" quería decir que parece extranjero; "ahorcar naciones", ahorcar a extranjeros; "comerciante nacional", comerciante extranjero. No existiendo la relación con pertenencia a Estado comenzándose por uno propio, podía sobrentenderse que la tenía a naciones otras, las extranjeras, en el sentido de nación que enseguida diremos.

El nuevo concepto lo produjo un *ius publicum* que había venido separándose del *ius commune*, del tronco civil común. Durante dicho siglo, el XVIII, se difundió en especial a través del *ius gentium*, de un derecho de gentes o, precisamente, *ley de naciones* que igualmente iba cobrando entidad propia. Veamos la primera definición que, ya mediado el XVIII, se presenta en el *Derecho de Gentes* de Emer de Vattel: "*Que se entiende por nacion ó por estado*. Las naciones ó estados son unos cuerpos políticos, ó sociedades de hombres reunidos, con el fin de procurar su conservacion y ventaja con la reunion de sus fuerzas". Cito por la primera traducción española que fuera impresa ya entrado el siglo XIX, la de Manuel Pascual. Además de las ediciones francesas, corrían desde temprano manuscritas o adaptadas y disimuladas. En 1779 la obra original se había incluido, sin el beneficio del expurgo, en el *Índice de los Libros Prohibidos*[12].

Lo primero que debe llamarnos la atención es la sinonimia que se establece como punto de partida. Nación y estado eran ambas palabras viejas con significados propios y distintos. *Estado* ya sabemos que era la condición natural o civil determinante de la persona. Por la persona que singularmente le correspondía al monarca, de la monarquía también podía decirse *estado*. *Nación* no era categoría netamente jurídica, pero se usaba en el mundo del derecho para indicarse *naturaleza* o pertenencia a territorio, cultura o colectividad. Dos cosas tan diferentes se predican ahora como la misma: cuerpo político y sociedad de hombres para su propia defensa y provecho. La coincidencia no era absoluta, pues podían decirse cosas como que la finalidad del estado era la felicidad de la nación, con lo que el estado resulta entonces el cuerpo político y la nación, la correspondiente sociedad humana. Concretándose, una monarquía podía constituir corporación, lo cual era el estado que incorporaba nación. Estado y nación representaban dos caras de un solo cuerpo político, la institucional y la social. Una idea de *nacionalidad* que vinculase nación a estado no existía ni podía hacerlo[13].

Nación y estado se abstraían en este contexto hasta ese punto, pero nación y estado seguían conservando sus propios sentido y empleo, el civil y el cultural. Abstracción no era cancelación. El derecho de gentes representaba esos conceptos al tiempo que el derecho civil mantenía la construcción vista de estados y de personas con todos sus efectos. La referencia genérica a *hombre* como componente

---

[12] Pablo Gutiérrez Vega, *Vattel larva detracta. Reflexiones sobre la recepción del Ius Publicum Europaeum en la Universidad preliberal española*, en Manuel Ángel Bermejo (ed.), *Manuales y textos de enseñanza en la Universidad liberal. VII Congreso Internacional sobre la Historia de las Universidades Hispánicas*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 537-568; José Carlos Chiaramonte, *Nación y Estado en Iberoamérica. El lenguaje político en tiempos de las independencias*, Buenos Aires, Sudamericana, 2004, recalcando el papel de la obra de Emer de Vattel, "prácticamente olvidado en la historiografía latinoamericanista" (pp. 12 y 34; además, 127-132). Contribuí a la recuperación en *Happy Constitution*, cuyo mismo título se debe a una expresión de Vattel.

[13] P. Álvarez de Miranda, *Palabras e ideas*, anuncia en un epígrafe (II.1) "El concepto de *nación*. El carácter *nacional*. *Nacional y nacionalidad*" como elementos del vocabulario dieciochesco; sin embargo, el último término, el de nacionalidad, comparece (pp. 225-226) de forma muy esporádica, realmente rara, significando carácter de nación o afecto a nación, pese a lo cual concluye que en dicho mismo siglo XVIII, entendiéndolo de transición, alcanza un "sentido ya plenamente moderno". Conviene precisar porque en Cádiz vamos a ver que hay *Nación* y no hay *nacionalidad*, y que esto encierra su importancia.

de la nación y constituyente del estado presenta de entrada las mismas características que hemos visto en las *Instituciones* castellanas. Quedaba por concretarse lo que representaba esa denominación a la luz del derecho civil de estados y personas. En estas interioridades ni el derecho de gentes ni el derecho público dieciochescos entraban. Sin embargo, algún matiz de distinción podía advertirse. El hombre tradicional estaba constituido por el estado civil mientras que el hombre nuevo podría ser constituyente del estado público. Dicho de otra forma, en este otro contexto donde ya se prefiguran planteamientos que serán constitucionales, el *hombre* podría dejar de ser objeto para erigirse en sujeto.

Con esto creo que ya tenemos el escenario de lenguaje para introducirnos en la lectura de Cádiz. A partir de ahora me ciño al texto gaditano en conformidad con el método de la antropología que se permite la licencia de prescindir de una historiografía insensible a la diferencia de culturas en el tiempo. Aquí la dejamos en suspenso pues regresaremos a ella para contrastar su propia antropología bien diversa[14].

2. CÁDIZ: EL INDIVIDUO Y EL HOMBRE COMO SUJETOS; EL ALMA Y LA PERSONA COMO OBJETOS

Para la inteligencia de lo que la Constitución de Cádiz pudiera decirnos sobre el individuo como sujeto de derechos en relación con la nación como sujeto de potestades, conviene comenzar insistiendo en que ninguna de las dos palabras representaba categoría propia para la jurisprudencia ordinaria de su momento. Novedad también será el entendimiento que Cádiz confiere al calificativo de español para individuo y para nación. La Constitución gaditana no sólo crea con las expresiones de individuo y de nación unos conceptos enteramente nuevos para el derecho de la monarquía española, sino que también al tiempo los eleva a una posición protagónica de categorías claves.

Lo primero que Cádiz hace con el individuo, tras haber definido a la nación, es vincularlo estrechamente a la misma, a la nación: "La nacion española es la reunion de todos los españoles de ambos hemisferios"; "La Nacion está obligada á conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad, y los demas derechos legítimos de todos los individuos que la componen" (arts. 1 y 4). Por el contexto, *ambos hemisferios* es expresión que excluye a África, a los afrodescendientes tanto esclavos como libres; éstos segundos veremos que se declaran españoles, pero no *individuos que componen la Nación*, no así ciudadanos. En cambio, como grueso del segundo hemisferio reconocido junto al europeo por Cádiz, los indígenas no españoles, ni que tales se les había dicho con anterioridad, son ahora *españoles* así como componentes de la Nación y así individuos por virtud todo ello de la Constitución.

---

[14] B. CLAVERO, *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, parte introductiva, cap. 2, *Moral Economy: El suspenso de una historia*. No sólo metodológicamente lo había venido planteando, particularmente con los estudios que reuní en *Tantas personas como estados.*

De *españolas* no se habla a ningún efecto porque las mujeres no podían serlo por sí mismas, sino por relación familiar, esto es, por subordinación a padre de familia español, el marido u otro. Los españoles, siempre en masculino, son los llamados también *naturales* (art. 29). *Naturaleza* es expresión tradicional, significando ahora constitucionalmente la condición de español, lo que no se llama *nacionalidad* o similar no sólo porque la categoría no se tuviera aún, sino porque no podía existir para Cádiz. Que las españolas sólo lo fueran a través del vínculo familiar bastaba para bloquear la posibilidad de concebir una condición de pertenencia a Nación en la que hombres y mujeres pudieran serlo de igual forma por nacimiento. Comprobaremos que, por nacer en territorio español y algún otro requerimiento, sólo los hombres devienen españoles.

De entrada, el sujeto constitucional es individuo y ciudadano, lo mismo al cabo. El individuo es el ciudadano y el ciudadano es el individuo. Constitucionalmente, era una célula sin vida por sí misma, sino por pertenencia al cuerpo colectivo de la Nación. Y no hay entonces otro sujeto de derechos constitucionalmente relevantes que el individuo y ciudadano, ciudadano e individuo, español para el caso. La *reunión* de *todos los españoles* origina *la Nación española*, pero la misma se compone, a efectos operativos de derecho constitucional, tanto del constituyente como del constituido, por los *individuos ciudadanos* y no por los españoles a secas.

Cádiz habla de "derechos del español" como derechos distintos a los derechos del ciudadano (arts. 5.2, 19 y 20, en relación con el extranjero naturalizado), pero el español no ciudadano sólo puede tener derechos conforme al orden entonces establecido que la Constitución no viniera a alterar, lo que quiere decir, como habrá ocasión de comprobar, el ordenamiento de personas y estados. Únicamente la ciudadanía, una ciudadanía de individuos que componen la Nación tan sólo, pues otros individuos no hay, confiere derechos de carácter y rango constitucional. *La libertad civil, la propiedad, y los demas derechos legítimos*, en cuanto que derechos constitucionales, lo son de los ciudadanos, únicos individuos, lo que no implica, por supuesto, que, sin ser individuo, no se pueda gozar de derechos, pero conforme a las respectivas personas, sin relevancia constitucional.

Ante el galimatías aparente de los pronunciamientos de Cádiz, galimatías para una visión posterior, sobre quiénes son *españoles*, quiénes, *ciudadanos*, y quienes *individuos*, quiénes los sujetos constitucionales de derechos de libertad civil, propiedad y otros legítimos, suele entenderse que los primeros son los individuos mientras que los segundos sólo serían aquellos españoles dotados de derechos específicamente políticos. Al efecto se proyecta el anacronismo de la distinción entre *nacionalidad* y *ciudadanía* que en Cádiz sencillamente no existe. Y se presume siempre, desde la perspectiva posterior, que individuo no puede significar sino ser humano, por lo que debe entenderse por tal la categoría más comprensiva, la de españoles

De momento reiteremos que en Cádiz individuo se identifica con ciudadano, no con español. Los *individuos que componen la Nación* son los individuos que constituyen operativamente la Nación española y resultan, con dotación de derechos constitucionales, sus agentes, estos son los ciudadanos. La reunión de

hombres e individuos que constituye nación es en el caso reunión de *españoles*. El primero es el componente de la segunda. La nación queda obligada a la garantía de los derechos de los individuos, más concretamente al aseguramiento de sus derechos legítimos, esto es lo de *legítimo* en el sentido etimológico de conformidad a ley, conformidad a las leyes o al conjunto del ordenamiento que es la Nación quien ha de producirlo o asumirlo. Si legítimo significase otra cosa, la conformidad con algo distinto a las leyes o al ordenamiento, no tendría sentido en dicho contexto. Póngase en el negativo del antónimo. Derechos ilegítimos sólo puede significar disconforme con el ordenamiento.

Recordemos el tenor del epígrafe ya citado del título primero de Cádiz en el que todo lo que estamos viendo se incluye: "*De la Nacion Española y de los Españoles*", por este orden de factores entonces significativo. No se dice "de los españoles, de las españolas y de la nación que forman", sino "de la Nación española, de los españoles que la componen y de algunos otros españoles que pueden llegar a componerla", fundamentalmente de los primeros y para nada de las españolas. Otro sentido es pura proyección anacrónica abstraída de las categorías que el propio título contiene[15].

El sintagma *individuos que componen la Nación* no es en absoluto un modismo ocasional, sino la construcción que ante todo define al individuo como sujeto de derechos al tiempo que como objeto de derecho, sujeto de libertades y objeto de ordenamiento, éste ahora constitucional, de forma indistinguible para su misma identidad como individuo. Como sujetos de libertad y acreedores de bienestar, Nación e individuo, si se distinguen, es por cuanto que el segundo se constituye como elemento componente de la primera: "El objeto del Gobierno es la felicidad de la Nacion, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bien estar de los individuos que la componen" (art. 13).·Ahí se tiene de nuevo el sintagma.

Bien estar, escrito todavía como dos palabras, implica ante todo la garantía de los derechos de individuos, "la libertad civil, la propiedad, y los demas derechos legítimos". *Demás* derechos legítimos significa en efecto entonces que todos han de serlo, *legítimos*, conforme a ley, conforme a las *leyes sabias y justas* de la Nación. La misma religión nacional, la católica, habrá de atender a la función: "La religion de la Nacion española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nacion la protege por leyes sábias y justas, y prohibe el exercicio de

---

[15] Puede contrastarse Manuel PÉREZ LEDESMA, *El lenguaje de la ciudadanía en la España contemporánea*, en *Historia Contemporánea*, 28, *Pueblo, ciudadanía y otros conceptos políticos*, 2004, pp. 237-266 (también en M. Pérez Ledesma, ed., *De súbditos a ciudadanos. Una historia de la ciudadanía de España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 445-482); p. 248: "Por un lado estaban los españoles, dotados de los derechos civiles (la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que componen la nación, según el artículo 4 de la Constitución); por otro, los ciudadanos, que contaban además con los derechos políticos. Varios oradores gaditanos se esforzaron por marcar con toda claridad la diferencia", siento cierto esto último, aunque no de forma tan nítida ni, sobre todo, que se trasladase a la Constitución. En el caso de Cádiz ya se sabe que el debate público, inclusive el parlamentario, no fue muy relevante para las decisiones constituyentes y de que, encima, las actas transmitidas de las sesiones de Cortes tampoco resultan muy fidedignas.

qualquiera otra" (art. 12). Nación es la comunidad ciudadana, de los individuos con derechos. El Estado a su vez se distingue como la institución política que asume las obligaciones contraídas por la Nación; la principal, la de cuidar de sus derechos, que son los derechos de sus individuos. El preámbulo de Cádiz lo manifiesta: "Las Córtes generales y extraordinarias de la Nacion española (…) decretan la siguiente Constitucion política para el buen gobierno y recta administracion del Estado". No se trata de planteamientos circulares, sino de determinación recíproca entre sujetos de derechos y sujeto de potestades o, dicho de otro modo, sujeto de Estado, del Estado al que se le confía el ejercicio de las libertades.

La Nación y, por su medio, el individuo son los sujetos de derechos. En su interrelación, la primera determina al segundo más que el segundo a la primera. En términos constituyentes, la Nación constituye al individuo y no el individuo a la Nación. El individuo lo es en cuanto que miembro de la Nación y no de otro modo, nunca fuera de ella. No se trata de condicionamiento de los derechos del individuo por lo que luego se llamaría nacionalidad, sino de determinación constitutiva del sujeto individual mismo en función de Nación. Fuera del estado no hay persona, se nos decía. Fuera de la Nación no hay individuo, nos dice Cádiz. El individuo más estaba sujeto a Nación que era sujeto de la Nación. Ser, era ambas cosas. Estaba a un tiempo en sujeción y en libertad.

"La soberanía reside esencialmente en la Nacion, y por lo mismo pertenece á esta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales" (art. 3), es un pronunciamiento de Cádiz que suele entenderse en relación con la monarquía como si supusiera la nacionalización de una capacidad constituyente que antes, en realidad, nunca había existido. Aquí nos interesa el sentido que encierra respecto a la determinación del individuo, a cuyos efectos *leyes fundamentales* son las que reconocen y garantizan derechos *legítimos*, derechos conforme a ley, en conformidad con *leyes sabias y justas*. La Nación con su sabiduría y justicia constituye al individuo y sus derechos. Constituye las libertades y sus sujetos.

Unas libertades eran ante todo de la Nación, participándola ésta a sus individuos, los miembros que la componen. La Nación a su vez se concebía como reflejo de monarquía dada y se concretaba como proyección de derecho dado. Puede así decirse que la Nación era política o jurídica y no cultural, aunque la Constitución contenía un proyecto de homogenización de cultura a través de la educación (título IX, *De la Instruccion Pública*). Cádiz se movía entre el plural de *las Españas* y el singular de *la Nación española*. Nunca dice España en singular en un sentido abarcador de nación. El uso de produce sin dicha implicación: Nueva España, Grandes de España… Nación en Cádiz no refunde Españas en España. En su materialización el concepto de nación no era el anterior a la Constitución, salvo en lo que toca a su dimensión reciente de identificación por el Estado conforme al planteamiento del derecho de gentes.

En el momento estricto de Cádiz y a sus efectos constituyentes, se abstraía de forma y no se abstraía de fondo. Ahí está para lo uno la identificación de Nación por Estado en un singular compartido y ahí están para lo otro los *estados* en un

plural diversificado. Se trataba de bastante más que de un tocado para lo uno y un sustrato para lo otro. En lo que interesa al individuo como sujeto, en el seno de un derecho de personas y estados que la Constitución no alteraba ni hacía el intento, su condición resultaba un estado entre estados, un estado más, estado como tal, el de individuo, propio de algunos en el seno de la sociedad, no de todos. La Nación ha de configurarlo conforme a sabiduría y justicia, conforme a elementos dados de monarquía y derecho, religión inclusive, esto es jurisdiccionalmente. Es lo que seguiremos viendo.

El texto gaditano utiliza cerca de treinta veces la palabra individuo, ninguna de ellas desbordando el sentido de célula componente de nación o de otra corporación: "individuos de la junta", "individuos de la diputacion", de la provincial o de la parlamentaria, "individuos de la comision", una u otra, "individuo de la regencia" colegiada como también de otros colegios políticos o judiciales... Hay una aparente excepción: "No puede el Rey privar á ningun individuo de su libertad" (art. 172.11); en el juramento que el rey ha de prestar al advenir al trono ante las Cortes o parlamento, se comprende el respeto a "la libertad política de la Nacion y [a] la personal de cada individuo" (art. 173). Aparente he dicho por lo que entonces se sobrentendía. Ya sabemos que el sujeto de libertad es el individuo componente de la Nación y así la Nación misma.

Cada individuo no es la expresión general que hoy pudiera entenderse, sino cada miembro de la ciudadanía, una minoría como seguiremos constatando. Los diputados a Cortes que reciben el juramento regio son individuos por partida doble, como integrantes de corporación y como sujetos de libertad. Mejor mirado, lo son todos de forma simple con aplicación múltiple, pues lo segundo resulta un caso más de lo primero. El sujeto constitucional de derechos lo es en cuanto que miembro de la gran corporación llamada Nación. El resto, quienes carecen de la condición de individuo, pueden tener también derechos, sólo que sin relevancia constitucional, conforme a la respectiva persona según todavía veremos para los supuestos de la mujer y del trabajador.

Sobre quien era componente activo de la Nación y quien no, algo tenía que decir el derecho de estados y personas, el derecho por entonces vigentes que Cádiz sustancialmente no alteraba. No bastaba con ser español. Ni siquiera, como ya hemos subrayado, existía una categoría de nacionalidad que comprendiera a todos los españoles y, aún menos, pues nada, a las españolas. Sí que la había de ciudadanía cuyos miembros eran los individuos que componían la Nación, pero sin producirse una identificación cumplida puesto que una primera y decisiva depuración se daba por entendida. Era la que producía la subsistencia de ese derecho de estados y personas que la Constitución de Cádiz no alteraba ni siquiera en lo que tocaba a la esclavitud, manteniéndola. Esclavos y esclavas para Cádiz no eran ni españoles. No tenían persona para ser nada relevante para el derecho. Mas no fueron tan sólo ellos quienes así quedaban, mientras permanecieran en dicho estado, radicalmente excluidos de la posibilidad de ser individuos, miembros de la ciudadanía que constituyeran la Nación y se beneficiaran de los derechos propios de la misma.

En sus términos más generales, si para entonces pudiera hablarse de nacionalidad como pertenencia a Nación, habría de deducirse que resultaba de entrada lo mismo que ciudadanía. No podía identificarse con la condición de español. Las categorías no quedaban claras en el texto constitucional por cuanto se daba por subsistente y así entendido. Entre la inexistencia de una categoría de nacionalidad en el texto constitucional, pues la de naturaleza no equivale, y la subsistencia, que en el mismo se solapaba, de los estados determinantes de personas, las respectivas identificaciones de individuos como sujetos de derechos y de la Nación como sujeto de potestades se encuentran en buena parte sobrentendidas. La persistencia de derecho de personas y de estados es general en todo el primer constitucionalismo de matriz europea por casa o por América, aunque no sea éste un fenómeno que a la historia constitucional le guste tomar en consideración. Cádiz no fue una excepción, distinguiéndose, si acaso, por el grado y la deliberación como la continuidad se produjera. Aquí sólo nos importa su caso.

La primera exclusión, o mejor segunda a efectos internos tras la de los esclavos, se produce con respecto a la mujer. Siendo por estado natural, ni siquiera se registra de forma expresa. La Constitución de Cádiz es cosa de hombres. Hombre sabemos que podía incluir a la mujer, pero esto no ocurre en el texto gaditano estricto. El mismo llega al extremo de dar la impresión de que la reproducción humana se realiza por partenogénesis masculina: "Son españoles. Primero: Todos los hombres libres nacidos y avecindados en los dominios de las Españas y los hijos de estos" (art. 5). La impresión la despeja el propio texto cuando acumula condiciones para conceder la ciudadanía a libertos afrodescendientes, a la que tienen acceso pues de entrada, sin han adquirido "la libertad en las "Españas", son españoles (art. 5.4). Incluye la condición de que "sean hijos de legítimo matrimonio de padres ingenuos" o no esclavos (art. 22), de padre y madre. Más implícitamente, también despeja Cádiz la impresión de partenogénesis al definir al ciudadano: "Son ciudadanos aquellos españoles que por ámbas líneas traen su orígen de los dominios españoles de ámbos hemisferios, y estan avecindados en qualquier pueblo de los mismos dominios" (art. 18), por ambas líneas, la paterna y la materna.

No hay en aquella antropología partenogénesis salvo a los efectos constitucionales de transmisión de la condición de español entre padre e hijo. Las mujeres ya sabemos que se entienden españolas por la relación con un padre de familia español, el marido en su caso, no por sí mismas. Ni tienen ni transmiten la condición. Cuando Cádiz establece como condición para otorgar carta de ciudadanía a un extranjero "estar casado con española", los derechos de ciudadano no los transmite la mujer, sino que los confieren las Cortes, el parlamento (arts. 19 y 20). Igual ocurre cuando entre las condiciones para que un liberto pueda solicitar la ciudadanía se incluye no sólo la de ser hijo legítimo de madre libre, sino también, entre otras más, "que estén casados con mujer ingenua".

Para el derecho de personas, *liberto* era un estado que discapacitaba temporalmente por servicios debidos al antiguo propietario como compensación de la emancipación, por lo que Cádiz, aparte de que pesase claramente el racismo, requería condiciones a fin de garantizar que ya se había superado dicha posición

("que hicieren servicios calificados a la Patria", "que se distingan por su talento, aplicación y conducta", "que ejerzan alguna profesión, oficio o industria útil con un capital propio"; siempre en dicho art. 22). Tanto respecto a extranjeros como a libertos, son todas las dichas solamente eso, condiciones para un derecho que confiere la Nación representada por las Cortes, no que transmitan madres ni esposas. En derecho, nadie da lo que no tiene, ya se sabe.

Las mujeres no tenían derechos constitucionalmente relevantes ni pueden en consecuencia transmitirlos a ningún efecto. Hombre sabemos que podía comprender a la mujer, pero está dicho no es éste el caso para el texto gaditano. Prácticamente, la única ocasión en la que el texto gaditano usa la expresión de *hombre* es en el referido artículo constitucionalmente partenogenético: *los hombres y los hijos de los hombres*. Digo lo de prácticamente porque hay un par de ocasiones de empleo cualificado como sintagma hecho que indica una condición o estado de persona sin posibilidad alguna de comunicación a la mujer: *hombres buenos* como peritos para la evaluación de indemnizaciones por expropiación pública o como asesores del alcalde en procedimientos jurisdiccionales de conciliación (art. 172.10 y 283). La mujer, aunque se le menciona en las ocasiones vistas, no existe como sujeto humano para la Constitución de Cádiz. Como persona veremos que tiene una posición que no concede en absoluto ese acceso.

Si en ningún momento el texto gaditano hacía empleo del vocablo *hombre* para comprender a la mujer y si ésta, exclusión de la ciudadanía mediante, no cabía que se incluyera en el término *individuo*, el integrante de Nación, ¿qué palabra utiliza Cádiz para referirse a seres humanos más en general de verse en la necesidad? Hela: *almas*. "Por cada 70.000 almas de la población" se tiene derecho a un escaño parlamentario; hecha la distribución, corresponde otro adicional por "el exceso de más de 35.000 almas", lo que a su vez basta si un distrito no llega a las 70.000 (arts. 31, 32 y 33). Una comunidad local tiene derecho a constituir ayuntamiento cuando "por sí o con su comarca lleguen a mil almas" (art. 310). Alma parece que se llamaba entonces a lo que hoy decimos individuo o también persona. *Habitante* se dice sólo en una ocasión con un sentido más restringido, para la formación de milicias, lo que requeriría cualificación. *Vecino*, que se utiliza más, es término también cualificado, ante todo para ser español como hemos visto (art. 5 citado). Los gitanos, si trashumantes, no eran españoles para Cádiz. En general no es española la población vagabunda. Había que estar formalmente avecindado no sólo para ser ciudadano, sino incluso para ser español. Había órdenes religiosas, católicas, que tampoco cumplían la condición. Eran sólo almas.

En el contexto confesional del texto gaditano, contexto en el que habremos de abundar, ni siquiera *alma* se referiría a la totalidad de *la población*, hasta tal punto no habría un término constitucional para el ser humano en general. Almas para la Constitución serían las de quienes constasen en el registro de una iglesia, la católica. No se adquiría la existencia en derecho por el nacimiento, sino por recibir un sacramento religioso, el bautismo. Protestantes, gentes de otras religiones o de religión ninguna no bautizados católicamente no tenían en consecuencia existencia constitucional o ni apenas jurídica. Si se les respetaba como por entonces en

el caso de los anglicanos por virtud de la alianza con la monarquía británica, no era porque el derecho lo requiriese, sino porque la política lo recomendase, según podía estar también reconocido para otros casos mediante tratados o por mera prudencia en la práctica. En definitiva, concepto para ser humano en general no hay visos de que lo hubiera en Cádiz.

Ni *persona* ni *individuo*, los términos principales, ya nos consta sobradamente que no significaban ser humano y punto, cualquier ser humano. Cuando se quiere hacer referencia, no a todo ser humano, sino al universo bautizado, Cádiz a lo que recurre es a esa otra palabra, la de *alma*, la cual a su vez representaba un objeto de derecho, *la población* de la monarquía, no un sujeto de derecho, el *individuo* español o la *Nación* española. Puede argumentarse que este uso es debido a la mentalidad religiosa de una Constitución confesionalmente católica, lo que es desde luego cierto y además incide en la dificultad de concebir al individuo como ser humano sin dependencia constitutiva de tipo corporativo u otra, como la misma de la infusión divina de las capacidades humanas según el dogma católico. Pero este argumento no lo explica todo. Alma ofrecía la abstracción suficiente para el juego constitucional de este conjunto de categorías.

Lo más significativo es siempre que ni *persona* ni *individuo* o ni siquiera *alma* se utilizan en ningún momento con el sentido más indistinto ni cabía entonces que esto se hiciera. No estaban disponibles a este empleo puesto que significaban otras cosas que también tienen que ver con el ser humano, sólo que en sentido efectivamente más cualificado y restringido. Nos queda aún por comprobar en Cádiz el juego de la persona, el objeto principal, no el sujeto, de las *Instituciones*. Hemos detectado efectos suyos, como en el caso de la mujer, pero no se ha considerado todavía su forma de incidencia.

3. LA PERSONA EN ESTADO YA CIVIL, YA NATURAL: TRABAJO Y GÉNERO

La Constitución de Cádiz se adopta como *Constitución Política*, con este adjetivo que entonces restringe su alcance respecto a la materia que cubre. En los debates constituyentes se habló de añadir otras *constituciones*, como la eclesiástica o la militar. Lo político se distinguía también de lo civil en el sentido del ordenamiento sobre *personas*, *cosas* y *acciones* de lo que trataba la jurisprudencia. De esto tampoco se ocupaba la Constitución Política, dándolo de entrada por supuesto y previendo que unos *códigos* se harían ulteriormente cargo: "El código civil, criminal, y el de comercio serán unos mismos para toda la monarquía, sin perjuicio de las variaciones, que por particulares circunstancias podrán hacer las Córtes" (art. 258). Serían las constituciones civil, penal y mercantil.

El derecho de personas que la Constitución Política mantiene había de incidir especialmente en el campo de los sujetos, aunque ya sabemos que no era el suyo. El texto gaditano hace uso de la palabra persona algo más de treinta veces, bien que por lo general en el sentido no técnicamente jurídico de seres humanos,

aunque nunca todos, pues se preciaba estado para serlo. En esta acepción no era materia constitucional. Persona es palabra que en Cádiz sirve para designar o singularizar unos contados seres humanos: "determinada persona", "un número de personas", "personas y bienes", "ninguna persona ni familia", "persona ó personas elegidas", "personas que determine el ceremonial", "personas de conocida instruccion", "persona que exerza cargo público", "la persona del Rey", "las personas de la familia real",… Hay un uso de "toda persona" que podría acercarse a todo ser humano, pero sin implicación nunca de que pueda ser en forma de sujeto: "Toda persona deberá obedecer estos mandamientos [judiciales]; qualquiera resistencia será reputada delito grave" (art. 288). Tampoco además lo resulta puesto que, por cuanto veremos, un juez no podría dirigir mandamientos directamente, sin pasar por el padre de familia, a la mujer o al trabajador asalariado.

Sólo hay una ocasión de clara remisión al sentido técnico. Se trata de un caso singular: "La persona del Rey es sagrada e inviolable, y no está sujeta a responsabilidad" (art. 168). Persona aquí designa a un concreto ser humano desde luego, pero significa más propiamente condición de estado. Y resulta relevante que para lo primero no se utilice nunca el término de individuo. No eran palabras intercambiables. No cambia nada que "persona del Rey" pueda quedar luego como un modismo o como un latiguillo sin consideración de estado entre estados. En Cádiz significaba esto último. El mismo nombre de Estado con mayúsculas para la monarquía procedía del estado del monarca como persona con minúscula, quiero decir, de su posición de estado entre estados, persona sobre personas.

Sin utilizarse la palabra persona, estados que la determinan asoman de forma expresa y directa por el texto constitucional gaditano en un par de ocasiones: "El exercicio de los mismos derechos [ciudadanos] se suspende: (…) Segundo: Por el estado de deudor quebrado, ó de deudor á los caudales públicos. Tercero: Por el estado de sirviente doméstico" (art. 25). Menos directamente, también comparecen el "estado seglar", el "eclesiástico secular" y el "eclesiástico" sin más. Son puntas de iceberg del mantenimiento del derecho de personas. A la espera de una Constitución Eclesiástica que nunca llegaría ni ocasión que hubo, lo que a la Constitución Política interesaba especialmente era el caso de los estados que suspendían el ejercicio de la ciudadanía, no anulándose la ciudadanía misma. El tratamiento por entonces penal de la quiebra afectaba efectivamente al estado determinante de la persona. No menos o realmente más lo hacía la condición de *sirviente doméstico*.

Había en Cádiz estados sin necesidad de usarse la palabra. Por ejemplo, en la composición del Consejo de Estado, una institución muchísimo más importante allí de lo que lo sea hoy el órgano del mismo nombre, figura, junto a gente eclesiástica y otra, la Grandeza de España, lo que tampoco era, como en la actualidad lo sea, un contingente residual con algún privilegio suelto frente al principio constitucional de no-discriminación, sino un estado de nobleza cualificado en el seno de una sociedad de estados sobre la que Cádiz, sin necesidad de proclamarlo, se sustentaba en definitiva.

A lo que nos importa ahora, en el derecho de personas *sirviente* era expresión de estado significando trabajador heterónomo, que hoy diríamos por cuenta ajena,

mientras que *doméstico* se refería al efecto de que esta relación de trabajo implicaba la sujeción del trabajador o trabajadora a la autoridad del padre de familia que le empleaba. En el Proyecto de Constitución presentado al pleno de las Cortes por su Comisión de Constitución, el proyecto cuyo discurso preliminar se ha convertido luego en poco menos que exposición de motivos de la Constitución misma, se utilizaba una expresión más clara al propio efecto del alcance de la suspensión del ejercicio de la ciudadanía: "estado de sirviente á soldada de otro". ¿Por qué es que se modificó la expresión?

Sirviente doméstico era el sintagma técnico. La otra forma dejaba por su parte claro que el *estado* servil correspondía a todo trabajador *a soldada*, asalariado diríamos hoy. No se comprendían trabajos con contraprestación de honor, los que se remuneraban por *honorarios*, como los de preceptores, médicos o abogados. Por una zona intermedia podían suscitarse y se suscitaron dudas. Entre trabajo a soldada y trabajo doméstico resultaba que no había implicación de que el concepto se restringiese, aunque ya el intento se diere en el mismo foro gaditano. Como ambos resultaban igualmente amplios, la restricción como hubo de producirse fue a continuación según veremos enseguida.

Doméstico no significaba que el trabajo necesariamente se desempeñase en hogar ajeno. Cualquier trabajo por cuenta ajena suponía el sometimiento a dicha autoridad de un padre de familia que no era el propio o que para entonces lo resultaba desde el momento en que la relación laboral se contraía. Era estado de servidumbre, categoría distinta a la de esclavitud. Para hacernos una idea del alcance de aquella sujeción del trabajo a la propiedad, baste recordar que tal autoridad patronal llegaba a asimilarse a la judicial. Por vía de exención respecto a la jurisdicción pública en el ejercicio de la autoridad de padre de familia a todos los efectos, el patrón se decía, con todas sus consecuencias prácticas, que era el juez natural del trabajador. Éste no tenía acceso a la justicia sobre ninguna de las incidencias de sus relaciones con el patrón o con representantes suyos, capataces u otros. Por cuanto que Cádiz contempla *el estado* del trabajo, todo ese derecho viene a poder comprenderse en el orden constitucional.

Llegada la Constitución de Cádiz, el estado servil del trabajo no excluye de la ciudadanía, pero deja en suspenso su ejercicio. Tratándose de suspensión y no de denegación, el acceso a propiedad suficiente para la propia subsistencia podía reintegrarla. Dejar de trabajar sin más no daba acceso al ejercicio de la ciudadanía, pues ésta también se suspendía "por no tener empleo, oficio o modo de vivir conocido" (art. 25.4). En todo caso, el núcleo de la cuestión consiste en que la servidumbre del trabajador era el derecho del trabajo de Cádiz[16].

---

[16] Alejandro Martínez Dhier, *La igualdad de todos los individuos ante la ley: 'la vagancia' en la Constitución de Cádiz*, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 5, *Especial sobre Constitución de Cádiz,* 2009, pp. 51-71, partiendo en ese sentido de igualdad entre individuos a contramano no sólo para Cádiz. En esta dirección contrafactual, a fuer de buscar virtudes liberales en Cádiz y su tiempo, se le viene a rebuscar incluso en los aledaños del campo laboral de régimen servil: Antonio Álvarez Montero, *La libertad de trabajo en el entorno normativo de la Constitución de Cádiz*, en Miguel Ángel Chamocho y Jorge Lozano

Conviene añadirse que la amplia incidencia de la suspensión de la ciudadanía por el estado de trabajo condujo a una recapacitación. A efectos de participación electoral comenzó a interpretarse por juntas electorales antes que por la Comisión de Constitución de las Cortes que la condición de sirviente doméstico debería restringirse al "servicio casero" o al trabajo "cerca de la persona" y así se haría en lugares donde abundaban jornaleros sin tierras o familias dentro de haciendas. En todo caso, esto no eliminaba el estado de servidumbre laboral. A otros efectos se mantenía la sujeción del trabajo a la autoridad doméstica de la familia empleadora. La duda podía plantearse respecto al acceso a la justicia una vez que la devolución parcial del ejercicio de la ciudadanía a efectos electorales había de implicar la consideración del trabajador no casero como individuo que compone la Nación, sujeto de derechos y acreedor por ende de garantías como las judiciales.

Cádiz no dio respuesta a esa duda. Notorias dificultades se interponían, Llegó a acuñarse una fórmula de difícil sentido jurídico, la de "estado de sirviente doméstico cerca de la persona" o similar. Fue utilizada por Constituciones americanas herederas de Cádiz. Podría haberse suspendido directamente la ciudadanía de los trabajadores en hogar ajeno, pero el uso persistente de la categoría de *estado* que daba razón a tal exclusión hacía entrar en juego a una jurisprudencia de personas que no entendía del distingo, sino sólo de estado de los sirvientes domésticos, de todos ellos. La distinción pudo funcionar solamente a efectos constitucionales y probablemente tan sólo electorales[17]. En España, cuestión de estados no hubo para el constitucionalismo sucesivo, aunque en parte se mantuvieran, puesto que vino a imperar un régimen censitario reduciendo drásticamente la ciudadanía.

A las alturas de 1812, la respuesta a la duda existía y se conocía. La ofrecía desde Francia el Código Napoleón, código civil que ya estaba traducido y publicado en español cuando Cádiz, como hemos visto, hacía previsión de codificar. El mismo había mantenido a la mujer en una condición de estado, como todavía tendremos que ver, pero no en cambio al trabajador, cuyo caso fue situado en sede de contrato con acceso consiguiente a la justicia, bien que con la peculiaridad de reproducir la sujeción laboral. Sobre la base de que el contrato de trabajo no era escrito ni tenía por qué serlo, el Código Napoleón disponía que la palabra del patrón había de constituir prueba en juicio para cuestiones esenciales de la relación

(eds.), *Sobre un hito jurídico: la Constitución de Cádiz. Reflexiones actuales, estados de la cuestión, debates historiográfic*os, Jaén, Universidad de Jaén, 2012, pp. 325-342.

[17] En el debate habido a la primera ocasión que propuse la lectura de *sirviente doméstico* en el texto gaditano, iniciado por una reseña de Alicia Fiestas en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 55, 1985, pp. 837-842, M. PÉREZ LEDESMA, *Las Cortes de Cádiz y la sociedad española*, en *Ayer*, 1, *Las Cortes de Cádiz*, 1991, pp. 167-206, alegó oportunamente (pp. 188-189) que en el mismo seno de las Cortes se había previsto la amplitud del efecto y decidido la restricción con la adopción del calificativo *doméstico* en vez de *a soldada*, pero esto no toma en cuenta el derecho de personas y estados de entonces que en sí no se alteraba ni por forzarse la interpretación restrictiva. El debate entonces no prosiguió por responsabilidad mía puesto que faltó mi réplica, lo reconozco, limitándome a la respuesta por completo insatisfactoria de reafirmarme en la posición. Para la construcción del derecho de propiedad privada sin alteración de la servidumbre laboral, B. CLAVERO, *Les domaines de la propriété, 1789-1814: Propiedad y propiedades en el laboratorio revolucionario*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 27, 1998, pp. 269-378.

de trabajo. El trabajador podía acceder a una justicia que así se ponía al servicio de la otra parte. El cambio de sede normativa entre estado y contrato no suponía realmente un transcurso de estado a contrato[18].

Así podía resolverse la cuadratura del círculo. Poco después de los tiempos napoleónicos nacería quien ha sido el principal teórico del tránsito histórico *from status to contract*, Henry Sumner Maine, miope, igual que tantos otros y otras ayer y hoy, ante estados de tal alcance como el de la servidumbre laboral existentes en algún grado todavía en su propia sociedad. Aunque el nombre no haga enteramente a la cosa, *master and servant law* es el nombre del derecho del trabajo en Inglaterra hasta entrado el siglo XX, el recién pasado. En todo caso, los mismos cambios que comenzaron a plantearse ya en el mismo siglo XIX son indicativos de que, a sus inicios, el régimen del trabajo era sustancialmente el de la servidumbre doméstica en su sentido jurídico[19].

En cuanto al estado de la mujer, Cádiz ni siquiera se digna registrarlo, dando por supuesto, como hemos comprobado, su incapacidad radical para ser sujeto de derechos constitucionalmente relevantes. Bajo el paradigma gaditano, no creado pero acogido por Cádiz, la mujer, al contrario que el trabajador, no se encontraba con posibilidad alguna para acceder a la condición de individuo integrante de la Nación. Ni siquiera era española por derecho propio. El derecho de personas la consideraba un ser doméstico en el sentido visto de sometimiento a autoridad familiar. Tampoco tenía acceso a la justicia por sí misma, sin mediación del padre de familia, fuese su marido u otro. De éste también se predicaba que era el juez natural de la mujer. Salvo por recluírsele en familia propia, de sangre, de adopción o política, su estado de persona era sustancialmente similar y no mejor jurídicamente en todo caso al del trabajador.

Para los tiempos de Cádiz, había diversidad de posiciones jurisprudenciales respecto a la caracterización del estado de la mujer como civil o como natural, como dispuesto por el derecho o como establecido por la naturaleza o, lo que equivalía, por el *Dios autor y supremo legislador de la sociedad* que hemos visto invocarse al principio de la Constitución. Lo segundo ni siquiera se planteaba respecto al trabajador. En el caso de Francia que estaba a la vista de Cádiz, entre la revolución y la codificación, después de que la primera eliminase el estado de la mujer en el ámbito civil y la segunda lo restableciese, se había asentado la

---

[18] Ya me ocupé de detalles en *Amos y sirvientes, ¿primer modelo constitucional?*. Respecto a la referencia napoleónica, André Castaldo, *L'histoire juridique de l'article 1781 du Code Civil: 'Le maître est cru sur son affirmation'*, en *Revue Historique du Droit Français et Étranger*, 55, 1977, pp. 211-237; Alain Cottereau, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré, puis évincé par le droit du travail (France, XIX^e siècle)*, en *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 57, 2002-6, *Histoire et Droit*, pp. 1521-1557.

[19] Otto Kahn-Freund, *Blackstone's neglected child: The contract of employment*, en *The Quarterly Law Review*, 93, 1977, pp. 508-528; 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; Christopher Frank, *Master and Servant Law: Chartists, Trade Unions, Radical Lawyers and the Magistracy in England, 1840-1865*, Farnham, Ashgate, 2010. La miopía, no digo la ceguera, también se daba respecto al *status* de la mujer, como si todo fuera ya contrato entre sujetos libres o como si el régimen de la familia hubiera de ser por naturaleza ajeno al orden contractual entre partes iguales, pero sobre esto vamos a tratar ahora.

concepción de que se trataba de un supuesto de *estado civil*, no de estado natural. Para la construcción social del género, la distinción no era baladí. Se jugaba la posibilidad de modularse, dentro de la sujeción, la posición de la mujer, como la codificación francesa efectivamente hacía en materia mercantil[20]. ¿En qué posición se situaba Cádiz?

El absoluto silencio de Cádiz sobre el estado de la mujer, un estado que excluye de la condición de individuo y no sólo del acceso al ejercicio de la ciudadanía, creo que sólo admite una interpretación. Para aquella Constitución el estado de la mujer era estado natural, estado por naturaleza, no estado civil, estado por derecho. Nada quita a esta diagnosis que, con posterioridad, los planteamientos codificadores mirasen al caso francés tanto en materia civil como en la mercantil. Seguir pasos de la codificación francesa también supondría el tránsito en falso de estado a contrato para el supuesto del trabajo. Aunque así ya no se le conceptuase, implicaría el mantenimiento sustancial de un estado civil de sujeción a la propiedad. En lo que a la mujer respecta, estrictamente para aquel constitucionalismo español de 1812, el estado que la incapacitaba era de derecho natural, de un derecho impuesto por la naturaleza. Mediaba entonces un abismo entre ser individuo debido a nación, el varón propietario padre de familia con potestad europeo o eurocolonial en suma, y ser persona sujeta a familia, la mujer sin más[21].

El caso de la mujer no es probablemente el único de estado natural para el paradigma constitucional de Cádiz. El derecho de personas mantenía por ejemplo bajo la autoridad familiar a los descendientes no emancipados, incluso aunque fuesen mayores de edad, casados y económicamente autónomos, con padre de familia vivo y capaz. Padre de familia, *pater familias*, no era concepto biológico, sino jurídico. Podía ser perfectamente el abuelo. También había opiniones divididas sobre si era caso de estado civil o natural. Al contrario que en el supuesto de la mujer, no veo indicios para dar una respuesta concluyente sobre la posición

---

[20] Puede ilustrar un texto de época: Narcisse-Epaminondas CARRÉ, *Code des Femmes. Analyse complète et raisonné de toutes les dispositions législatives qui règlent les droits et devoirs de la femme dans les différents positions de la vie*, París, J.P. Roret, 1828, con edición revisada al año siguiente como *Nouveau Code des Femmes. Manuel complet et raisonné de toutes les dispositions législatives qui règlent les droits et devoirs de la femme dans les différents positions de la vie*.

[21] En un primer acercamiento (B. CLAVERO, *Cara oculta de la Constitución: Sexo y Trabajo*, en *Revista de las Cortes Generales*, 10, 1987, pp. 11-25, número monográfico sobre Cádiz) no me apercibí del extremo del estado natural ni de otros relacionados y ya también señalados como el de exclusión más general de la materia civil respecto al ordenamiento constitucional bajo la presuposición además de su carácter en buena parte de derecho de naturaleza. El desapercibimiento sobre estos aspectos es común incluso entre quienes se concentran en el asunto de la condición de la mujer: María Luisa BALAGUER, *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, Valencia, Universitat de València, 2005; Irene CASTELLS y Elena FERNÁNDEZ GARCÍA, *Las mujeres y el primer constitucionalismo español, 1810-1823*, en *Historia Constitucional*, 9, 2008, pp. 163-180; Rosa María RICOY, *Comentarios sobre el principio de igualdad y género en la Constitución de Cádiz*, en *Revista de Derecho Político*, 83, *La Constitución Española de 1812*, vol. 1, pp. 459-486; Catalina RUIZ-RICO, *La posición jurídica de la mujer en el contexto de la Constitución de 1812*, y María PÉREZ JARABA, *Familia y mujer en la Constitución de 1812*, en M.A Chamocho y J. Lozano (eds.), *Sobre un hito jurídico: la Constitución de Cádiz*, pp. 245-154 y 255-270, respectivamente.

gaditana. Pero no hace falta que consideremos todos y cada uno de los casos de estado en relación a Cádiz[22].

Lo que más ha de interesar ahora es la misma diferencia entre estado natural y estado civil. El primero, por considerarse de naturaleza, no era normativamente disponible. Formaba parte del parámetro de jurisdiccionalidad al que las potestades, comenzando por la legislativa, se tenían por obligadas. El *poder* legislativo no entiende de esta obligación. En rigor constitucional, sólo se debe a derechos de libertad. Dentro del paradigma jurisdiccionalista histórico, el de aquellos tiempos, la *potestad* legislativa se entiende obligada también a otros parámetros, como el del estado natural de la persona de la mujer sujeta a autoridad de familia por ejemplo. No operaban *derechos naturales*, sino *estados naturales*. Dicho de otro modo, en Cádiz había un duro núcleo de iusnaturalismo, pero no de derechos de libertad, sino de personas de estado[23].

Cádiz respondía al jurisdiccionalismo como advertimos desde el inicio, lo que ha de tenerse en cuenta también cuando hablamos de codificación. Su requerimiento de *código* habrá de entenderse bajo las coordenadas jurisdiccionalistas de limitación de la potestad legislativa y no conforme a los presupuestos napoleónicos de disposición normativa sobre el entero ordenamiento o poco menos. No es lo mismo codificar bajo supuestos de disponibilidad o de

---

[22] Para otro caso entre tantos, con planteamiento de la cuestión del sujeto en relación al sentido tradicional de persona y no dejando de considerar la posición de Cádiz, J. Vallejo, *Indicio liberal de la muerte civil. El Proyecto de Código de 1821 y la definición del sujeto de derechos*, en *Historia Contemporánea*, 33, *El primer constitucionalismo hispanoamericano*, 2006, pp. 581-603. Jesús Vallejo viene estudiando el asunto también respecto al supuesto del descendiente no emancipado: *Orden, libertad, justicia. Figuración constitucional republicana, 1873*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 67, *Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*, 1997, pp. 821-845; *Paradojas del sujeto*, en C. Garriga (ed.), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, México, Instituto Mora-CIDE-Colegios de México y de Michoacán, 2010, pp. 173-232; *Sujeito e Código na Espanha do século XIX: a 'microscópica' lei de dissenso de 1862 e as dimensões do poder paterno,* a publicarse en Judith Martins-Costa (ed.), *Código: Dimensão Histórica e Desafio Contemporâneo* (Homenagem da Universidade Federal de Rio Grande do Sul a Paolo Grossi). Son piezas que van reconstruyendo el panorama del derecho civil como factor radicalmente condicionante o en realidad constitutivo del constitucionalismo histórico. Obsérvese, por los títulos de los trabajos, que el asunto de los estados, no sólo el de la mujer y el del trabajador por cuenta ajena, trasciende a Cádiz.

[23] No hay término de referencia más equívoco que el del iusnaturalismo, especialmente, aunque todavía hoy siga generando confusión, para aquellos tiempos (ej., J.C. Chiaramonte, *Nación y Estado en Iberoamérica*, cap. 4, *Fundamentos iusnaturalistas de los movimientos de independencia*; también, *La Antigua Constitución luego de las Independencias, 1808-1852*, en *Desarrollo Económico. Revista de Ciencias Sociales*, 199, 2010, pp. 331-361; contrástese Silvana Carozzi, *Las filosofías de la revolución. Mariano Moreno y los jacobinos rioplatenses en la prensa de Mayo, 1810-1815*, Buenos Aires, Prometeo, 2011). Constitucionalmente, el iusnaturalismo de personas de estado quedaba por supuesto situado en las antípodas del iusnaturalismo de derechos de libertad, pero cabía por entonces el solapamiento de una referecnia tradicional y omnipresente, la de estados, y otra eventual y sobrevenida, la de derechos. A aquellas alturas podía darse la combinación entre derecho natural de sujeción de estado para la mujer y derecho natural de derechos del individuo para los hombres, aunque no todos ni mucho menos (ej., los *Commentaries* de William Blackstone), lo que no ocurría precisamente en Cádiz con su carencia de lo segundo y potencia de lo primero. La misma calificación o descalificación de iusnaturalismo, que no es en su literalidad término de entonces, viene coadyuvando de por sí a la confusión.

indisponibilidad del ordenamiento. El concepto y la práctica del código resultan distintos[24].

Estados naturales y estado civiles determinaban la persona que a cada cual le tocaba y por tanto los derechos que le correspondía. No había persona fuera del estado. Derechos no había fuera del ordenamiento de personas. Ni siquiera el individuo gaditano escapaba a este encuadramiento. Ser miembro de la Nación suponía una persona o condición que le confería derechos a los que la Nación misma se declaraba obligada. En este último punto, creándose así una persona constitucional, radicaba la novedad de aquel constitucionalismo de Cádiz, no en la concepción estricta del sujeto.

4. RADICACIÓN FAMILIAR, COMPOSICIÓN CORPORATIVA Y LOCALIZACIÓN PARROQUIAL DEL SUJETO CONSTITUCIONAL

Tanto uso de las palabras *individuo* y *persona* en el texto gaditano, sumando unas sesenta veces entre ambas, puede ofrecer desde luego hoy la impresión de que estamos ante una Constitución que toma como sujetos de derechos a los seres humanos, aunque no evidentemente abarcándolos a todos ni poniendo en primer término sus derechos[25]. Descuida precisiones sobre quienes fueran los agraciados

---

[24] B. CLAVERO, *La idea de código en la Ilustración jurídica*, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 6, 1979, pp. 49-88, no niego que sea aprovechable, pero adolece de infravaloración del jurisdiccionalismo, lo que le lastra seriamente. Por aquellas fechas preparaba un libro que tuvo incluso título, *La Ilustración jurídica en España*, cuyo proyecto afortunadamente, dada dicha deficiencia de fondo, abandoné. Adelanté alguna otra pieza de cierta utilidad todavía: *La disputa del método en las postrimerías de una sociedad, 1789-1808*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 48, 1978, pp. 307-334; *'Leyes de la China'. Orígenes y ficciones de una historia del derecho español*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 52, 1982, pp. 193-221; *Revolución científica y servidumbre histórica: en los orígenes de la cuestión foral*, en *Estudios dedicados a Juan Peset Aleixandre*, Valencia, Universidad de Valencia, 1982, vol. 2, pp. 503-532. Ahora interesan en mayor medida J.M. PORTILLO, *Revolución de Nación. Orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, y J. VALLEJO, *De sagrado arcano a constitución esencial. Identificación histórica del derecho patrio*, en Pablo Fernández Albaladejo (ed.), *Los Borbones. Dinastía y memoria de nación en la España del siglo XVIII*, Madrid, Marcial Pons–Casa de Velázquez, 2001 (ed. corregida, 2002), pp. 423-484.

[25] Horst PIETSCHMANN, *Nación e individuo en los debates políticos de la época preindependiente en el Imperio Español, 1767-1812*, en autores varios, *Lengua, historia e identidad. Perspectiva española e hispanoamericana* (Romanistisches Kolloquium XVII), Tubinga, Gunter Narr, 2006, pp. 23-50; p. 24: "Es cierto que la Constitución de Cádiz emplea un lenguaje individualista al definir *los españoles* y *los ciudadanos españoles* y así también en otros contextos, pero destaca mucho más sus deberes con el estado y la nación que sus derechos y libertades", deberes y derechos del individuo sin más cuestión sobre la entidad del sujeto. En esto ya puede verse que ni se entra porque no se concibe como cuestionable. Incluso cuando se ha venido a valorar la cultura política del espacio transcontinental del momento gaditano en su sentido lato, desde 1808, la contraposición entre corporatismo e individuísmo, arcaísmo y modernidad, impide la captación específica del individuo *incorporado* con la nación como cuerpo de referencia en Cádiz: François-Xavier GUERRA, *Modernidad e independencias. Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*, Madrid, Fundación Mapfre, 1992; México DF, Fondo de Cultura Económica, 1993, última reimpresión, 2010, de la tercera edición, 2000; Madrid, Encuentro, 2009; confróntese ed. 1992, p. 23, sobre "el centro del nuevo sistema de referencias: la victoria del individuo, considerado como valor supremo y criterio de referencia con el que deben medirse tanto las instituciones

y acerca de la posición en la que quedara el resto, así como también respecto a cuáles fueran particularizadamente los derechos, pero por lo usual se entiende que reconoce un sujeto de libertades y que ése es humano, individual y no corporativamente humano. Es lo que suele entenderse cuando se celebra su *liberalismo* en general y su cosecha de *libertades* en particular De esta forma, con tan buen pie, habría nacido en Cádiz la nación constitucional española, una nación ante todo liberal. Siento estar aguando la fiesta, aunque tampoco es que me encuentre solo, sin buena compañía, en tamaña tesitura[26].

Si se parte de dicha impresión de protagonismo individualizablemente humano para la lectura del texto gaditano, el mismo también la ofrecerá de una progresión incluyente entre individuo, persona y alma, de los menos a los más, aunque nunca hasta todos y todas. La historia constitucional convencional suele entender que el primer constitucionalismo de sujeto minoritario ya encierra la potencialidad de evolucionar hacia la inclusión de la totalidad de los seres humanos como sujetos de derechos. Ahí encajan bien las pretensiones gaditanas de hoy, no de ayer, unas pretensiones que, convertidas en tópicos, imperan sobre la investigación. Para dicho guión de historia constitucional tiene que comenzar por ignorarse empecinadamente la misma forma como las exclusiones se producían en aquel constitucionalismo temprano y como la inclusión completa, con desigualdad y todo de entrada, ni siquiera era concebible a escala nacional, cuanto menos a la humana. Si en Cádiz hay una progresión respecto a los sujetos, es de carácter excluyente, de las almas a los individuos pasando por las personas, por el derecho establecido de personas y estados. La novedad constitucional radicaba en la categoría del *individuo*, aunque no significase precisamente individuo.

¿Qué era el *individuo* para Cádiz? Algo humano desde luego, pero algo que no podía ser sujeto de derechos por sí mismo, sino por participación en corporaciones, entre ellas la nueva que trae la Constitución, la Nación. No es la primera, pues viene a superponerse incluso a los efectos de la concepción del individuo constitucional. De lo que hemos visto respecto al derecho de personas y familias podemos inferir que el campo de concepción del individuo como sujeto constitucional puede ser previo al nacional. Cádiz lo daba por supuesto. Si no se ocupaba del estado de la mujer o del estado del descendiente no emancipado es porque no le concernía el derecho de familia, una de las varias materias fundamentales que no entraban en la Constitución política. No tenía por qué referirse a la figura del

como los comportamientos"; p. 85: "La Modernidad es ante todo la *invención* del individuo", modernidad con mayúsculas endosándola además a Cádiz de modo que sus Cortes aparecen como impulsoras definitivas de *liberalismo* hispano. He dicho corporatismo e individuísmo porque corporativismo e individualismo añaden una fuerte carga ideológica que resulta de lo más anacrónica para aquel momento.

[26] M. Lorente y J.M. Portillo (eds.), *El momento gaditano*, que curiosamente, lo digo por el ambiente imperante que se hizo vivo en la misma presentación del libro en la sede de la entidad editora, el Congreso de los Diputados, ha recibido el premio a investigaciones en la celebración del Bicentenario de Cádiz por dicha institución. La misma sólo ha requerido el cambio de título. El original era *República de Almas*, bien expresivo para cuanto ahora sigue. No diré si es con ironía como celebro que el título cambiase: B. Clavero, *El momento constitucional de una república católica (Cádiz entre Nueva Granada y Nueva Zelanda)*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 96, 2012, pp. 329-344.

pater familias, la que podía identificarse en primer lugar como individuo constitucional en el contexto así de la pertenencia a familia antes que de dependencia de nación, en todo caso como miembro de cuerpo.

Donde mejor pudo expresarse eso que Cádiz daba por supuesto es allí donde no se contase todavía con la referencia de nación para la definición del individuo, esto fue por medios euroamericanos que comenzaron a plantearse procesos constituyentes al margen del más general que condujo al foro gaditano. Teniendo entonces que aclararse planteamientos, por no poderse figurar nación como reflejo de monarquía y no haberse todavía concebido la alternativa de una nación propia, el individuo constitucional puede presentarse como sujeto en cuanto que padre de familia, padre nunca en el sentido biológico, sino en el jurídico de quien ejerce potestad familiar. El *pater familias* es individuo constitucional como miembro cualificado de la familia antes que como componente activo de la nación. La potestad familiar hacia una vertiente es título de derechos constitucionales hacia la otra. Sujeto constituyente, más así que constitucional, es el *individuo padre de familia*, lo primero por lo segundo. Los padres de familia preconstitucionales fueron los ciudadanos constitucionales e individuos con derechos[27].

Para Cádiz, el *individuo que compone la Nación* era también previamente el *individuo padre de familia*, sólo que no necesitaba decirlo y que además quería dar por constituida a la nación frente a planteamientos de federalismo constituyente. En Cádiz la nación podía darse en efecto más expeditivamente por concebida como cuerpo definido por monarquía y por religión. Nación era monárquica española, lo que la demarcaba, y católica romana, lo que la caracterizaba y así había de resultar más decisivo para su determinación. Que faltase la pieza de una Constitución Eclesiástica no es un impedimento para que opere. Cádiz está transida de iglesia por lo que dice y por lo que entiende. La Nación, igual que la monarquía, era ante todo religiosamente católica. En este contexto, la libertad constitucional, la de nación y la de individuo, podía presentarse como derivada de la libertad cristiana que la teología tradicional había predicado bajo otros supuestos y a otros efectos de los que aquí podemos hacer gracia[28].

---

[27] B. CLAVERO, *Nación y Naciones en Colombia*; p. 84, por la cita de un documento planteando el proceso constituyente de Cundinamarca, en la actual Colombia, a finales de 1810, cuando las Cortes de Cádiz ya estaban constituidas como representación de Nación según su propia concepción. He aquí la cita: "Como la unión es el resultado de individuos que se juntan en una familia, de familias que se han avecindado en un pueblo; de pueblos que forman una provincia y de provincias que componen un reino, la pluralidad, en cuanto mira a los negocios públicos, resulta de la mayoría de los padres de familia en un pueblo, de la de los pueblos en una provincia y de la de las provincias en un reino. Así como la pluralidad de los votos de un pueblo nace de la de los individuos padres de familia de su vecindario, así la pluralidad de los votos de una provincia consiste en la mayoría de los de sus pueblos, y la de un reino en la de los de sus provincias" (Daniel Gutiérrez Ardila, ed., *Las Asambleas Constituyentes de la Independencia. Actas de Cundinamarca y Antioquia, 1811-1812*, Bogotá, Corte Constitucional-Universidad Externado, 2010, pp. 41-42). Sobre la mayor apertura constituyente que permite la falta de figuración de nación propia, el mismo D. GUTIÉRREZ ARDILA, *Un Nuevo Reino. Geografía política, pactismo y diplomacia durante el interregno en Nueva Granada, 1808-1816*, Bogotá, Universidad Externado, 2010.

[28] J.M. PORTILLO, *El problema de la identidad entre monarquía y nación en la crisis hispana, 1808-1812*, en Izaskun Álvarez y Julio Sánchez Gómez (eds.), *Visiones y revisiones de la independencia americana. La Independencia de América: la Constitución de Cádiz y las Constituciones Iberoamericanas*, Salamanca,

El registro de las almas y de las personas era parroquial. El mismo empleo de la palabra *alma* estaba indicando que el censo de *la población* era el de la parroquia y que no se admitía que fuera otro. No es sólo que no existiera todavía un registro civil y que éste tardase en establecerse por la resistencia de la iglesia católica; era que para la Constitución de Cádiz no debía haberlo. En Cádiz, la parroquia es también la institución básica para el proceso electoral constitutivo de las instituciones municipales, provinciales y la parlamentaria que incorporan y hacen viva a la ciudadanía y, junto a la monarquía, a la Nación. Ésta se constituye por representación política de base parroquial, no por despliegue institucional de cúspide monárquica. En las iglesias se había jurado la Constitución tras un sermón que la exponía en la lengua del caso, no sólo en castellano, sino en catalán, vasco y gallego por la España europea y en náhuatl, quiché, quechua, guaraní u otras lenguas indígenas por América y otras colonias. Oralmente Cádiz fue plurinacional o, al menos, plurilingüe. La localización parroquial de la ciudadanía gaditana conllevaba que su espacio principal fuera la vecindad municipal, vecindad en su caso ajena a la matriz cultural de aquella Constitución o, dicho de otra forma, de una antropología distinta[29].

Con todo ello, el peso del edificio constitucional se cimentaba en las parroquias. Fuera de ellas, fuera de la religión que representaban, no había visos de contar con alma censable como tampoco posibilidad de tener persona ni, aún menos, de ser individuo. El individuo que compone la Nación española ha de ser alma integrante de

---

Universidad de Salamanca, 2005, pp. 53-69; *De la monarquía católica a la nación de los católicos*, en *Historia y Política. Ideas, procesos y movimientos sociales*, 17, *El liberalismo español*, 2007, pp. 17-35, sin sintonizar evidentemente con el título del monográfico. Para el principal testimonio de entontes en relación a la propia Constitución de Cádiz, Francisco MARTÍNEZ MARINA, *Principios Naturales de la moral, de la política y de la legislación*, que quedó inédito, publicándose al cabo de más de un siglo, Madrid, Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1933; la edición de Clásicos Asturianos del Pensamiento Político, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1993, lleva un estudio preliminar de Joaquín VARELA que desubica la obra. Este autor contribuye a la conversión de autores españoles en *clásicos asturianos* al tiempo que enarbola a Cádiz, una Constitución transcontinental, como símbolo primigenio de constitucionalismo *español* contra nacionalismos como el vasco o el catalán, incluso contra los de formas no menos constitucionales: J. VARELA, *Reflexiones sobre un Bicentenario, 1812-2012*, en José Álvarez Junco y Javier Moreno Luzón (eds.), *La Constitución de Cádiz: Historiografía y Conmemoración. Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 75-84.

[29] Sobre la significación de que la Constitución necesitara jurarse religiosamente y así se hiciera, M. LORENTE, *El juramento constitucional*, en la misma y C. GARRIGA, *Cádiz, 1812. La Constitución Jurisdiccional*, pp. 73-118. Respecto a la importancia de la localización vecinal de la ciudadanía gaditana, con el cambio de fondo que al efecto se produjo en el mismo ámbito local y comarcal, se tiene bien detectaba desde Antonio ANNINO, *Cádiz y la revolución territorial de los pueblos mexicanos, 1812-1821*, en el mismo (ed.), *Historia de las elecciones en Iberoamérica. Siglo XIX. De la formación del espacio político nacional*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 177-226, quien ha seguido incidiendo en el asunto. Ulteriormente, en sus términos generales, aparte la investigación de casos que, mejor o peor, progresa, Manuel CHUST, *La revolución municipal, 1810-1823*, en Juan Ortiz Escamilla y José Antonio Serrano (eds.), *Ayuntamientos y liberalismo gaditano en México*, Zamora-Xalapa, Colegio de Michoacán-Universidad Veracruzana, 2009, pp. 19-54, abunda sin avanzar en ubicación de historia ni análisis de derecho; y Tamar HERZOG, *Vecinos y extranjeros. Hacerse español en la edad moderna*, Madrid, Alianza Editorial, 2006, sólo aporta en relación a Cádiz ignorancia del momento constitucional, como si su ciudadanía vecinal con inclusión indígena fuera mero efecto de inercia histórica. El mismo volumen *Ayuntamientos y liberalismo gaditano* testimonia avances de la investigación no excluyentes de los sectores indígenas a los que Cádiz alcanza y cuyo caso es clave para los alcances y los límites de la *revolución territorial* de base parroquial.

una iglesia, la católica. Ésta se entendía competente para el derecho de personas, un derecho de estados históricamente creado no sólo por jurisprudencia, sino también, con mayor peso incluso, por teología, derecho que limitaba ahora radicalmente el acceso a la condición de sujeto constitucional. El registro parroquial no es sino un indicador de la comprensión de una iglesia en la estructura constitucional[30].

Si hubo un modelo de base para la identificación de la ciudadanía gaditana, no digo para su representación, fue el de la feligresía católica con su vocación expansiva y su sujeción a orden familiar de signo patriarcal. Lo primero podía apreciarse especialmente por los territorios no europeos de cara a los pueblos indígenas, inclusive los numerosos que resistían independientes: "Las diputaciones de las provincias de ultramar velarán sobre la economía, órden y progresos de las misiones para la conversión de los indios infieles, cuyos encargados les darán razon de sus operaciones en este ramo para que se eviten los abusos: todo lo que las diputaciones pondrán en noticia del Gobierno" (art. 335.10). Las misiones católicas, tras lo que se juzgara como *conversión* religiosa, habían de trasladar el control de la población afectada a instituciones constitucionales para que les sustituyeran las parroquias en cuyo seno el indígena padre de familia pudiera ser individuo que compone la Nación y así sujeto de derechos y ciudadano de carácter lo uno y lo otro corporativo. En el ínterin, bajo gobierno misionero, no había derechos ni garantías que valieran, de individuo ni de no individuo. Las misiones se encargarían de inculcar que la corporativización precisa para el acceso a derechos no se refería a pertenencia al propio pueblo, el indígena del caso, sino a incorporación a la Nación española. El destino expreso de las misiones coloniales era el de convertirse en parroquias constitucionales; el de los misioneros, hacerse tenientes de párrocos[31]. Tales eran al menos las expectativas de Cádiz. En cuanto a las órdenes religiosas, para las previsiones del catolicismo gaditano, no tenían más encaje que ese colonial, supuestamente transitorio. Iglesia habría de ser sólo la secular[32].

---

[30] Hay dimensiones descuidadas incluso por historiografía específica: Emilio LA PARRA, *El primer liberalismo español y la Iglesia. Las Cortes de Cádiz*, Alicante, Instituto de Cultura Juan Gil-Albert, 1985; B. CLAVERO, *Vocación católica y advocación siciliana de la Constitución española de 1812*, en A. Romano (ed.), *Alle origini del costituzionalismo europeo*, Messina, Accademia Peloritana dei Pericolanti, 1991, pp. 11-56; J.M. PORTILLO, *La nazione cattolica. Cadice 1812: una costituzione per la Spagna,* Manduria, Laboratorio di Storia Costituzionale Antoine Barnave, 1998; Gregorio Alonso, *Ciudadanía católica y ciudadanía laica en la experiencia liberal*, en M. Pérez Ledesma (ed.), *De súbditos a ciudadanos*, pp. 165-192; María Teresa REGUEIRO, *Relaciones Iglesia-Estado. Afrancesados y doceañistas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012. Para la resistencia al registro civil, B. CLAVERO, *Código y registro civiles, 1791-1875*, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 14, 1987, pp. 85-102, pero tampoco advirtiendo todavía matices tan decisivos como el de ese alcance final de la posición gaditana.

[31] *Coleccion de los Decretos y Órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias*, Cádiz, Imprenta Nacional, 1813 (reprint del 175 Aniversario, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987), vol. IV, pp. 242-244 (rep. 1044-1046), Decreto CCCVI, de 13 de setiembre de 1813. *En que se mandan entregar y quedar á disposicion de los Ordinarios los lugares de Indios reducidos al cristianismo por los regulares en Ultramar*, "conforme á lo mandado en el párrafo 10, artículo 335 de la Constitución".

[32] James M. BREEDLOVE, *Las Cortes (1810-1822) y las reformas eclesiásticas en España y México*, en Nettie Lee Benson (ed.), *México y las Cortes Españolas, 1810-1822. Ocho ensayos* (1966), México, Instituto de Investigaciones Legislativas, 1985, pp. 123-144, ya puso de relieve que la reforma eclesiástica en la línea de supresión de órdenes religiosas cuando se hizo realmente notar fue en la segunda ocasión de vigencia de Cádiz,

No vamos ahora a extendernos a ultramar, como ya se advirtió, por lo que quedan fuera de consideración las dinámicas constitucionales generadas por la incorporación indígena a la ciudadanía en cuya virtud, no compartiéndose la misma antropología con cristianización y todo, la anterior a 1812 inclusive, no resultaron exactamente las previstas en Cádiz. Hago la indicación por precaver que la antropología aquí expuesta no se dé por extensiva a la América indígena ni a la afrodescendiente, como tampoco a todos los sectores metropolitanos comprendidos en la ciudadanía. También conviene dejar indicado que las previsiones gaditanas sobre la exclusión ciudadana de los afrodescencientes libres también se vería sobrepasada en América por una dinámica de asunción de ciudadanía por comunidades de tal condición con su antropología propia. Éste último era en realidad un supuesto imprevisto para Cádiz, que sólo se refería a *libertos*, esclavos emancipados, y no a fugitivos de la esclavitud que habían formado comunidades propias o junto con indígenas[33].

Imprevisto también sería que hubiese multitud de religiones o equivalentes por América, en especial entre indígenas y afrodescendientes incluso cristianizados, por ser culturas abiertas a recepciones y aprovechamientos no excluyentes, por lo que resultaría tan fácil la identificación de almas censables y, aún menos, de ciudadanos funcionales a la Nación conforme a las previsiones de Cádiz. Pero son éstas las que aquí nos interesan. En la programación constitucional gaditana una religión y una iglesia, las católicas, contribuían a la construcción de los cimientos del edificio o de los pilares del sistema, como se prefiera decir. Hay sin embargo historiografía, comenzando por la especializadamente constitucional, beligerante contra evidencias incluso textuales a fin de rebajar el perfil de elementos

entre 1820 y 1823, pero, en todo caso, el modo como se condujo el desarrollo constitucional en otro momento, por el cambio habido de planteamientos, circunstancias y posibilidades, no debería utilizarse para interpretar la Constitución de 1812 cual suele hacerse, con instrumentos por ejemplo como el proyecto de código civil de 1821 o el código penal de 1822. Es igual que darle crédito a un frustrado constituyente gaditano que acabó rechazando la confesionalidad gaditana como si hubiese sido un error. Fue una opción constituyente de alcance mayor. En Cádiz se encerraba un proyecto de iglesia secular de gobierno episcopal sin la batería de las órdenes, salvo la excepción colonial, como Constitución Eclesiástica que nunca vio la luz ni como tal ni por otros medios.

[33] B. Clavero, *Hemisferios de ciudadanía: Constitución española en la América indígena*, en J. Álvarez Junco y J. Moreno Luzón (eds.), *La Constitución de Cádiz: Historiografía y Conmemoración*, pp. 101-142; *'Multitud de Ayuntamientos'. Ciudadanía indígena entre la Nueva España y México, 1812 y 1824*, en Miguel León-Portilla y Alicia Mayer (eds.), *Los Indígenas en la Independencia y en la Revolución Mexicana*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, pp. 433-456; *Nación y Naciones en Colombia*; también, junto a J.M. Portillo y M. Lorente, *Pueblos, Nación, Constitución (en torno a 1812)*, Vitoria, Ikusager, 2004 (anotado, en M. Chust, ed., *Doceañismos, constituciones e independencias. La Constitución de 1812 y América*, Madrid, Fundación Mapfre, 2006, pp. 15-31). Entre otras oportunas puntualizaciones que podrían añadirse, Medófilo Medina, *En el Bicentenario: consideraciones en torno al paradigma de François-Xavier Guerra sobre las 'revoluciones hispánicas'*, en *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, 37-1, 2010, pp. 149-188, p. 176: "Si en diversos lugares de la América hispana los indígenas no acudieron entusiastas a los llamados de los patriotas a luchar contra los ejércitos realistas, esto no puede explicarse exclusivamente por el imperio en las mentes y los espíritus de un imaginario de Antiguo Régimen, sino por preocupaciones muy directas sobre la suerte que correrían las tierras de propiedad comunal o por motivos de la defensa de la comunidad entendida como referente cultural" y de control de territorios y recursos, podría recalcarse. Con referencia también a Cádiz, B. Clavero, *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre Constituciones mestizas*, México DF, Siglo XXI, 2008.

depresivos de la calificación convencionalmente liberal de Cádiz o de anularlos sin más[34].

En cuanto importa a la antropología constitucional de Cádiz, las libertades del individuo, libertades efectivas con garantías normativas y judiciales, se tenían por participación en las libertades de la Nación como miembro de este cuerpo político que constitutivamente era tal sujeto, el individual. Individuales en el sentido actual no puede decirse que fuesen las libertades. El liberalismo que hoy se entiende brilla por su ausencia. Había ante todo libertad de la Nación, no del individuo. La primera constituía al segundo y no el segundo a la primera, nunca entonces mejor dicho lo de primera y segundo. Sujetos de carácter individual por derecho propio no los hay. El derecho, tanto el de libertad como el de ordenamiento, el subjetivo como el objetivo digamos para entendernos, es colectivo, más en rigor corporativo. Individuo coincide con persona en portar derechos de grupo, en su caso de Nación. En la historia constitucional española, esta configuración individual y no individualista del sujeto es algo peculiar de aquel arranque gaditano. Un hilo de dependencia nacional de los derechos del individuo, que menos como tal suele advertirse, se producirá luego de otro modo, sin efectos constitutivos sobre el sujeto[35].

Tal constitución del individuo por la Nación en un contexto de derecho de personas y de estados constituye no sólo el escenario, sino también el horizonte de Cádiz. Contenía posibilidades de modulación de estados de personas y de ampliación entre hombres de la condición de individuo, pero no de evolución hacia la liberalización de los derechos y, aún menos, de universalización del sujeto ni siquiera dentro de la ciudadanía de Estado. Desde sus presupuestos, ni siquiera se podía concebir

---

[34] J. VARELA, *La Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico. Las Cortes de Cádiz*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983 (edición de Bicentenario, 2011, con título de ocasión: *La Teoría del Estado en las Cortes de Cádiz*). Con todas las páginas que se le vienen dedicando, bastante más de las citadas, falta estudio de *la Teoría de la Iglesia* en Cádiz. Siguiéndole, Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA, *La Constitución de Cádiz. Origen, contenido y proyección internacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 111, nota 71, entiende que el registro gaditano de confesionalidad es mera constatación de hecho equiparable a la que se habría producido si Cádiz hubiese consignado la unidad lingüística. De hecho, el castellano no era lengua franca de la ciudadanía gaditana ni siquiera en la España europea, ya no digamos por América. Del mismo modo, tanto Varela como Fernández Sarasola deciden que el historicismo gaditano, historicismo que importa no sólo a la constitucionalización de una iglesia, sino también a la continuidad de un derecho de personas y estados, fue mera táctica de engaño a los parlamentarios no liberales. Ambos se entrometen en aquel debate constituyente como si, por mirar desde el presente, supiesen más que sus propios protagonistas.

[35] Hay quien confiere en cambio un peso ulterior, prácticamente hasta hoy, a lo que toma por antiindividualismo gaditano, tan sin sentido para entonces como el individualismo, y también como si la dependencia del individuo respecto a la nación y la diversidad de sus formas en la historia fueran datos sin mayor relevancia: J. ÁLVAREZ JUNCO, *Todo por el pueblo. El déficit del individualismo en la cultura política española*, en *Claves de Razón Práctica*, 143, 2004, pp. 4-8. Es en todo caso excepción a la dominante celebración de Cádiz como madre de un liberalismo de sujeto individual en la que el propio autor a continuación participara. Para contraste de la emergencia constitucional del individuo exento en el XIX español, aun entre lastres de estados y no sólo de nación, C. SERVÁN, *Laboratorio Constitucional en España. El individuo y el ordenamiento, 1868-1873*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005. El propio autor de *El déficit del individualismo* estudió en tiempos una veta importante de la concepción del individuo sin dependencia corporativa en la España del XIX: J. ÁLVAREZ JUNCO, *La ideología política del anarquismo español, 1868-1910*, Madrid, Siglo XXI, 1976.

el individuo por sí mismo, sin dependencia corporativa, como sujeto de libertades. Todo el resto de derechos e instituciones del constitucionalismo gaditano no podía escapar a tales premisas[36]. Según los sujetos, así los predicados, comenzándose por una ciudadanía corporativa de sujeto individual para la construcción de la Nación en base a la representación parroquial. Y así a todo lo largo del espectro institucional[37].

¿Qué hacer, antes, durante y después del Bicentenario de Cádiz, con la historiografía usual que parte en cambio de la identidad de fondo entre aquel ayer y nuestro hoy comenzando por la identificación entre derechos constitucionales y derechos individuales? Cada quien diga, pues no es cosa tan sólo de la academia ni muchísimo menos. A la ciudadanía le alcanza[38].

---

[36] Para la resistencia de la visión contraria de individuo ciudadano sin determinación corporativa desde Cádiz y sin más exclusión constitucionalmente relevante en Cádiz que la esclavitud, mediante el método usual de concederse crédito descontextualizado a posiciones políticas particulares por encima del testimonio de la Constitución misma, M. Pérez Ledesma, *El lenguaje de la ciudadanía en la España contemporánea*. Lo primero, la capacidad notable de resistencia del imaginario gaditano, puede explicarse por lo segundo, por la deficiencia radical de la metodología especialmente tratándose de materia constitucional, como si las Constituciones dijeran lo que pretenden los más vociferantes de sus aparentes artífices, interpretados éstos además según las concepciones del tiempo de la historiografía, no de la historia. Y esto aparte de los problemas que presentan las fuentes parlamentarias de las Cortes y la Constitución de Cádiz, a lo que ya hice referencia.

[37] M. Pérez Ledesma, *El lenguaje de la ciudadanía en la España contemporánea*, p. 248, rechaza la relevancia que le concedo, por lo que transpira de racismo, a los impedimentos interpuestos por la Constitución de Cádiz frente al acceso de afrodescendientes no esclavos a la ciudadanía con el argumento de que se les permitía "siempre que cubrieran algunas exigencias muy similares a las establecidas para los extranjeros", a lo que cabe replicar que, como hemos visto, los libertos eran para Cádiz españoles sin necesidad de recibir carta de naturaleza previa a la de ciudadanía, careciendo por tanto de sentido su comparación con el caso de los extranjeros. Y un asunto como este del racismo subyacente en aquella configuración constitucional de la ciudadanía española se despacha sintomáticamente de forma sumaria en nota. Trabajo con tales ligerezas en materia constitucional idealizando la historia de la ciudadanía nacional forma parte de un proyecto de investigación dirigido por el autor sobre *La construcción de la ciudadanía en la España contemporánea. De súbditos de la Corona a ciudadanos europeos*, cuyo principal resultado ya está publicado: M. Pérez Ledesma (ed.), *De súbditos a ciudadanos*. Entre historiografía anacrónica y constitucionalismo retroproyector, el ejemplo del afrodescendiente, esclavo o liberto, podría replicarse respecto a cada una de las categorías excluyentes o suspensivas que hemos visto, aunque para el caso de Cádiz, por los extremos a los que ha llegado la idealización, tanto la una como el otro, la historia y el derecho, lo que prefieren habitualmente es un pasar discreto, de puntillas o en silencio, por dicho terreno minado de personas y de estados o de carencia de persona y estado.

[38] Tras la conferencia pronunciada en Cadíz sobre Cádiz inaugurando las XXXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de las Relaciones Laborales (13, diciembre, 2012), habiendo bajado del estrado y en ambiente de fin de fiesta, pues concluía con este evento el Bicentenario en Cádiz, una asistente gaditana no académica me interrogaba: "¿Cómo nos han podido estar bombardeando todo el año con las maravillas de la Constitución de Cádiz si era tan machista, tan racista y tan patronalista?". Me faltaron reflejos para responder con los conocidos versos de una copla sobre el sitio napoleónico a la ciudad constitucional: "Con las bombas que tiran los fanfarrones / se hacen las gaditanas tirabuzones". Hubo más preguntas. "En derecho del trabajo, ¿estamos regresando a los planteamientos de la Constitución de Cádiz que nos acabas de explicar?". Aunque esto sea llanamente imposible, dada la diferencia insalvable entre culturas jurídicas y sociales de entonces y de ahora, estimo que tiene sentido el interrogante por la justa preocupación que refleja.

Primera Ponencia

LIBERTAD DE EMPRESA, CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y DERECHO DEL TRABAJO: UN ENFOQUE GLOBAL*

Antonio Ojeda Avilés
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

SUMARIO

1. POR QUÉ UN ENFOQUE GLOBAL
2. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES COMUNITARIAS, DOS SISTEMAS ENFRENTADOS EN EL SIGLO XXI
   2.1. El período glorioso del Derecho Social Comunitario
   2.2. La "ventaja indebida", o dumping social, como guía en el trasfondo
3. CAMBIO DE SIGLO Y CAMBIO DE TENDENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA
   3.1. Las sentencias Viking, Laval y Rüffert y su doctrina
   3.2. Las reacciones a la doctrina del TJE
      3.2.1. La historia de dos ciudades
      3.2.2. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
      3.2.3. La Propuesta de Reglamento COM(2012)130, o "Monti II", sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios

---

* Una parte de este trabajo se ha tomado de la ponencia defendida por el autor en el Congreso Nacional de la Asociación Italiana de Abogados Laboralistas "Nuove regole dopo la legge n. 92 del 2012 di reforma del mercato del lavoro: competizione *versus* garanzie?Diritto del lavoro e crescita economica in ambito italiano ed europeo" (Ancona2012), ponencia que lleva el título de "Diritti fondamentali, concorrenza, competitività e nuove regole per il lavoro in una prospettiva di diritto comparato", de próxima publicación por la Editorial Giapichelli.

3.2.4. La Propuesta de Directiva COM(2012)131, sobre garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, de desplazamiento de trabajadores
3.3. Reflexión de conjunto
4. LA NECESARIA REINTERPRETACIÓN DEL FENÓMENO
4.1. Race to the bottom, race to the top
5. BIBLIOGRAFÍA

1. POR QUÉ UN ENFOQUE GLOBAL

El debate entre las libertades "mercantiles" de la empresa y los derechos "laborales" de los trabajadores no es ni mucho menos nuevo en nuestro Ordenamiento, y ya ha tenido ocasión de manifestarse en algunas sentencias del Tribunal Supremo respecto a la impugnación de convenios colectivos por lesión grave de intereses de terceros, y en decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia (actualmente con el poco agraciado nombre de Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, ley 15/2007) que han marcado los linderos entre los contenidos de los convenios y las prácticas colusorias, sobre todo en el tema de las cláusulas colectivas de repercusión en precios. Y evidentemente la libertad de empresa y sus poderes, de dirección y organización, de regulación y sanción, chocan día a día con los derechos laborales de múltiples maneras y los tribunales les dedican una gran parte de su esfuerzo para marcar los espacios de unos y otros.

Pero creo que si estamos hablando del modelo constitucional de empresa que las leyes ordinarias han desarrollado durante décadas y que estos últimos meses de profunda crisis han puesto contra las cuerdas, habremos de ir más al fondo y entablar un debate sobre el propio modelo y sus límites. Porque actualmente ya no es extraño hallar a una parte de la doctrina científica defendiendo que el progreso social, el fortalecimiento de los derechos de los trabajadores, es la causa de la crisis y debemos no solo frenarlo, sino fortalecer hasta el límite extremo los derechos de los empresarios, un modelo que aquí denominamos neoliberal pero que para estos críticos es el único posible. Ese debate sobre el modelo de empresa y su conflicto con el Derecho del Trabajo, si queremos plantearlo en términos científicos, no puede ser un debate nacional, sino europeo, en el sentido de que las decisiones que nos están marcando el camino son europeas, tanto para lograr la soñada convergencia "por la vía del progreso" como para establecer mecanismos singulares contrarios a esa meta genérica del Derecho Originario.

El debate en profundidad del modelo de empresa no existe en España, más allá de la puja por mantener un determinado derecho o por recortarlo, más al fondo de los planteamientos sobre la nueva indemnización por despido o del nuevo convenio de empresa prioritario. Quizá los economistas se asoman más a los límites generales con sus debates plagados de cifras y de previsiones altamente frágiles, pero desde nuestra perspectiva no podemos entrar en la *melée* economicista, sino sobrevolarla con nuestros instrumentos jurídicos.

Por todas estas razones, si queremos entrar en un debate de fondo, constitucional, habremos de ir más allá de la Constitución y adentrarnos en el debate sobre libertades económicas y derechos sociales que desde el cambio de siglo se mantiene con intensidad en el ámbito europeo, y que se ha concretado en el choque producido nada menos que entre las libertades europeas (sobre todo las de libre circulación de trabajadores, libertad de establecimiento, y prohibición de prácticas restrictivas de la competencia) y los derechos fundamentales colectivos (sobre todo los de negociación colectiva y derecho a medidas de conflicto). Las conclusiones a que se está llegando en Europa, bien parcas a decir verdad, parecen marcar un tiempo de espera en el que habremos de resolver de una vez por todas si la competitividad de las empresas europeas –y con ello, de las españolas- no está reñida con el progreso social. Ha llegado un tiempo en que no nos vale afirmar que los países más desarrollados y competitivos del continente son al mismo tiempo los más avanzados en lo social –Suecia, Dinamarca, Noruega, Alemania-, y que los derechos laborales avanzados como por ejemplo el de la cogestión de empresas conviven perfectamente con la máxima competitividad, porque en el decurso de la crisis financiera hemos aprendido que cada país tiene sus propias variantes y que ningún modelo se deja exportar con facilidad. Unos y otros participamos sin embargo de un modelo social de múltiples aristas, pero que globalmente considerado se está poniendo en cuestión por otro poderoso modelo que llega a nuestras costas con complejo de superioridad y habla de "la fortaleza Europa" y de la "euroesclerosis".

En lo que sigue expondré los orígenes del debate en Europa y su evolución más reciente, con la propuesta de Reglamento "Monti II". Y veremos cuáles son los argumentos jurídicos para resolver el laberinto de pasiones entre las libertades de empresa y los derechos laborales.

2. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES COMUNITARIAS, DOS SISTEMAS ENFRENTADOS EN EL SIGLO XXI

2.1. El período glorioso del Derecho Social Comunitario

Las sentencias del TJE emitidas a finales de la primera década del siglo XXI por el Tribunal de Justicia Europeo (TJE) en materia de derechos sindicales, en especial las sentencias Viking, Laval y Rüffert, han levantado una gran polvareda y una aguda crítica en la doctrina especializada, que en líneas generales las han considerado como una vuelta atrás en el continuo respaldo del Tribunal a los derechos fundamentales laborales y, en concreto, a los derechos colectivos. En la actualidad entendemos que el TJE se ha unido a la tendencia global de recortes de los derechos sociales auspiciada por los organismos económicos internacionales, recortes que los Estados miembros, comenzando por los Países Bajos y Alemania desde fines de los años 90, habían empezado también a respaldar. ¿Se puede

pedir al TJE que continúe una línea *pro labor* que es fuertemente atacada desde múltiples instancias? ¿Hasta qué punto ha protagonizado un abandono de la línea característica del Derecho Social Europeo y del "modelo social" que es uno de los trazos más vigorosos y característicos de la imagen de Europa en el mundo? No podemos olvidar el "liberalismo incrustado" del Derecho Originario[1],que junto a la integración negativa que va restando competencias a los Estados miembros desde el Derecho de la Competencia comunitario erosiona los derechos sociales de modo imperceptible pero continuo[2].

Después del rechazo inicial que han merecido las sentencias, ha llegado el momento de colocarlas en su contexto y de evaluar la posición en que nos encontramos en el momento presente.

En las páginas que siguen trataré de insertar la evolución citada en el contexto diacrónico de una evolución más amplia que ahora está impactando al Derecho Social Europeo, y en el contexto sincrónico de otras "regiones" extracomunitarias en donde cabe identificar el origen del neoliberalismo social. Las últimas reflexiones las dedicaré a comentar algunas fuerzas compensatorias surgidas a nivel global y que pueden muy bien considerarse como una contrapartida a las limitaciones judiciales que las sentencias del TJE suponen.

Ante todo hemos de calibrar lo que hemos perdido o pensamos haber perdido, pues como siempre en las estructuras complejas podremos advertir que hay elementos contradictorios que neutralizan los posibles avances. En la Unión Europea (UE) siempre hemos tenido como contrapeso de los derechos sociales a las libertades de la Unión, dotadas de una presencia estructural y genética que las han convertido en opositoras formidables del avance que estoy comentando. En realidad la Comunidad Europea comulga desde sus propios orígenes con los postulados del neoliberalismo, solo matizado en las sucesivas reformas de los Tratados fundacionales por algunas referencias a los derechos sociales.

Pues bien, lo que hemos perdido es ante todo el optimismo de que los derechos sociales fundamentales irían conquistando paulatinamente un lugar cada vez más importante en el Derecho Comunitario, y que llegaría un momento en que quedarían al mismo nivel que las libertades fundacionales. El sueño se ha roto a pesar de que se han producido avances recientes a través, por ejemplo, de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE). Se trata de una sensación imprecisa, dolorosa, porque además tenemos la premonición de que ya no habrá más avances sino retrocesos, y que por ejemplo el reconocimiento a la labor de los sindicatos, el respeto a lo establecido en los convenios colectivos o la licitud de las huelgas paulatinamente serán puestos en entredicho, relativizados y, finalmente, sometidos a estrictos controles. En suma, hemos llegado a la convicción de que cuanto sucede a nivel de los Estados a los que pertenecemos tendrá su reflejo a nivel de la UE para, primero, convertir al modelo social europeo en el blanco de

[1] "Embedded liberalism": GIUBBONI S., *Social Rights and Market Freedom* (2009).
[2] GIUBBONI S., *Diritti Sociali e mercato* (2003), p. 252.

las críticas más despiadadas, y, después, tratar de minimizarlo como causa de la pérdida de competitividad de la vieja Europa.

Sin duda que la pérdida de impulso de los derechos fundamentales no afecta por igual a todos. Los derechos de la persona, como el de trato igual o el de protección de la salud, no parecen encontrar dificultades para su perfeccionamiento, si miramos por ejemplo a los avances de la no discriminación en los terrenos distintos a la igualdad de género y a las últimas sentencias del TJE sobre trato igual a los trabajadores maduros. El retroceso, la negación de cuanto nos parecía evidente en una Europa del progreso, se produce respecto a los derechos fundamentales colectivos, como es bien sabido, y hacia ellos enfocaremos el grueso de nuestras reflexiones en estas páginas: la libertad sindical, la negociación colectiva y el derecho a medidas conflicto colectivo han encontrado en estos años una jurisprudencia muy crítica, más allá de las buenas palabras, a su pleno desarrollo.

Si lanzamos una mirada retrospectiva a lo que teníamos al finalizar el siglo XX en la Europa Social, el ambiente que se respiraba era el de una aparente armonía entre los dos bloques normativos, laboral y mercantil, o lo que es lo mismo, entre las libertades fundacionales comunitarias y los derechos fundamentales sociales. La armonía se basaba en el mutuo respeto, en la elaboración de dos esferas independientes que procuraban no mezclarse, comunitaria una, estatal la otra. A ello contribuía el reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros, pensado desde un principio como un medio de unificar la economía y mantener en cambio la dispersión estatal en cuestiones sociales. Poca tensión podía existir entre dos ámbitos pertenecientes a mundos distintos, y hasta las sentencias Defrenne desde 1970 el TJE poco pudo decir a favor o en contra de uno de ellos[3]. La trilogía Defrenne puso de manifiesto hasta qué punto el Derecho Social era importante para la unión económica, cómo una separación y extrañamiento entre lo social y lo económico era imposible, y a partir de esa década de los 1970s el legislador comunitario saldrá de su letargo y pondrá en marcha una importante serie de Directivas sociales inspiradas en los programas sociales que inaugura Jacques Delors en 1974.

Las dos primeras décadas de avance social comunitario se caracterizan por una extraña situación, que es excepcional en la historia del Derecho del Trabajo: los poderes públicos, tanto estatales como comunitarios, impulsan la legislación de seguridad y salud y de trato igual por su propia iniciativa, sin el acicate de los actores sociales, que atraviesan varias décadas de perezosa actividad, casi de inactividad, por otra parte explicables si pensamos en que la Confederación Europea de Sindicatos nace tan tarde como en1973 con un papel prácticamente de organismo de enlace entre las confederaciones nacionales. El contraste con la historia del Derecho estatal del Trabajo, que en cada país nace mucho después de que los

[3] Sentencias TJE Defrenne c. Reino de Bélgica 80/70; Defrenne c. Sabena 43/75; y Defrenne c. Sabena 149/77 ("Defrenne I, II y III").

sindicatos y las organizaciones de empresarios hubieran creado por sí mismas una sólida regulación convencional, es por ello bastante agudo[4].

2.2. La "ventaja indebida", o dumping social, como guía en el trasfondo

Este carácter de regulación legal no pedida por las partes sociales tiene mayor importancia del que habitualmente se le otorga: el intervencionismo espontáneo, o no inducido por la acción sindical previa, no solo tiene excepcionalidad en la historia del Derecho del Trabajo, sino también un carácter permanente y, me atrevería a decir, intrínseco en el Derecho Social Europeo, hasta el punto que explica buena parte de cuanto ocurre en esas dos décadas iniciales y también en el momento presente. La conocida teoría de M. Pedrazzoli de la "pecorella smarrita", que allí donde hay un sindicato tarde o temprano alcanza el Derecho del Trabajo, no encuentra aplicación en el ámbito comunitario, y ello se debe a dos razones precisas que conviene detallar:

a) Hay sin duda una razón político social, la necesidad de los partidos políticos de atraer el voto de las clases trabajadoras en las elecciones de todo tipo, una razón que no diferencia al Derecho Social Europeo de cuanto hemos visto en la historia general del Derecho estatal del Trabajo, al menos de los países democráticos. Desde que se alcanza el sufragio universal todos los partidos políticos introducirán propuestas sociales en sus programas, un relato bien conocido en el que no voy a entrar en estas líneas, pues está excelentemente contado por S. Deakin y otros autores.

b) La razón que en mi opinión mueve con mayor vigor a la aparición de las Directivas comunitarios en materia social es de tipo económico y pertenece a la misma familia de las libertades comunitarias con las que el Derecho Social Europeo está chocando en los últimos años: consiste en evitar la proliferación de prácticas comerciales que se encuadran, o pueden encuadrarse, en el ámbito de la competencia desleal. Me refiero, como es obvio, al *dumping social*, y resulta extraño que haya habido un tiempo en el que se negó su existencia y se haya querido extender la denominada "paradoja de Lucas" también a los aspectos sociales[5]. Sea o no real el *dumping* al que me refiero, lo importante

---

[4] Los estándares laborales de salario y tiempo de trabajo hacía tiempo que eran regulados por convenios colectivos cuando el legislador estatal abandona en cada país su política de no intervención. A la tarea de los sindicatos y las organizaciones de empresarios en la fijación de estándares durante el siglo XIX debe añadirse, como es notorio, la fijación de estándares por las Cámaras de Comercio para evitar el dumping social, un tema sobre el que merece citarse el trabajo de VARDARO y VENEZIANI, y la realizada por los *probiviri*, *proud'hommes* o tribunales industriales, en el caso francés desde 1844.

[5] Incluso antes de la formación de la Comunidad Económica Europea la función del mercado iba a ser considerada con optimismo infantil: el Informe OIT sobre los aspectos sociales de la cooperación económica europea (Infome Ohlin 1956) aplica la teoría de la ventajas comparativas y rechaza la necesidad de una armonización de legislaciones porque las diferencias entre costes salariales nominales no suponen un obstáculo a la integración económica, dado que lo importante son los costes laborales unitarios, que tienen en cuenta la productividad, de donde los salarios altos suelen acompañar a una productividad alta, y de ahí que las diferencias reales sean menores de lo que pueda parecer si se observan solo los salarios nominales: el propio mercado, entendía el Informe Ohlin, aseguraría que las reglas de la competencia no

es que los Estados miembros lo han considerado real, y ello los ha movilizado para contrarrestarlo mediante estándares comunitarios, el primero de los cuales se establece, como sabemos en el art. 119 del Tratado de Roma y hace referencia al trato igual en materia salarial entre hombre y mujer.

En todos los Manuales de Derecho Social Comunitario aparece la indicación de cómo Francia había alcanzado en 1957 una legislación sobre igualdad de género que no existía en otros Estados de la naciente Comunidad, y temía que ello fuera aprovechado por éstos para competir con una ventaja inaceptable, la de los salarios más bajos para las mujeres[6].

Pero la obsesión por el *dumping* solo tiene en el art. 119 su buque insignia, la parte más rotunda pero no la única, pues impregna a todo el Derecho Social Comunitario y sobre todo a sus aspectos fundamentales. Explícitamente el giro de 1974 se justifica en la convicción de que las fuerzas del mercado no iban a conseguir por sí mismas la equiparación en el progreso, una idea que va tomando fuerza hasta que por fin obtiene rango fundamental mediante las sucesivas reformas del Tratado de Roma.

Otros aspectos relevantes del Derecho Social Comunitario donde la motivación *económica* tiene fuerza primordial pero no ha alcanzado la notoriedad que merece son, en primer término, la seguridad y salud, donde tras la gran innovación del Acta Única Europea, la Directiva Marco 89/391 propondrá un ambicioso complejo de medidas que se colocaría por delante de la mayor parte de los Estados miembros, pues solo los países escandinavos, Austria y Francia podían exhibir en aquel momento un nivel parecido (Arrigo), sirviendo así, de nuevo, para reducir el *dumping social* entre países y para estimular el avance en los Estados más atrasados al respecto.

De igual forma se advierte la preocupación por "compartir cargas" en las Directivas de crisis de empresa, desde la 75/129, sobre despidos colectivos, la 77/187, sobre mantenimiento de los derechos laborales en las transmisiones de empresas, y la 80/987, sobre protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario. La base jurídica para tales iniciativas comunitarias, dado el silencio del Tratado constitutivo sobre esas materias, residirá en el genérico art. 100 del mismo, que permite legislar sobre materias no comunitarias cuando las normas se adopten por unanimidad e incidan directamente en el establecimiento o

quedaran distorsionadas. Muy influído por el Informe Ohlin, como indica Barnard, el Informe del Comité Intergubernamental que preparaba el Tratado de la Comunidad Económica Europea (Informe Spaak 1956) mantuvo también la opinión de que la integración económica conseguiría una óptima asignación de los recursos y de ahí un óptimo sistema social. No hacía falta una legislación transnacional intensa siempre que se asegurara la libre circulación de trabajadores en el mercado interior, incluyendo la coordinación de la seguridad social, y poco más, como por ejemplo la igualdad salarial entre trabajadores y trabajadoras, y la equiparación entre jornadas y vacaciones. Así lo plasma el Tratado de Roma de 1957, como ya sabemos.

[6] Quizá el dato más significativo lo hallamos en 1956, cuando se negocia el Tratado de Roma y el primer ministro francés Guy Mollet defiende fervorosamente la incorporación de derechos sociales, "apoyado fuertemente en su iniciativa por las organizaciones de empleadores de su país": Giubboni S., "Social Rights and Market Freedom" (2010), 241. Finalmente prevaleció la concepción "ordo-liberal" defendida por Alemania, a pesar de que los seis países fundadores habían ya incorporado en sus Constituciones los rasgos del Estado de Bienestar, como indica el autor *ibídem.*

funcionamiento del mercado común. Pero la *intentio legis* de las tres normas va a ser doble, como ponen de relieve sus preámbulos, observa la doctrina (Colina, Ramírez y Sala, Lo Faro, Arrigo, Cabeza Pereiro) y expresan paladinamente las dos sentencias TJE Comisión Europea c. Reino Unido 382/92 y 383/92: garantizar la protección de los trabajadores en los Estados miembros, y "aproximar las cargas que dichas normas de tutela comportan para las empresas de la Comunidad"[7].

Creo no desvelar ningún misterio al mencionar el mismo argumento en las Directivas sobre participación y sobre implicación (coinvolgimento) de los trabajadores en las empresas europeas. Desde las propuestas de Directiva Vredeling y de Directiva sobre Sociedades Anónimas Europeas en 1980-1983, Alemania insistió en proponer y defender la participación de representantes laborales al máximo nivel de las grandes empresas, en manera similar a su Mitbestimmung.

Las limitaciones al tiempo de trabajo, los descansos y vacaciones, todo lo demás legislado por la Comunidad, expresa en mayor o menor medida el deseo de converger en las condiciones de trabajo para evitar la competencia desleal en las condiciones de trabajo. Porque lo que hacen las Directivas sociales consiste, ni más ni menos, que en considerar como prácticas desleales e ilícitas las medidas legales o las decisiones empresariales por debajo del estándar aceptable para un país desarrollado. Incluso Directivas que se encuentran en la periferia del Derecho del Trabajo por estar vinculadas a la circulación transfronteriza de trabajadores, como por ejemplo la 96/71 sobre desplazamientos, presenta la preocupación por la competencia desleal y obedece a sonadas sentencias que pusieron sobre aviso el riesgo de utilizar las condiciones peyorativas de trabajo para alcanzar ventajas indebidas, por ejemplo en la sentencia TJE Rush Portuguesa 113/89.

Podrá decirse que, antes o después, las normas mercantiles o genéricas de defensa de la competencia habrían llegado a una prohibición similar. Pero Europa quería converger en el progreso, no en la miseria de la mayor parte de su población. Confiar a los tribunales de defensa de la competencia y a las leyes del género la línea roja de prohibición habría llevado un tiempo excesivo, como había puesto de relieve el fracaso de la confianza en el mercado de Tratado de Roma.En una Europa pujante como la de aquellas décadas, no se veía necesario para competir el retroceder a los niveles de los Estados marginales, que no se veían como competidores de importancia: se trataba mas bien de una lucha por la hegemonía entre los cuatro grandes, Alemania, Francia, Italia y, después, Reino Unido.

La obsesión por el *dumping* funcionó durante varias décadas, mientras los Estados miembros competían entre ellos mismos. El problema surge, primero

---

[7] La cuestión ha sido puesta de relieve también por el TJE, entre otras en las sentencias Comisión c. Reino Unido 61/81, sobre igualdad de remuneración entre hombres y mujeres, y Comisión c. Reino Unido 382/92, sobre transmisiones de empresas: "Al armonizar las normas aplicables al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, el legislador comunitario ha querido, a la vez, garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros y equiparar las cargas que estas normas de protección suponen para las empresas de la Comunidad" (§ 15 de la última sentencia).

cuando a partir de 1981 ingresan países no tan desarrollados en la Comunidad Europea[8], y segundo, cuando la economía se globaliza, y la competencia deja de ser regional. En todo caso, por lo menos hasta principios del siglo XXI y las últimas Directivas sobre participación en la gestión, el leit motiv *dumping* se rastrea en la acción legislativa en materia social.

Después de las dos décadas de intervencionismo espontáneo en la que el fantasma de la competencia desleal juega un importante papel, llegamos al momento culminante con el Tratado de Maastrich (1992), que incorpora a los actores sociales como colegisladores comunitarios. Nada menos que una acción inhibitoria se entrega a las partes sociales cuando deciden regular una materia mediante un acuerdo colectivo, momento en el que el legislador comunitario cede el terreno a la norma pactada. Los Acuerdos Marco de la siguiente época, desde el que motiva la Directiva 94/45 sobre comités de empresa europeos hasta el de tiempo de trabajo en el transporte ferroviario que motiva la Directiva 2005/47, marcan un instante nunca igualado en otro lugar; después, la cooperación entre el legislador comunitario y el legislador colectivo parece extinguirse, y aún se producen Acuerdos Marco autónomos y Directivas laborales, pero carentes del espíritu fraternal entre ambos Ordenamientos[9].

El símbolo de aquella "entente cordiale" entre libertades económicas y derechos sociales, con todas las ambigüedades que se le han imputado, lo hallamos en el grupo de sentencias del TJE que se inicia con la muy importante Albany67/96, de 21 de setiembre de 1999[10]. La doctrina Albany establece una excepción *ratione materiae* al principio de libre concurrencia mercantil en el espacio europeo: los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales destinados a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado. Admitir una limitación en este ámbito, explica el TJE, constituiría una restricción injustificada de la libertad de los interlocutores sociales cuando celebran un acuerdo sobre alguno de los aspectos de las condiciones de trabajo[11].

---

[8] Grecia, 1981; España y Portugal, 1986. Hasta cierto punto la entrada de estos tres países queda compensada por la de Austria, Finlandia y Suecia en 1995, pero entre 2004 y 2010 el equilibrio queda definitivamente roto con el ingreso de diez países de la antigua Europa del Este en la UE.

[9] Probablemente el distanciamiento se produce con ocasión de los tratos preliminares para la promulgación de una normativa sobre empresas de trabajo temporal, en los que las negociaciones entre las partes sociales fracasaron y el legislador comunitario decidió promulgar en solitario la Directiva 2008/104. Aún antes, las deliberaciones entre las partes sociales para una Directiva negociada en el sector del transporte por carretera no tuvieron éxito, y el legislador comunitario promulgó la Directiva 2002/15 a falta de un Acuerdo Marco. En paralelo, las partes sociales, con CES y BusinessEurope a la cabeza, han pactado Acuerdos Marco autónomos en materia de teletrabajo (2002), estrés laboral (2004) y sobre acoso y violencia en el trabajo (2007).

[10] Dentro del grupo de sentencias cabe mencionar como las más importantes a la Brentjens, asuntos acumulados 115/97 a 117/97, Drijvende Bokken 219/97, y van der Woude 222/98.

[11] Los artículos del Tratado de Roma sobre competencia libre se encuentran hoy contenidos en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE. El articulo 101 declara que "serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados

No era difícil establecer un reparto de ámbitos como el fijado por el TJE, desde el punto y hora en que varios Estados miembros lo tenían reconocido tácitamente desde el siglo XIX: el legislador estatal asumía y respetaba la regulación de condiciones de trabajo negociada por las propias partes interesadas. El Ordenamiento autónomo que surge con el abstencionismo del Estado en ese siglo pronto dará lugar a una función novedosa de la negociación colectiva: fijar las líneas rojas por debajo de las cuales aparece la competencia desleal. Para trabajadores y empresarios, establecer condiciones de trabajo inferiores a las pactadas era desleal y no podía permitirse.

El reconocimiento de la excepcionalidad de los convenios en la sentencia Albany implica sin embargo un pecado de origen, que es nuevo en Derecho del Trabajo. Se olvida la función primigenia del convenio como norma autónoma que aplica en cada ámbito la prohibición de competencia desleal y se le pasa a contemplar inicialmente como medida restrictiva de la competencia. Como dice el apartado 59 de la sentencia, "bien es verdad que determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores. No obstante, los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 85, apartado 1, del Tratado en la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo".

De cualquier modo, a la altura del cambio de siglo la evolución del Derecho Social Europeo había sido claramente positiva, y la UE parecía respaldar la acción de los representantes de los trabajadores a todos los niveles. Los derechos fundamentales colectivos parecían haberse incorporado al acervo comunitario sin problemas, dentro de una normativa laboral que comenzaba a ser densa y completa.

3. CAMBIO DE SIGLO Y CAMBIO DE TENDENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA

3.1. Las sentencias Viking, Laval y Rüffert y su doctrina

Como se ha dicho, la incorporación de numerosos Estados en vías de desarrollo de Europa del Este entre 2004 y 2007 va a coincidir, quizá significativamente, con la aparición de turbulencias en este paisaje hasta ahora idílico. La primera señal llegará de la mano de la nueva Directiva de Servicios, cuando el proyecto Bolkestein propone el "principio de país de origen" –las condiciones de trabajo serían las del país de origen- y solo gracias a la fuerte oposición que suscita –el *no*

miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior (…)"; y el 102, "Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo (…)". Ambos artículos establecen ciertas excepciones al principio de libre concurrencia, a las que se añadiría la establecida por el TJE. Sobre las críticas a la sentencia Albany, cfr. EVJU, "Collective Agreements and Competition Law. The Albany Puzzle, and van der Woude", *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 17-2 (2001), pp. 165–184.

de Francia al proyecto de Constitución Europea, entre otros resultados- quedará fuera de la versión definitiva en la Directiva 2006/123. Poco después, tres sentencias que se han hecho bien conocidas por los laboralistas agitarán profundamente el panorama y se situarán en el centro de una revisión del equilibrio entre lo económico y lo social a que habíamos llegado. Las sentencias TJE Viking, Laval y Rüffert[12], van a continuar la senda marcada por la sentencia Albany, aunque con una insistencia en el carácter básicamente anticompetitivo de las medidas sindicales en la que prácticamente vanifican la posibilidad de escapar de las reglas de la competencia mercantil, que en Albany constituía el sesgo dominante. En las tres sentencias se reproduce una situación ya muy frecuente en la mitad norte de la UE: empresas de servicios radicadas o con intención de radicarse en los nuevos Estados miembros de Europa del Este consiguen la adjudicación de contratas de obras o servicios en los Estados miembros más desarrollados y se encuentran con la resistencia sindical-boicots, principalmente- que es secundada en mayor o menor medida por los poderes públicos de país de acogida[13].

Veamos sintéticamente las circunstancias de cada caso. En la sentencia TJE Viking Line 438/05, la empresa finlandesa de transbordadores Viking trata de aprovechar la incorporación de Estonia a la UE para transferir su sede a dicho país, para negociar un convenio colectivo con sindicatos estonios que le permitiera superar el déficit de su ruta marítima entre Helsinki y Tallin. El sindicato finlandés de marinos, a través de la International Transport Federation (ITF), convoca un boicot para que ninguno de los sindicatos afiliados a la ITF negocie un convenio con la empresa. La cual reacciona presentando una demanda ante los tribunales de Londres, donde tiene su sede la ITF, al entender que el boicot sindical va contra la libertad de establecimiento y, subsidiariamente, contra la libre circulación de trabajadores y la libre prestación de servicios consagradas por el Tratado de Roma. Planteada la cuestión prejudicial ante el TJE, éste resuelve que, en efecto, las medidas de conflicto sindicales constituyen restricciones a la libertad de establecimiento, aunque pueden estar justificadas por una razón imperiosa de interés general como es la protección de los trabajadores, si bien debe probarse que son adecuados al objetivo pretendido y que no van más allá de lo necesario para lograrlo[14].

La sentencia TJE Laval un Partneri 341/2005 enfrenta en esta ocasión a Letonia y Suecia cuando la empresa letona Laval consigue a través de su filial sueca el contrato para la construcción de una escuela pública en Suecia, aprovechando las

---

[12] Sentencias TJE Viking Line 438/05, de 11 de diciembre de 2007; Laval un Partneri 341/05, de 17 de diciembre de 2007; y Rüffert 346/06, de 3 de abril de 2008.

[13] Cabría preguntarse por qué la situación conflictiva afecta solo a la mitad norte de la UE, y no a toda la UE, pues Francia, Italia, España e incluso Grecia se ven sometidas a una fuerte presión laboral de los países del Este miembros de la UE, especialmente de Rumanía. Prima facie parece existir una diferencia en el modo de contacto, que no es a través de empresas, sino de la inmigración individualizada.

[14] Fallo: "El artículo 43 CE debe interpretarse en el sentido de que medidas de conflicto colectivo como las controvertidas en el asunto principal (…) constituyen restricciones en el sentido de dicho artículo. Estas restricciones pueden estar justificadas, en principio, por la protección de una razón imperiosa de interés general, como la protección de los trabajadores, siempre que se compruebe que son adecuadas para garantizar la realización del objetivo legítimo perseguido y que no van más allá de lo necesario para lograr este objetivo".

diferencias salariales del convenio letón de la construcción. En efecto, para edificar la escuela lleva a Suecia trabajadores letones, pero allí se encuentra con que el sindicato sueco, tras intentar que la empresa aplicara los salarios suecos y no conseguirlo, declara el bloqueo de las obras, al que se une el boicot del sindicato sueco de electricistas. En el momento máximo de tensión, la empresa llama a la policía, que se inhibe porque la legislación sueca permite estas medidas de conflicto en ciertos casos. Al acudir después a los tribunales, la libertad que la empresa alegó como infringida fue la de libre circulación de trabajadores en la regulación contenida en la Directiva 96/71. Y contra lo que podía esperarse de una norma que trataba de trabajadores desplazados[15], el TJE pone de relieve en un lenguaje bastante críptico que la Directiva solo otorga protección a los salarios mínimos contemplados en una norma o en un convenio de eficacia general, por lo que tratar de imponer salarios superiores a una empresa extranjera viola las libertades de desplazamiento y de prestación de servicios, y las medidas de conflicto que lo pretendan no pueden encontrar apoyo en la legislación nacional.

Por último, la sentencia TJE Rüffert 346/06 contempló el caso de la empresa Objekt, adjudicataria de una obra para la construcción de un centro penitenciario en Alemania, cuyo contrato incluía la obligación de pagar al menos los salarios del convenio de la construcción de obras públicas, exigencia establecida en una ley regional para todos los contratos de este tipo. Objekt subcontrató a una empresa polaca que desplazó a 53 obreros a los que pagaba el 46 % del sueldo del convenio. El gobierno regional rescindió el contrato con Objekt, pero el TJE consideró que no podía imponerse a la empresa extranjera el salario establecido en un convenio que no tenía eficacia general: a una empresa no se le puede obligar a pagar un salario superior al mínimo legal, decía la sentencia, pues implicaría una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida. Por lo tanto, una medida como la controvertida puede constituir una restricción a la competencia en el sentido del Tratado fundacional (§ 37).

Aunque otras sentencias han suavizado hasta cierto punto la rotundidad de la trilogía[16],el mensaje ha sido interpretado por la mayoría de los intérpretes de manera crítica. Resume Zahn que las sentencias identifican las acciones colectivas como restricciones a las libertades comunitarias, restricciones que pueden ser jus-

---

[15] La Directiva se dicta como respuesta al caso Rush Portuguesa, empresa de esa nacionalidad que había obtenido un contrato de obra pública en Francia desplazando para ello a trabajadores portugueses con escasas retribuciones. En la sentencia TJE Rush Portuguesa 113/89, de 27 de marzo de 1990, el tribunal se mostró proclive a la aplicación de las condiciones de trabajo del país receptor. A tenor de su párrafo 18, "Hay que precisar por último, a raíz de las preocupaciones expresadas a este respecto por el Gobierno francés, que el Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros extiendan su legislación, o los convenios colectivos de trabajo celebrados por los interlocutores sociales, a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena, aunque sea de carácter temporal, en su territorio, con independencia de cuál sea el país de establecimiento del empresario: el Derecho comunitario no prohibe tampoco a los Estados miembros que impongan el cumplimiento de dichas normas por medios adecuados al efecto (sentencia de 3 de febrero de 1982, Seco y Desquenne, asuntos acumulados 62/81 y 63/81, Rec. 1982, p. 223)".

[16] Por ejemplo, sentencias TJE Comisión c. Ducado de Luxemburgo 319/06, o Portugaia 164/99.

tificables, pero al introducir el mecanismo de la proporcionalidad para ponderar su licitud lleva a la incertidumbre y en la práctica constituye un límite del derecho a la acción colectiva[17]. Con brillantez, Veneziani considera las decisiones del TJE como el regalo de un caballo de Troya en los reconocimientos judiciales del derecho fundamental para a renglón seguido introducir la ética mercantilista en el Derecho del Trabajo, contra lo que expresa la vieja advertencia: *timeo danaos et dona ferentes*[18]. Para otros autores, en fin, se trata de un conflicto entre los derechos sociales reconocidos por las normas estatales y las libertades económicas proclamadas por los Tratados comunitarios[19].

Creo que debemos examinar la situación con la máxima objetividad. La sentencias expresan el Derecho global en acción, como lo califica Sciarra, quien pide no incurrir en interpretaciones demasiado alarmistas sobre la postura del TJE, aunque "hayan provocado una herida profunda en el cuerpo de los derechos sociales fundamentales de ejercicio colectivo". Seguramente queda en entredicho el objetivo comunitario de conseguir la equiparación de las condiciones de trabajo "por la vía del progreso"[20], pues además de colocar bajo sospecha a las medidas colectivas de conflicto ha interpretado a la Directiva 96/71 como impeditiva del principio de norma más favorable[21]. Sin embargo, pese a todo, la trilogía pone al Derecho Social Europeo frente a la cruda realidad: a pesar de todas sus declaraciones, la UE se asienta sobre las libertades del mercado interior, y el entramado normativo del Derecho Originario hace muy difícil que los derechos fundamentales colectivos no queden sometidos a ellas.

El TJE ha consumado una fase de los derechos sociales europeos que parece inevitable: si hasta el momento éramos conscientes de que ellos tenían unos límites internos que debían ser respetados, con la trilogía el TJE nos enfrenta a los límites externos, o extrínsecos, que hasta el momento, en el largo espacio de tiempo en que los derechos colectivos fueron madurando, no se habían manifestado con toda su crudeza.

---

[17] Zahn R., "The Viking and Laval Cases in the context of European enlargement", *Web Journal of Current Legal Issues* 3 (2008), s/p.

[18] Veneziani B., "La Corte di Giustizia ed il cavallo di Troia", en VVAA, *Scritti in onore di E. Ghera,* Cacucci, Bari 2008, vol. II, 1281 ss.

[19] Ya desde Davies P., "Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Law Systems?", *Common Market Law Review* (1997), 571 ss.

[20] Art. 151 TFUE.

[21] No obstante, el art. 3.7 de la Directiva establece que "Lo dispuesto en los apartados 1 a 6 no impedirá la aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores". En la práctica, el TJE dificulta con su interpretación la consecución de este mandato: como dice la sentencia Rüffert en su párrafo 33, el art. 3.7 de la Directiva 96/71 "no puede interpretarse en el sentido de que permite al Estado miembro de acogida supeditar la realización de una prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de condiciones de trabajo y empleo que vayan más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima. En efecto, en relación con las materias a que se refiere su artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), la Directiva 96/71 prevé expresamente el grado de protección cuyo respeto puede exigir el Estado miembro de acogida a las empresas establecidas en otros Estados miembros en favor de sus trabajadores desplazados a su territorio. Por lo demás, tal interpretación privaría de eficacia a dicha Directiva (sentencia Laval un Partneri, antes citada, apartado 80)".

Los límites externos de un derecho fundamental son básicamente los otros derechos fundamentales, y cuando colisionan unos con otros el TJE, a igual que los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, aplican los principios de proporcionalidad y adecuación que hemos visto en las sentencias comentadas. Podemos reprochar al TJE que en la trilogía parezca defender más bien una limitación exclusivamente de solo la parte de los derechos laborales, pero recordemos que en definitiva remite la decisión final al tribunal competente, que será quien establezca el equilibrio preciso según sus parámetros nacionales. Y también podemos reprochar al TJE que aplique el principio de proporcionalidad a una confrontación tan atípica, no entre dos derechos fundamentales, sino entre un derecho fundamental y una libertad del mercado interior.

Gran parte del conflicto podía haberse evitado si el desplazamiento de trabajadores no se hubiera separado del tronco común de la libre circulación de trabajadores para haber caído bajo la libre prestación de servicios, a partir de la Directiva 96/71. Lo Faro y otros autores han indicado hasta qué punto el distanciamiento se debió a razones puramente coyunturales[22]. Pero a partir de ahí el objetivo de la regulación no va a ser eliminar las discriminaciones entre trabajadores extranjeros y locales, sino facilitar el movimiento de trabajadores en el mercado interior eliminando los desincentivos que puedan hallarse. Se instaura a partir de este momento una suerte de *two-tier system* osistema a dos vías a cuya virtud el trabajador extranjero podrá ser remunerado por debajo de las remuneraciones de los nacionales, o disfrutar de vacaciones inferiores, por ejemplo, siempre que su empresario provenga de otro Estado miembro, incluso una empresa de trabajo temporal. Una situación explosiva, debida a razones coyunturales y artificiosas que deberían haberse corregido de inmediato si no fuera porque entre 2004 y 2007 se incorporan a la UE numerosos países a los que puede interesar semejante discriminación[23].

3.2. Las reacciones a la doctrina del TJE

En los pocos años transcurridos desde la emanación de las sentencias, la doctrina ha discutido los posibles "antídotos a la infiltración del Derecho de la concurrencia", en palabras de Giubboni[24]. Dedicaremos las páginas siguientes a analizar

---

[22] Inicialmente el desplazamiento temporal estaba comprendido, junto a la migración de trabajadores, dentro de la libertad de circulación de trabajadores del actual art. 45 TFUE (entonces, art. 48 TCEE), y tanto el Reglamento 1612/68 sobre libre circulación de trabajadores como los Reglamentos 1408/71 y 574/72, sobre seguridad social de trabajadores y sus familias "que se desplazan dentro de la Comunidad" lo indicaban claramente. La sentencia TJE Rush Portuguesa 113/89, ya comentada, optó por aplicar empero el artículo sobre libre prestación de servicios (art. 49 TCE, actualmente art. 56 TFUE) porque no podía aplicar el de libre circulación de trabajadores, ya que en el momento de ocurrir los hechos Portugal estaba en proceso de integración en la Comunidad. Después, la Directiva 96/71 se acoge también a la libre prestación de servicios porque ofrecía una base jurídica más cómoda, por mayoría cualificada, que la necesaria en la libre circulación, por unanimidad: ver con mayor detalle LO FARO A., "Diritti social e libertà economiche", pp. 70 ss.

[23] Cfr., entre la numerosa bibliografía al respecto, mi artículo "Enforceability of European Collective Agreements and New Accession Countries" (2010).

[24] GIUBBONI S., *Diritti Sociali e mercato,* p. 230. El autor estudia tres "antídotos": la Carta de Derechos Fundamentales, los diálogos constitucionales sobre los valores fundacionales de la *polity* comunitaria, y los

en esa dirección tres reacciones jurídicas que se han producido dentro del gran revuelo social y doctrinal levantado por la actitud del TJE.

3.2.1. La historia de dos ciudades

Debemos al mérito de K. Ewing y J.Hendy la detección de dos importantes elementos del nuevo escenario que estaban pasando desapercibidos para la doctrina en general[25]: uno positivo, el hecho de que frente a la doctrina regresiva del TJE –Luxemburgo-, se alzaba con fuerza la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) –Estrasburgo-,en diversas sentencias recientes como la Demir y Baikara de 12 de noviembre de 2008, Wilson de 2 de julio de 2002, Karaçay de 27 de marzo de 2007, o la Enerji Yapi-Yol Sen de 21 de abril de 2009, todas ellas en defensa de la libertad sindical, las medidas de conflicto y el derecho a la negociación colectiva. Pocos estudios han tenido tanta repercusión en lo que llevamos del siglo XXI como los de los autores citados, porque aportan un rayo de esperanza en el sombrío panorama trazado por el TJE. Ahora bien: por más que las sentencias mencionadas lleguen a sancionar a los Estados por haber violado los derechos colectivos citados, en sí mismas tienen escaso poder porque carecen de identidad con las del TJE, en el sentido de que no contemplan casos de enfrentamiento entre derechos sociales y libertades económicas, sino sencillamente infracciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos por parte de un Estado que lo había ratificado. No obstante, las sentencias del TEDH tienen una importancia *per relationem* con la Carta de Derechos Fundamentales de la UE que veremos después.

El otro elemento importante de la trilogía del TJE puesto de relieve por Ewing y Hendy es el del fortalecimiento de las tácticas empresariales en un conflicto colectivo, en Reino Unido pero seguramente también en cualquier Estado miembro de la UE. Entre otros casos[26], estudian el conflicto entre el sindicato británico de pilotos BALPA y la compañía aérea British Airways, en el que la doctrina de Viking y Laval fue exitosamente utilizada por la compañía[27]. Cuando el sindicato de pilotos acudió a los tribunales para dilucidar si una huelga abrumadoramente

frenos a la integración negativa de los Estados miembros del Tratado de Amsterdam.

[25] EWING K.D., y HENDY J., "A Tale of Two Cities. Strasbourg and Luxembourg and the Rights to Collective Bargaining and to Strike. The ECJ Decisions and Trade Union Freedom: Lessons from the United Kingdom", en internet. También de los mismos autores, "The dramatic implications of Demir and Baykara", *Industrial Law Journal* 39-1 (2010), pp. 2 ss.

[26] Los autores citan varios casos británicos, pero también en otros países comienzan a aparecer consecuencias de la jurisprudencia del TJE. Ver, por ejemplo, la condena por parte del Tribunal de Trabajo de Estocolmo a los sindicatos suecos a indemnizar daños y perjuicios a resultas del caso Laval, en BERNITZ U., REICH N., "Case No. A 268/04, The Labour Court, Sweden (Arbetsdomstolen) Judgment No. 89/09 of 2 December 2009, Laval un Partneri Ltd. V. Svenska Bygggnadsarbetareförbundet et al", *Common Market Law Review* 48 (2011), 603 ss; MALMBERG J., "Trade Union Liability for 'EU-Unlawful' Collective Action",pp. 5 ss.; y Sciarra S., "Un'analisi delle fonte", en SCIARRA, ed., *Manuale*, pág. 25.

[27] "*Viking* and *Laval* presented complex legal arguments unresolvable on an interim basis and because the court was almost bound to hold that the status quo and balance of convenience favoured preventing a costly and damaging strike": EWING y HENDY, "A Tale of Two Cities", p. 3.

votada por los pilotos sería o no *aplicable* a tenor de la doctrina del TJE, preocupado por las advertencias de la compañía[28], ésta contraatacó demandando el pago de una indemnización por daños y perjuicios ilimitados, que comprendían incluso el mero hecho del referendum de huelga. Por último el sindicato de pilotos desistió de la demanda porque advirtió que fuera cual fuese el resultado del proceso, la compañía habría recurrido hasta llegar al Tribunal Supremo –todavía House of Lords–, lo cual habría durado unos dieciocho meses en los que el sindicato no hubiera podido convocar una huelga ante la amenaza de que fuera declarada ilegal. Además, Ewing y Hendy destacan otros tres rasgos *amenazadores* ("frightening features") de la trilogía en tales procesos: a) el deber procesal de informar a la compañía de todos los documentos y acuerdos sindicales sobre el conflicto;b) el posible resultado de una indemnización de *daños ilimitados* en el sector aéreo, que podría llegar por cada día de huelga a los 100 millones de libras; y c) la aplicación de la doctrina Viking sobre el valor disuasorio de cualquier oferta de la compañía con valor de convenio en orden a destruir la validez de la acción de conflicto[29].

3.2.2. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Si la doctrina del TEDH carece de fuerza sustantiva en sí misma al faltar la similitud con los casos del TJE, una segunda opción ha sido esgrimida por la doctrina a la hora de aplicar los derechos sociales fundamentales en un sentido más equilibrado.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) declara que para los derechos también reconocidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos se aplicará el sentido y alcance que les confiere dicho Convenio (art. 52.3 CDFUE)[30]. Aún más, la CDFUE autoriza a la Unión a superar los niveles del Convenio Europeo con una protección más extensa[31].

En líneas generales, el que la UE deba ajustarse a los niveles establecidos por el Convenio Europeo parece solventar la displicencia del TJE, que deberá reajustar su doctrina. Ahora bien, la doctrina ha planteado dos problemas que ponen en cuestión la validez de tal aserto. En primer lugar, el Convenio Europeo dice muy poco sobre los derechos fundamentales colectivos, pues solo el art. 11 alude a la libertad

---

[28] En Derecho británico una *injuction* (interdicto) puede enervar el ejercicio de la huelga si no hay certeza de la gravedad de los hechos por los que ésta se convoca.

[29] §§ 81 y 82 de la sentencia Viking: "81. A este respecto, por lo que se refiere, en primer lugar, a que la medida de conflicto colectivo (…) está comprendida en el objetivo de la protección de los trabajadores, no podría mantenerse esta calificación si se comprobara que los empleos o las condiciones de trabajo de que se trata no estaban comprometidos o seriamente amenazados. 82. Éste sería el caso, en particular, si el compromiso al que se refiere el tribunal remitente en su décima cuestión resultara tener, desde un punto de vista jurídico, un alcance tan vinculante como las estipulaciones de un acuerdo colectivo y si pudiera garantizar a los trabajadores el cumplimiento de las disposiciones legales y el mantenimiento de las disposiciones del convenio colectivo que regula su relación de trabajo".

[30] Para ello la UE debía ratificarlo, lo que planteó inicialmente el problema de que el Convenio Europeo no reconocía tal posibilidad a las comunidades de Estados, cuestión finalmente modificada por el Protocolo 14 del Consejo de Europa de 2004, que entró en vigor en junio de 2010.

[31] Ibídem.

sindical, de la que el TEDH deriva el derecho de huelga y de negociación colectiva, de modo similar a como ha hecho el Bundesverfassungsgericht alemán. Respecto a los límites externos de los derechos, y en concreto respecto a la proporcionalidad y adecuación, el Convenio se encuentra poco desarrollado por el TEDH, y solo hace una alusión mínima al problema en el segundo párrafo del art. 11 al permitir las restricciones derivadas de "la protección de los derechos y libertades ajenos"[32]. Así, la sentencia TEDH Energi Yapi-Yol Sen, citada, indica que el derecho de huelga no es absoluto y su ejercicio puede ser sometido a ciertas restricciones, pero se remite a las Constituciones, legislaciones y prácticas nacionales.

En segundo lugar, la doctrina ha planteado las espinosas cuestiones que pueden ocasionar las discrepancias entre el TEJ y el TEDH, pues de la CDFUE se deriva palmariamente que prevalece el sentido dado por el Convenio Europeo a los derechos fundamentales, y tal sentido lo marca el TEDH. ¿Se sujetará pacíficamente el TJE a este mandato, siendo así que la importancia del TJE es muy superior a la del TEDH? Hay quien anuncia una guerra entre tribunales, tan corriente a nivel nacional entre las diversas jurisdicciones no jerarquizadas e incluso entre las jerarquizadas[33].

Pero no obstante encontramos un punto de esperanza entre tantas dudas. El sentido y alcance de los derechos colectivos puede determinarse por el propio TJE sin esperar a los pronunciamientos del TEDH, si para ello interpreta lo establecido en el Convenio Europeo. Y el Convenio admite restricciones a esos derechos que se deriven, entre otros límites, de la protección de los derechos y libertades *ajenos*. ¿Hasta qué punto las libertades del mercado interior pueden incluirse en la ajenidad? Dicho en otros términos, ¿cabe considerar las libertades mercantiles como derechos económicos y sociales que se consideran también como derechos fundamentales por ejemplo en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales? No lo parece. Ese Pacto, igual que las demás declaraciones internacionales de derechos humanos, no contempla ni siquiera la libertad de empresa, de la cual podrían derivarse lejanamente las libertades mercantiles transfronterizas a las que aludimos: proclaman derechos y libertades de titularidad "humana", y solo dejan un estrecho resquicio para la titularidad de los grupos y las asociaciones. Y si la CDFUE menciona en cambio la libertad de empresa o la proporcionalidad en la aplicación de los derechos fundamentales[34], lo hace escuetamente y en todo caso no puede prevalecer sobre lo establecido en el Convenio Europeo.

---

[32] "2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, *o la protección de los derechos y libertades ajenos*. El presente artículo no prohibe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.

[33] La tensión entre el Tribunal Constitucional español y el Tribunal Supremo del país, al rechazar el primero alguna doctrina del segundo, ha llevado a extremos criticables y culminó en enero de 2004, con la condena de 11 magistrados del Tribunal Constitucional, por "negligencia profesional grave", acordada por la Sala de lo Civil del Supremo.

[34] "Artículo 16. Libertad de empresa. Se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales". "Artículo 52. Alcance e interpretación

3.2.3. La Propuesta de Reglamento COM(2012)130, o "Monti II", sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios

La Comisión Europea reacciona también ante la nueva jurisprudencia del TJE, pues ya existían importantes antecedentes de huelgas y medidas de conflicto con repercusiones en el ámbito comunitario[35]. Por una parte su presidente encarga al profesor Monti un informe global sobre el mercado único[36] en el que Monti incluye dos propuestas concretas para solventar la tensión entre derechos colectivos y libertades económicas; por otra parte, la propia Comisión inicia las tareas para un Reglamento sobre la materia, que desembocan en la Propuesta COM(2012)130. Puede decirse que la Propuesta sigue básicamente lo sugerido por Monti, aunque con algunas concesiones alo manifestado por las fuerzas políticas y sociales de la UE[37]. En el entorno de ambas medidas de la Comisión, un turbulento cúmulo de declaraciones[38]otorgan un apoyo generalizado a una regulación en la que se clarifique la relación entre los derechos y libertades mencionados, pero con una salvedad importante: BusinessEurope no ve necesario ni un nuevo Reglamento ni una aclaración de la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores[39].

La Propuesta de Reglamento trata de seguir la orientación de Monti, el cual había sugerido garantizar el derecho de huelga, por un lado, y establecer un mecanismo de solución extrajudicial de conflictos laborales en el desplazamiento de

---

de los derechos y principios.1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás".

[35] La Comisión actuaba a propuesta del Parlamento Europeo y su resolución de octubre de 2008. Los agricultores franceses, por ejemplo, habían desarrollado medidas de boicot y daños contra los productos agrícolas de España y otros países que fueron condenados por la sentencia TJE Comisión contra República Francesa 265/95, de 9 de diciembre de 1997. Las medidas de conflicto de los agricultores no eran propiamente de huelga, y fueron calificadas genéricamente como actos vandálicos, contra los que el Estado francés no ejerció la suficiente contención y fue condenado por el TJE por incumplimiento del Tratado, sin otras precisiones. Por el mismo tiempo en que se dictó la sentencia, una huelga de camioneros franceses bloqueó el transporte con España, Reino Unido y otros países, obligando a la Comisión a intervenir, aunque finalmente se llegó a un acuerdo. Como resultado de tales acontecimientos se dictó el "Reglamento Monti" 2679/98. Un análisis detallado de aquellos acontecimientos premonitorios, en GUADAGNO S., *Viking, Laval and All That: Consequences of ECJ Rulings and Developments in the Area of Industrial Conflict in an Enlarged EU*, Università degli Studi di Milano, 2012, pp. 42 ss.

[36] MONTI M., *Informe al Presidente de la Comisión Europea "Una nueva estrategia para el mercado único",* 9 de mayo de 2010.

[37] El enorme impacto del informe Monti puede deberse al prestigio adquirido por el profesor en su etapa como comisario del Mercado Interior y de la Competencia, y al Reglamento 2679/98 ("Reglamento Monti"), sobre libre circulación de mercancías, muy celebrado por su garantía del derecho de huelga.

[38] Del Parlamento Europeo, el Comité Económico y Social, el Consejo de Competitividad, organizaciones de todo tipo y, sobre todo, de la Confederación Europea de Sindicatos y de BusinessEurope.

[39] En concreto, BusinessEurope indica claramente que no se debe cuestionar la exclusión del derecho de huelga fuera de las competencias de la UE: COMISIÓN EUROPEA, *Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivos en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios*, COM(2012)130 final – 2012/0064 (APP).

trabajadores. En su afán por contentar a todos, finalmente, la Propuesta no convence a nadie y, sobre todo no aclara nada[40].

En efecto, la garantía del derecho de huelga –una "inmunidad" a la inglesa- se halla contemplada actualmente en varias normas comunitarias de tipo económico,nítidamente en el Reglamento 2679/98, sobre libre circulación de mercancías[41], y con mayor amplitud en la Directiva 2006/123[42], de Servicios, y en el Reglamento 1176/2011, sobre prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos[43]. A pesar de los meritorios antecedentes, la Propuesta 2012/130 incurre en dos graves defectos que la invalidan para la finalidad que persigue:

a) El artículo 1 acoge la "cláusula Monti", si bien con un daño estructural profundo al descomponerse en dos apartados que friccionan entre sí: el primero indica que el Reglamento establece las normas y principios generales aplicables al ejercicio del derecho fundamental a adoptar *medidas de conflicto colectivo*, mientras que el segundo dice que el Reglamento no afectará en modo alguno al ejercicio de los *derechos fundamentales*, incluídos el de huelga, negociación colectiva y medidas de conflicto colectivo: no hay simetría entre ambos párrafos, no son coextensos. Todavía más, el segundo párrafo contradice al primero al decir que el Reglamento no afectará a los derechos fundamentales, siendo así que el primero proclama que aquél establece las normas que regulan su ejercicio. Seguramente el oxímoron, que tiene una importancia menor, se debe a una trasposición poco cuidadosa de la cláusula Monti, que en su versión original en el Reglamento 2679/98 formaba parte de un conjunto de normas sobre la libre circulación de mercancías, lo cual no sucede en la Propuesta COM(2012)130.

b) El artículo 2, por su parte, añade una cláusula de equilibrio entre los derechos colectivos y las libertades económicas que en la práctica anula la garantía del artículo precedente. Se trata de introducir el principio de proporcionalidad en las relaciones entres ambos bloques con la excusa del respeto recíproco: "El ejercicio de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios consagradas en el Tratado –dice el artículo- respetará

---

[40] En este sentido, los dictámenes de los Parlamentos de Finlandia y de Luxemburgo, respectivamente en Parlamento Europeo, Comisión de Asuntos Jurídicos, Comunicaciones a los miembros de 12 de junio de 2012, nn. 0056/2012 y 0055/2012. (0056/2012)

[41] Su art. 2 dice: "El presente Reglamento no deberá interpretarse en el sentido de que afecta en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros, incluido el derecho o la libertad de huelga. Estos derechos podrían incluir asimismo el derecho o libertad de emprender otras acciones contempladas por los sistemas específicos de relaciones laborales en los Estados miembros".

[42] Art. 1: "7. La presente Directiva no afecta al ejercicio de los derechos fundamentales tal y como se reconocen en los Estados miembros y en el Derecho comunitario. Tampoco afecta al derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos y a emprender acciones sindicales de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales conformes al Derecho comunitario.

[43] Art. 1.3: "El presente Reglamento tiene en cuenta el artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y no afecta por lo tanto al derecho a negociar, celebrar o aplicar convenios colectivos o a emprender acciones colectivas de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales".

> el derecho fundamental a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluidos el derecho o la libertad de huelga, *y, a la inversa,* el ejercicio del derecho fundamental a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluidos el derecho o la libertad de huelga, respetará esas libertades económicas".En realidad estamos como estábamos, aunque expresado desde otro ángulo de visión: las sentencias de la trilogía sentaban el principio de que las medidas de conflicto eran ilegales, pero podían ser lícitas si defendían moderadamente los derechos de los trabajadores, y ahora la Propuesta dice que las medidas de conflicto son lícitas, pero pueden ser ilícitas si son desproporcionadas.

¿Quién debe romper el nudo gordiano? ¿A quién compete determinar el equilibrio de la medida de conflicto? La Propuesta indica en el artículo 3.4 que a los tribunales nacionales compete determinar si la medida de conflicto colectivo excede de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos, y si lo hace, en qué medida. De esta forma trata de convertir en norma lo ya establecido por las sentencias del TJE.

La remisión del criterio de proporcionalidad en última instancia a los tribunales nacionales mantiene intacta la diversidad de criteriosestatales en materia de huelga y medidas de conflicto. Bien es verdad que la Propuesta de Reglamento persigue otro objetivo, garantizar los derechos colectivos fundamentales, pero esa garantía se pretende a nivel transnacional, y la introducción de los heterogéneos criterios nacionales no lo va a hacer fácil[44]. Los tribunales se enfrentan a lo que en algunos países se denomina el abuso del derecho de huelga, un concepto demasiado elástico que implica una gran inseguridad: por ello pueden condenar tanto a cien millones de euros por cada día de huelga, como veíamos en el caso británico de la British Airways, como a una condena simbólica de un franco, como los tribunales franceses acuñaron antes de la llegada del euro. Probablemente lo más adecuado consista en la remisión al Ordenamiento intersindical y en la no injerencia del Ordenamiento estatal en la fijación de los límites de las relaciones industriales, como sucede en los países de cultura anglosajona, pero cada vez se hace más difícil el *laissez faire colectivo* en momentos como los actuales, cuando se introducen los criterios de proporcionalidad incluso en el santuario más sagrado del libre albedrío, la concurrencia empresarial.

La Propuesta de Reglamento contiene también varios preceptos de índole didáctica referentes a la posibilidad de que los interlocutores sociales a nivel europeo puedan establecer procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos colectivos, así como un mecanismo de alerta a virtud del cual los Estados afectados podrán dirigirse a los Estados causantes y a la Comisión de los perjuicios que se están produciendo. Es evidente que no hacía falta recordar tales potestades de los interlocutores sociales y de los Estados. Simplemente ocurrió que la Comisión deseaba establecer un sistema de solución extrajudicial y los interlocutores socia-

---

[44] Por ejemplo, pensemos en la diferencia entre las legislaciones y tribunales nacionales que aplican el principio de *ultima ratio* y los que no lo consideran aunque sí admitan algún tipo de abuso de huelga. Y entre estos últimos, los países que establecen un límite genérico de abuso o por el contrario, un listado de huelgas abusivas por la modalidad o por el fin (caso español).

les manifestaron su repulsa, por lo que se limitó a reconocer el derecho de éstos a configurarlo mediante acuerdos europeos o directrices.

Lo único claro de la Propuesta COM(2012)130 queda reducido a la obligación de los Estados miembros de aplicar la igualdad de acceso a los mecanismos europeos y el derecho de las partes interesadas de acudir a los tribunales de justicia cuando los mecanismos extrajudiciales no permitan resolver el conflicto en un plazo razonable.

3.2.4. La Propuesta de Directiva COM(2012)131, sobre garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, de desplazamiento de trabajadores

La doctrina del TJE había destapado algo que había permanecido latente hasta entonces: que la Directiva sobre desplazamiento no respondía al principio de equiparación por la vía del progreso (art. 151 TFUE), sino a facilitar la libre prestación de servicios en el mercado interior, por lo que la interpretación canónica en Derecho del Trabajo, de quelos mínimos que garantizaba podíanceder ante mejores condiciones establecidas en normas concurrentes, no era la correcta según el TJE[45]. La rectificación de la doctrina solo podía venir de una norma clarificando el sentido de la Directiva 96/71, pero las consultas y debates en torno al tema habían demostrado que no había una mayoría cualificada de Estados miembros dispuesta a respaldar una nítida opción por una Directiva de mínimos en sentido laboral –de mínimos mejorables, para entendernos-, por más que cuando se dictó en 1996 esa mayoría sí existía[46].

La Propuesta de Directiva se ha dirigido, por tanto, más que a una reforma para evitar el dumping social de otros Estados miembros, a combatir el fraude consistente en utilizar compañías ficticias para la libre prestación de servicios. Lo hemos visto tanto en el caso Laval como en el caso Rüffert, la connivencia entre dos empresas de ambos lados de la frontera, y para luchar contra ello se propone reforzar la inspección sobre los desplazamientos de trabajadores, ordenar la información entre los Estados miembros afectados, designar autoridades competentes en el intercambio de informaciones, y establecer la cooperación administrativa a tales efectos. Todo ello se completa con un exhorto a los Estados miembros para que faciliten la presentación de reclamaciones administrativas y de demandas judiciales por parte de los trabajadores que hubieran sufrido perjuicio por el fraude y el abuso en los desplazamientos. En definitivas cuentas, el problema principal, el dumping social en sí mismo, no se aborda por la Propuesta de Directiva, que se concentra en garantizar los derechos de los trabajadores desplazados…, de acuerdo con la interpretación del TJE[47].

---

[45] Solo normas legales o convenios de eficacia general, salvo que el Estado determine alguna ampliación de las contempladas por la Directiva. De tal modo, convenios de eficacia limitada, acuerdos de empresa, usos de empresa, etc., pueden aplicarse a virtud del art. 3.7 de la Directiva, pero los tribunales solo deben garantizar los mínimos generales antecitados. Recuérdese lo indicado por la sentencia Rüffert, comentada más arriba.

[46] En tal sentido, Malmberg N., Johansson C., "The Commission's Posting Package", cit., pág. 6.

[47] La Comisión quedó atrapada en equilibrar varias dimensiones, dicen Malmberg y Johansson: primero, porque la principal razón de la Directiva de Aplicación, reforzar la posición de los trabajadores desplazados, chocaba contra los tres objetivos de la Directiva originaria; segundo, porque la Comisión debía tener en

Solo el párrafo 1.2 inserta la "cláusula Monti", modificada para incluir el respeto a otras medidas de conflicto distintas a la huelga y el derecho a la negociación colectiva, de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales[48]. Pero esta inmunidad es relativa, si lo protegido por los tribunales van a continuar siendo exclusivamente los mínimos generales de la ley o el convenio *erga omnes*.

3.3. Reflexión de conjunto

El impacto de la trilogía judicial no queda eliminado por las diversas medidas emprendidas en el ámbito jurídico. La visión de los jueces de Luxemburgo permanece, y rompe la autonomía del Derecho del Trabajo en sus aspectos más característicos, los derechos colectivos, mercantilizando el estrato más noble de esta rama del Derecho. Hasta ahora el "sistema de relaciones industriales", en la visión de Dunlop, disponía de sus propios mecanismos sancionatorios, tanto por parte de los trabajadores como de los empresarios, mecanismos que se habían mostrado más eficaces y sutiles que los toscos remedios estatales, por lo que habían sido reconocidos por las diversas legislaciones de los Estados miembros.Ahora se ve muy difícil, se mire como se mire, impedir este retorno a las normas primitivas. Por cuanto hace al intento más interesante, la Propuesta de Reglamento COM(2012)130, es indecisoria y no consigue lo que se pretende, aplicar a las relaciones entre las libertades económicas y el derecho de huelga la misma inmunidad que para aspectos concretos habían consagrado la cláusula Monti y la sentencia Albany.

Solo queda buscar alguna línea argumental que nos permita salir del impasse en que parecemos estar situados respecto a los derechos fundamentales colectivos.

a) Una primera explicación se encuentra, sin duda, en que si la cláusula Monti garantizaba el derecho de huelga y la sentencia Albany el derecho de negociación colectiva, la Propuesta trata en cambio de garantizar el derecho a *medidas de conflicto colectivo*, globalmente (art. 1.1), debido a que en las sentencias Viking, Laval y Rüffert la acción emprendida por los sindicatos consistió principalmente en boicotear la actividad comercial de la contraparte, antes que en hacer huelga[49]. En Viking, por ejemplo, la Federación Internacional prohibe desde Londres a sus sindicatos afiliados firmar ningún convenio colectivo con la empresa de transbordadores. En Laval, los sindicatos bloquean las obras de la escuela para que no entren

cuenta el objetivo de reducir los obstáculos administrativos, exigido por el Consejo Europeo; y tercero, porque la Comisión debía respetar los diversos sistemas de relaciones industriales de los Estados miembros ("The Commission's Posting Package", 7 y 8).

[48] "2. La presente Directiva no afectará en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y por la legislación de la Unión, en particular el derecho o la libertad de huelga o de emprender otras acciones contempladas en los sistemas de relaciones laborales específicos de los Estados miembros, de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales. Tampoco afecta al derecho a negociar, celebrar y hacer cumplir convenios colectivos y a tomar medidas de conflicto colectivo de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales".

[49] Como se sabe, la huelga es muy difícil de organizar a nivel internacional, en el que la medida de conflicto más utilizada es el boicot, sobre todo en el tráfico marítimo.

los trabajadores ni lo vehículos de la empresa. De este modo se ha encontrado con una cuestión que todo especialista en materia laboral conoce, y es que mientras la huelga y la negociación colectiva tienen sus propios mecanismos internos de equilibrio –en la huelga, el descuento de los salarios del tiempo no trabajado; en la negociación colectiva, la necesidad de llegar al consenso con la contraparte–, el boicot contractual o el bloqueo fáctico no conllevan perjuicios para los participantes, por supuesto si es pacífico. Se trata de medidas de conflicto no exclusivamente laborales, en el sentido de que, como ha ocurrido con frecuencia en otros boicots internacionales, en ellos pueden participar también estudiantes, ONGs, asociaciones de todo tipo, etc. Considerarlas como derechos fundamentales laborales quizá sea una imprecisión, por más que la CDFUE garantice las "acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga" en el art. 28. Lo apropiado habría sido, pues, garantizar el derecho o la libertad de huelga de manera diferenciada a las demás medidas de conflicto colectivo[50].

b) Una segunda explicación, que llega más al fondo del problema, consiste en relativizar la fuerza expansiva de la lucha contra el dumping social. Hemos dedicado algunas líneas a advertir cómo la lucha por la igualdad en el progreso, la convergencia en torno a las opciones más avanzadas, tiene un alma mercantilista que consiste en luchar contra el posible dumping social de otros países competidores con legislaciones menos generosas. Sobre todo Francia y Alemania han salido beneficiadas de este *race to the top*, de esta carrera hacia lo alto, porque han logrado Directivas que situaban los estándares europeos en *su* posición más alta. La sentencia Albany inició la misma senda respecto a la negociación colectiva al sacarla fuera de las normas sobre competencia mercantil, pero cuando podíamos razonablemente esperar que las sentencias Viking, Laval y Rüffert hicieran algo parecido respecto al conflicto colectivo, su respuesta simplemente lo sumerge en el ambiente economicista ya conocido.

c) Hasta cierto punto, los escritos de Ewing y Hendy son también importantes por una tercera razón, junto a las otras dos apuntadas en su momento. No es por acaso que sean autores británicos quienes profundicen en el asunto para ver sus implicaciones prácticas y advertir de las estrategias que comienzan a adoptar las empresas británicas gracias a la doctrina del TJE. Su historia de dos ciudades es también la de Londres frente a Bruselas, de las inmunidades frente a las libertades comunitarias. Porque en realidad, el Derecho británico

[50] La cláusula Monti así lo hace, pues después de inmunizar al derecho o la libertad de huelga, abre la puerta a que "estos derechos podrían incluir asimismo el derecho o libertad de emprender otras acciones", de forma condicional y separada. En parecida forma la Constitución española de 1978 reconoce como fundamental el derecho de huelga, art. 28, mientras que el derecho a otras medidas de conflicto lo reconoce en un escalón inferior en el art. 37.

con su teoría de las inmunidades colectivas posiblemente sea el más afectado por el posicionamiento del TJE negando la excepción[51].

Pero de cualquier modo ha sido una batalla antidumping de unas características muy especiales: cabría decir, por una parte, que Reino Unido no ha puesto en el asunto el empeño que Francia o Alemania pusieron en suclamor para eliminar la competencia desleal de otros países; y desde luego, en segundo lugar, esta batalla ha ofrecido una clara diferencia respecto de lo ya visto en otras ocasiones, pues ahora se trataba de una pugna generalizada, de varios países en defensa de un modelo cuyo epicentro quizá se encuentre en Reino Unido, y en donde no se trata de eliminar una legislación estatal peyorativa, sino algo tan sutil como la interpretación de las normas comunitarias realizada por el TJE y que beneficia a una amplia parte de otros Estados miembros[52].

Para concluir este apartado, la cláusula Monti y las similares aparecidas en algunas normas comunitarias venían a otorgar una inmunidad específica frente a determinadas ramas mercantiles[53]. La trilogía del TJE echa por tierra esa tendencia al abrir un gran espacio a la competencia mercantil. Como indica Lo Faro, la alternativa entre una equilibrada convivencia entre derechos sociales y libertades económicas y una más radical inmunidad de los primeros respecto de los segundos ha tomado decididamente la primera vía a partir incluso de las conclusiones de los abogados generales en las sentencias que comentamos[54]. El Derecho del Trabajo y su aspecto más característico, las instituciones colectivas, pierden su carácter especial, logrado gracias a decenios de pulimentacióny refinado, para volver a la simplicidad primigenia: el trabajo es una mercancía y debe atemperarse a las normas de la competencia mercantil.

---

[51] Podrá objetarse que el Derecho británico, con sus prolijos requisitos para poder ejercer el derecho de huelga, no es ninguna panacea y posiblemente se encuentre por detrás de la legislación de otros Estados miembros, pero ello no es óbice para considerarlo el mejor exponente de la autonomía del Derecho del Trabajo y de sus derechos fundamentales "específicos". Un claro estudio sobre las inmunidades británicas en este punto lo hallamos en CARBY HALL J., "Informe británico", en VVAA (MARZAL A. ed.), *La huelga hoy*,pp. 29 ss. Desde la Trade Disputes Act de 1906, indica el autor, (a) los sindicatos gozaban de una inmunidad completa para los ilícitos civiles; (b) los sindicados y los líderes de los sindicatos ("officers of the trade union") gozaban de inmunidad en los ámbitos de la conspiración y de la incitación a la ruptura de contrato cuando actuaban sobre la base de la fórmula de oro, y (c) la Trade Disputes Act de 1965 introdujo una ampliación de esta protección estatutaria, acordando a los sindicatos inmunidad en el ámbito del acto ilícito de la intimidación.

[52] En el Foro sobre Derechos de los Trabajadores y Libertades Económicas (Bruselas, Octubre 2008), organizado por la Comisión Europea, tanto la Comisión como Alemania, Dinamarca, Francia, Luxemburgo y Suecia indicaron que la interpretación de la Directiva 96/71 realizada por el TJE había sido imprevisible y causaría problemas a nivel nacional: MALMBERG J., JOHANSSON C., "The Commission's Posting Package", p. 6.

[53] No debemos desdeñar la importancia de ellas, porque la libre circulación de mercancías (transporte ferroviario y por carretera), por ejemplo, tiene hasta el momento mayor importancia en el desarrollo de huelgas y boicots que la libre circulación de trabajadores y la libre prestación de servicios. La Propuesta de Reglamento COM(2012)130 es el colofón de esa tendencia, que por lo dicho antes va camino de no tener efecto alguno.

[54] LO FARO A., "Diritti social e libertà economiche del mercato interno", pág. 68.

4. LA NECESARIA REINTERPRETACIÓN DEL FENÓMENO

4.1. Race to the bottom, race to the top

Cabría decir en cuanto al retorno a los orígenes auspiciado por las sentencias del TJE, que siempre queda como garantía del trabajador la legislación sobre estándares individuales, que en Europa conserva un elevado nivel, aunque se apliquen los de las normas generales. Salarios mínimos, jornadas máximas, vacaciones, descansos, seguridad y salud, etc., harían imposible la vuelta a los orígenes, a aquella línea roja consistente en el mero mantenimiento y reproducción de los recursos humanos. Pero cuanto antes nos demos cuenta de que la trilogía no está sola y que forma parte de un "tsunami" general de recortes sociales, antes podremos constatar hasta qué punto dichas garantías individuales están desapareciendo. La legislación de los Estados miembros sigue actualmente de manera casi unánime la política de recortes sociales iniciada en los años noventa por Suecia y Alemania, los países con mayor implicación exportadora. La Unión Europea y sus Estados miembros han descubierto las ventajas de las *soft laws,* y los estándares se congelan en la misma situación durante años, cuando no desaparecen; los convenios de empresa pasan a tener prioridad sobre los convenios sectoriales, en todos o algunos supuestos, pero aumenta el número de posibilidades otorgadas a los empresarios para incumplir unilateralmente por algunas razones que nada tienen que ver con las que reconoce el Derecho Común para incumplir los contratos. La legislación laboral reduce su ámbito de aplicación, en fin, mediante una amplia batería de actividades exceptuadas y empleos atípicos.

Se trata de una "carrera hacia el fondo" que afecta hoy día a los países europeos con gran diferencia respecto a los demás. Ni siquiera afecta al conjunto de los países occidentales, puesto que Estados Unidos no ha cambiado su legislación laboral, aunque tampoco la haya mejorado[55]. Tampoco la reforma de la legislación australiana parece dirigida a una reducción de las garantías de los trabajadores, aunque tenga ese resultado, sino a poner fin a las contradicciones de una legislación muy original y centralizada en materia de salarios mínimos que había derivado hacia la fijación por la AIRC de estándares laborales que a su vez eran renegociados por los sindicatos[56].

Pero sería absurdo considerar que los recortes sociales se deben a la ampliación hacia el este de la UE en los 2000s, o en otros términos, que se trate de una dificultad interna de la UE para ajustar sus niveles normativos. El correcto acoplamiento de los derechos sociales y las libertades económicas tiene gran importancia, cómo no, pero las resistencias que encuentra su solución no están solamente

---

[55] En algunos Estados se han recortado hace poco los derechos de los funcionarios públicos, pero las iniciativas no parecen haber encontrado una repercusión importante. Cfr. especialmente la Ley 10/2011 del Estado de Wisconsin (Wisconsin Act on State Finances, Collective Bargaining for Public Employees and Related Matters).

[56] Lo cual parece demostrado porque del oscuro fondo al que se había llegado con la Workplace Relations Act 1996 y el "Australian Workplace Agreement" se ha salido después con la Fair Work Act 2009.

dentro. Lo cual nos lleva a una reflexión estratégica: el debate central hoy día no estriba en equilibrar los derechos estatales y las libertades comunitarias. Nos enfrentamos a otro dumping social de vastas proporciones, que nos requiere para abandonar el eurocentrismo jurídico tradicional. El auténtico, el poderoso dumping social, proviene de competidores externos a la UE provistos de derechos sociales mínimos o inexistentes, contra los que poco pueden hacer las normas europeas, tanto nacionales como comunitarias. Por eso la lucha contra el dumping *de proximidad* ya no avanza, ni siquiera la equiparación por la vía del progreso de nuestros Tratados originarios. Los europeos debemos ser conscientes de que no solo los derechos fundamentales de nuestros países, sino el entero modelo social europeo, se encuentra en riesgo de desaparición en esta frenética carrera hacia abajo para competir con países que producen a la mitad de precio que nosotros.

Ahora bien: sería irreal pensar que solo los europeos se encuentran en apuros y que únicamente la reducción de derechos sociales es la única manera de afrontar la crisis. Hay otra crisis a la inversa, la de los países que son blanco de las críticas porque sus fábricas muestran deplorables ejemplos de explotación humana, y en ellos se produce la carrera contraria, una "race to the top", en la feliz expresión acuñada por Hepple hace unos años[57]. Las denuncias en los medios de comunicación, campañas de derechos humanos, condenas de la opinión pública, y activismo de los movimientos sociales –incluídos los sindicatos- socavan la fuerza expansiva del modelo que pretende sustituir al europeo. Porque no se trata de la simple aparición de nuevas potencias económicas, principalmente en Asia, con prácticas laborales reprochables, sino de un fenómeno de mayor calado. Ese modelo inverso, y los países que lo sustentan, se enfrentan también a formidables fuerzas de nueva generación que les están obligando a ceder las posiciones más radicales. Podemos hablar, consiguientemente, de un proceso de convergencia de los polos, en el cual las fuerzas que empujan hacia arriba no deben ser desdeñadas como hasta ahora, aunque los resultados obtenidos hasta el momento no sean tan visibles como nos gustaría. Los europeos debemos apoyarlas sin reservas, porque el modelo social que nos ha dado prestigio se encuentra en agudo peligro.

En el reto global aparecen nuevos ingredientes del dumping: a) la ideología subyacente; b) la estructura que lo anima, y c) la adecuación de medios de respuesta. Expondré brevemente las tres cuestiones.

a) La ideología subyacente. No hay una, sino dos raíces ideológicas en el dumping planetario. Una es de impronta occidental, y la otra es oriental. Me refiero, por una parte, al liberalismo extremo que defendiendo que la mejor solución en todos los ámbitos es dejar que los mercados se expresen sin condiciones. También en el mercado laboral, donde no deberían existir estándares porque distorsionan la competencia. Durante décadas, Estados Unidos ha liderado esta ideología, exacerbada aún más desde los escritos de Friedman y

[57] HEPPLE B., "A Race to the Top? International Investment Guidelines and Corporate Codes of Conduct", 1999.

la escuela de Chicago, aunque en la actualidad, preocupada la gran potencia por la invasión de su espacio económico por los gigantes asiáticos, parezca remitir. Pero por otra parte existe otra ideología de escasa visibilidad pero mucho más activa en el momento presente, que es la religión confuciana, mayoritaria en China, Japón y otros países asiáticos. En el confucianismo se detecta un elemento de obediencia ciega y de sumisión al líder que es la idea del *grupismo*, por el que el individuo se integra en grupos que son más importantes que él mismo y a cuyo líder debe respetar en todo caso, ya sea en la familia o en la empresa, en lo que se entiende por consenso vertical. La relativa pasividad de los sindicatos, el conformismo ante las deficientes condiciones de trabajo, se explican en buena parte por esta filosofía[58].

b) La estructura que lo anima. El dumping social se practica por dos clases de países: aquéllos cuyas condiciones de trabajo no pueden despegar del nivel de subsistencia, y países cuyo potente desarrollo permite una sustancial mejoría de las clases trabajadoras que no obstante se retienen en niveles artificialmente bajos. Las medidas laborales que vamos a presentar no afectan a las distinciones entre países económicamente débiles y países fuertes[59], pero sí al tipo de sistema político del país competidor, especialmente en cuanto a las restricciones del conflicto colectivo y la libertad sindical.

c) La adecuación de medios de respuesta. Un dumping global en términos planetarios no encuentra resistencias estatales o internacionales, sino transnacionales, es decir, privadas y horizontales, que se prevalen de mecanismos mucho más sofisticados que los rígidos de la norma coactiva. La competencia económica global hace muy difícil, aunque no imposible, que la comunidad internacional dicte sanciones contra los países que infringen los derechos sociales fundamentales. Muchos más matizados y sutiles, las medidas de actuación contra esas prácticas se diversifican y adaptan en la medida necesaria, hasta llegar incluso al nivel de empresa.

---

[58] Sobre todo en Japón, que ha generado fórmulas conocidas de organización industrial: como indica CLEGG S., "en Japón se espera que los superiores hagan que sus subordinados acepten la práctica del 'grupismo' de manera que la 'confianza' esté constituída para trascender particularismos al vincular a cada persona con el amor universal a la empresa" ("¿De las culturas antiguas a la fatuidad posmoderna?", pág. 133). Cfr. también sobre el consenso y el grupismo confucianista en las empresas de ese país CORIAT, B., *Pensar al revés: trabajo y organización en la empresa japonesa*, pp. 67 ss. Para WHITEHILL A., sin embargo, el confucianismo es solo "el origen de una ética laboral fuerte y saludable que persiste hasta hoy": *La gestión Empresarial Japonesa: Tradición y Transición*, p. 76.En China existe otro elemento adicional, la amplia reserva de mano de obra agrícola que emigra masivamente a las ciudades industriales, pero el confucianismo está de igual modo bien presente en ese país gigante: véanse los estudios dedicado al tema en la parte I del libro de CAO, XUEPING y KEBIN, *Culture and Social Transformation in Reform Era China*.

[59] Hay un consenso generalizado en que las exportaciones competitivas de un país pobre no deben obstaculizarse porque pondrían al país en riesgo de hambruna, y de ahí los Sistemas Generalizados de Preferencias de Estados Unidos y de la Unión Europea en materia de aranceles, muy discutibles desde el punto de vista de su objetividad. Pero las medidas laborales no afectan a la exportación, al menos directamente, pues van dirigidas a la redistribución de la renta en el país destinatario, como enseguida veremos.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALLAMPRESE A., "Diritto comunitario della concorrenza e contratti collettivi", *Il lavoro nella giurisprudenza* 1 (2000), 38.

BERNITZ U., REICH N., "Case No. A 268/04, The Labour Court, Sweden (Arbetsdomstolen) Judgment No. 89/09 of 2 December 2009, Laval un Partneri Ltd. V. Svenska Bygggnadsarbetareförbundet et al", *Common Market Law Review* 48 (2011), 603 ss.

BRUUN N. Y HELLSTEN J. (eds.), *Collective Agreements and Competition in the EU*, *COLCOM Report*, DØJ Publishing, Copenhague 2001.

CAO, XUEPING, KEBIN, *Culture and Social Transformations in Reform Era China*, Brill Academic Publisher, Boston 2000, Parte I.

CALVO CARAVACA A.L., *Mercado único y libre competencia en la UE,*Colex, Valladolid2003.

CARBY HALL J., "Informe británico", en VVAA (MARZAL A., ed.), *La huelga hoy,* cit.

CLEGG S.R., "¿De las culturas antiguas a la fatuidad posmoderna?", *Gestión y política pública* I-1 (1992).

CORIAT, B., *Pensar al revés: trabajo y organización en la empresa japonesa*, Siglo XXI, Madrid 1998.

DAVIES A.C.L., "One Step Forward, Two Steps Back? The *Viking* and *Laval* Cases in the ECJ", *Industrial Law Journal* 37-2 (2008), 126 ss.

EVJU, S., "Collective agreements and competition law.The Albany puzzle and van der Woude", *International Journal of Comparative Law and Industrial Relations*, 2001, 193.

GIUBBONI S*., Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Il Mulino, Bolonia 2012

GIUBBONI S*., Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale della integrazione europea,*Il Mulino, Bolonia 2003.

GIUBBONI S., *Social Rights And Market Freedom In The European Constitution: A Labour Law Perspective,*Cambridge Studies on European Law and Policy, Cambridge University Press, Cambridge 2009.

GIUBBONI S., "Social Rights And Market Freedom In The European Constitution: A Re-appraisal", en VVAA(TUORI, SANKARI, eds.), *The many constitutions, cit.*

GOERLICH PESET, J.L. (ed.), *Libertades económicas, derecho del trabajo y derecho de la competencia,* Consejo Económico y Social, Madrid.

GUADAGNO S., *Viking, Laval and All That: Consequences of ECJ Rulings and Developments in the Area of Industrial Conflict in an Enlarged EU*, Università degli Studi di Milano, 2012.

Guamán Hernández, A., "Negociación colectiva, Derecho de la competencia y libertades de circulación en la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* 92 (2011),143 ss.

Hepple B., "A Race to the Top? International Investment Guidelines and Corporate Codes of Conduct", *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 20 (1999), pp. 347 ss.

Höss N., "The Principle of Proporcionality in Viking and Laval: An Appropriate Standard of Judicial Review?", *European Labour Law Journal* 2 (2010), pp. 236 ss.

Lo Faro A., "Coordinamento aperto e diritti fondamentali: un rapporto difficile", in M. Barbera (ed), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali,* Giuffrè, 2006

Lo Faro A.,"Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi *Laval* e *Viking*", in *Lavoro e diritto,* 2008, pp. 63 ss.

Lo Faro A., *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario,* Giuffrè, Milán 1999.

Lo Faro A., La contrattazione collettiva transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale in Europa?", in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2007, pp. 555 ss.

Lo Faro A., *Regulating Social Europe . Myths and Reality of European Collective Bargaining in the EC Legal System,* Hart Publishing, Londres 2000.

Malmberg J., "Trade Union Liability for 'EU-Unlawful' Collective Action", *European Labour Law Journal,* 3-1 (2012), 5 ss.

Malmberg, J., Johansson C., "The Commission's Posting Package", *European Policy Analysis,* SIEPS, julio 2012.

Martínez Fons, D., *Libre competencia y Derecho del Trabajo: efectos del Derecho económico comunitario en las relaciones laborales*, La Ley-Kluwer, Madrid2006.

Morgenstern F., *International Conflicts of Labour Law*, OIT, Ginebra1984.

Ojeda Avilés A., "Enforceability of European Collective Agreements and New Accession Countries", en VVAA (Dieterich, Kezuka, Le Friant, Nogler y Pfarr, eds.), *Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht*, Nomos, Baden-Baden 2010, pp. 77 ss.

Ojeda Avilés, A.,"Derechos fundamentales de los trabajadores y libertades fundamentales de los mercados: ¿la ecuación imposible?", *Tribuna Social* 217 (2009), pp. 14 ss.

Ojeda Avilés, A., "Convenios colectivos y competencia ilícita", Datadiar, Madrid 2000, en internet.

OJEDA AVILÉS, A., *Derecho Transnacional del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012.

ORTIZ, MAILLLO, IBAÑEZ Y LAMADRID, *Manual de Derecho de la Competencia,* Tecnos, Madrid 2008.

RAVELLI F., "Mercato, solidarità, autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario", *GDLRI* 98 (2003), pp. 321ss.

ROCCA M., "The Proposal for a (so-called) 'Monti II' Regulation on the Exercise of the Right to take Collective Action within the Context of the Freedom of Stabishment and he Freedom to Provide Services", *European Labour Law Journal* 3 (2012), pp. 19 ss.

RODRIK D., *The globalization paradox,* Bosch, Barcelona 2012.

SCIARRA S., "Un'analisi delle fonte", en VVAA (SCIARRA, ed.), *Manuale,* cit.

SCHNORR VON CAROLSFELD L., "La convention collective européenne, son oportunité, les possibilités de la réaliser, et les problémes juridiques qu'elle posse", *Droit Social* 1971.

VVAA (NAVARRO NIETO, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, GÓMEZ MUÑOZ, dirs.), *Manual de Derecho Social de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid 2010.

VVAA (TUORI K., SANKARI S., eds.),*The many Constitutions of Europe*, Ashgate Pub., Famham 2010.

VVAA (MARZAL A., ed.), *La huelga hoy en el Derecho Social comparado,* Editorial Bosch, Madrid 2006.

VVAA (SCIARRA S., ed.), *Manuale di Diritto Sociale Europeo*, cit. Giapichelli, Torino 2010.

WADDINGTON J., *European Works Councils. A Transnational Industrial Relations Institution in the Making*, Routledge, Nueva York 2010).

WHITEHILL A., *La gestión Empresarial Japonesa: Tradición y Transición*, Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile 1994.

COMUNICACIONES

IDEOLOGÍA Y "NEO-LENGUAJE" EN EL NUEVO ESTATUTO PRODUCTIVISTA DEL TRABAJO: "ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO" LEGAL VERSUS "ORDEN PÚBLICO SOCIAL" CONSTITUCIONAL

Cristóbal Molina Navarrete
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

SUMARIO

1. 1812 VERSUS 2012, "QUÉ LEJANA SUENA SU LETRA, QUÉ CERCANO SU ESPÍRITU": DEMOCRACIA, PODER ABSOLUTO Y SENTIMIENTO CONSTITUCIONAL DE UN PUEBLO
2. LAS NUEVAS FÓRMULAS MÁGICAS: LAS PALABRAS FÁBULA Y LA CORRUPCIÓN DEL NUEVO LENGUAJE JURÍDICO-LABORAL
3. DE LA CORRUPCIÓN DEL LENGUAJE A LA INVERSIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS: ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO Y PRINCIPIO DE NORMA MÍNIMA PRO EMPRESARIO
4. "QUERER NO ES (SIEMPRE) PODER": LA DEFENSA CONSTITUCIONAL Y COMUNITARIA DEL ORDEN PUBLICO SOCIAL DE PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR
5. DE LA "DIALÉCTICA DEL MIEDO" A LA RESTAURACIÓN DE LA CONFIANZA MUTUA: LA PRODUCTIVIDAD SOSTENIBLE SE PACTA, NO SE IMPONE

"¡La tierra sin nosotros¡ / ¡qué cansado parece mi pie¡ / ¡qué doloroso fluir del tiempo vivo/ desangrándose a chorros¡"

Hierro, José. Tierra sin nosotros. 1947.

"Las Naciones Unidas ha proclamado extensas listas de derechos humanos, pero la inmensa mayoría de la humanidad no tiene más que el derecho de ver, oír y callar. ¿Qué tal si empezamos a ejercer el jamás proclamado derecho de soñar? ¿Qué tal si deliramos por un ratito?, al fin del milenio, vamos a clavar los ojos más allá de la infamia para adivinar otro mundo posible…".

GALEANO, E. "El derecho al delirio". En Patas Arriba. Buenos Aires. 1998.

1. 1812 VERSUS 2012, "QUÉ LEJANA SUENA SU LETRA, QUÉ CERCANO SU ESPÍRITU": DEMOCRACIA, PODER ABSOLUTO Y SENTIMIENTO CONSTITUCIONAL DE UN PUEBLO

Es un dato adquirido de la cultura jurídica del trabajo –de los pocos que quedan en pie, si bien con un significado devaluado en el actual contexto de políticas de austeridad impuesta–, que la "*constitucionalización*", esto es, la recepción en la Norma Fundamental, de un sistema de derechos laborales y sociales es el principal factor fuente para su consolidación[1]. Por eso, el principal referente constitucional, desde una perspectiva histórico-institucional, para el jurista del trabajo se sitúa, fuera de España, en la Constitución de la República de Weimar de 1919 bien, y más cercana en el tiempo, la propia Constitución de la OIT, la Constitución de Filadelfia de 1944, mientras que dentro de nuestra historia constitucional, el referente debería llevarse a la Constitución Republicana de 1931. Muy lejana parecería quedar, pues, la referencia de la Constitución española de 1812, la célebre "Pepa", santo y seña para un orden jurídico-liberal y de corte individualista.

Ahora bien, una visión de este tipo sería quedarse en exceso en las formas, más bien en visiones reductivas y superficiales, porque situada en su contexto histórico, político y social, la Constitución de 1812 constituye uno de los mejores ejemplos del "*espíritu de conquista de la libertad de un pueblo*" frente a la tiranía del "poder absolutista" a través de la realización en la práctica de un sentimiento de orden constitucional. No cometeré, espero, el difundido error de magnificar un movimiento constitucional y su obra idealizando su sentido y alcance, enfatizando su "espíritu"

[1] Las citas podrían ser interminables, pero como este tipo de trabajos no busca la erudición sino la solidez de una propuesta interpretativa, bastará con citar una obra apropiada para el contexto de la efeméride histórica que conmemoramos en cierto modo con estas Jornadas: AAVV. *El Trabajo y la Constitución. Estudios homenaje al profesor Alonso Olea*. Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 2003.

e ignorando tanto su letra cuanto su limitado contexto. Ahora bien, tampoco deberíamos pasar por alto o ignorar por completo que en ese inicial o pionero momento constitucional español alguien tuvo la sensibilidad de plasmar, nada menos que como un principio estructural de la forma de gobierno "*la felicidad de la Nación*", un valor que se identifica nada menos que con el "*bienestar de los individuos*" que la integran. Así, el art. 13 de la Constitución de 1812 considera que "el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que lo componen", de ahí que el objeto del Gobierno deba ser lograr esa felicidad. A tal fin, atribuye la "potestad de hacer las leyes", que como se recordaba deben, por imperativo constitucional, reunir atributos de calidad jurídica y social –"*sabias y justas*"– no sólo puras estructuras formales al servicio de cualquier interés, "a las Cortes", aunque "con el Rey", poder al que incumbe en exclusiva hacer ejecutar tales Leyes.

Unas leyes que han de hacerse desde el ejercicio "libre e independiente" –artículo 2– del Poder de Soberanía Nacional, que residiría "esencialmente" en la Nación que "*no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona*" –artículo 2–, perteneciendo al contrario, a todos los integrantes de la Nación, en exclusiva, "*el derecho de establecer sus leyes fundamentales*" –artículo 3–. Por supuesto, para tener derechos hay que ser responsables y cumplir de forma fiel –esto es, de buena fe–, con los deberes, destacando especialmente a tal fin tanto los que se vinculan a las obligaciones de "todo español, sin distinción alguna, a contribuir en proporción de sus haberes para los gastos del Estado" –artículo 8–, cuanto los que derivan de la necesidad de "*ser justos y benéficos*" –artículo 6–.

Al margen de la credibilidad real –social– que tuviera tal programa constitucional de modernización política y social respecto de la tradición inmovilista precedente, y que luego continuaría poco tiempo después con la época ominosa, no se le puede negar, a mi juicio, una extremada y sorprendente actualidad para la mayoría que padecemos hoy un Gobierno basado en lo contrario. En efecto, las febriles y convulsas páginas del BOE –por lo que aquí interesa– sacraliza, prácticamente un sábado sí y otro también, unas políticas y un Derecho asentado en la socialización del sufrimiento, a través de la re-mercantilización de los derechos sociales, de un lado, y en el reconocimiento de que no podría hacerse otra cosa, de otro. Para el imaginario colectivo de los españoles, al menos de la mayoría, e incluso de buena parte del resto del mundo, si un momento hay en la historia de España asociado a la reconquista de las libertades democráticas y al impulso de proyecto de modernización socio-laboral, incluso en tiempos críticos económicamente hablando, ese es el de la, también idealizada, "*transición*" y su principal obra jurídica, la Constitución de la reconciliación y del consenso de 1978. Pero quizás una mirada un siglo y medio más atrás, en estos duros tiempos de nueva restauración conservadora, no sería ocioso, más bien resulta extremadamente sugerente. En última instancia, ambos periodos comparten un fortísimo sentimiento constitucional de la mayoría de la

población[2], identificándose el actual, el de 1978, con una de las más relevantes "olas de liberación democrática" vividas en el arco del mundo mediterráneo.

Un momento constitucional de liberación democrática que se asocia con una brillante solución de consenso a la tensión entre fuerzas, tan irresistibles como contradictorias, en sí mismas y más aún entre sí: el proyecto de modernización social, la instauración de una sociedad de mercado, el principio de gobierno democrático.

En este sentido, es la historia de una "feliz" culminación del imperativo de transición desde una "dictadura" socialmente arraigada a la instauración de una sociedad democrática[3].En suma, un orden constitucional democrático creíble supone siempre un sistema de límites y vínculos, tanto de procedimiento como de valores sustantivos, al poder, tanto político como económico, o social que sea o fuese. Sin ese complejo principio democrático-social, el Estado constitucional de Derecho perdería buena parte, sino todo, su sentido, su razón de ser, quebrando el orden político y la propia paz social –artículo 10 CE–. Desde este enfoque normativo-garantista del Estado Socio-Democrático de Derecho es manifiesto que la Ley 3/2012, de reforma del mercado de trabajo supone algo más que una nueva, la enésima, reforma jurídico-laboral, pues, más allá, refleja, junto con otras que inciden en la ordenación de aquél, la *regresión a un nuevo orden constitucional autoritario-liberal*. En mi comprensión, esta reforma va bastante más lejos de la creación, como en su día sucediera con el conocido como "Derecho del Trabajo de la emergencia", allá por mediados de los años 80, de un "estado de excepción normativa" en materia de empleo, trabajo y protección social, para luego, pasada la crisis, tornar a un "estado de normalidad normativa". En los genes de esta reforma está contribuir a reinstaurar, o al menos pretenderlo, un *nuevo principio jurídico-político y socio-económico informador y conformador de una nueva forma de Gobierno e incluso una nueva forma de Estado y una nueva forma de hacer y pensar el Derecho****: la tiranía de los valores de la productividad y la austeridad***[4].

---

[2] No es cuestión menor en un país cuya historia ha sido sintetizada, quizás con algo de exageración pero desde luego no sin una buena parte de razón, como el drama de un pueblo con una *"historia de siglos de dictadura y años de democracia"*. Vid. GUZMAN, E. *La muerte de la esperanza. Memorias de la Guerra Civil española 1936-1939*. Ediciones G. del Toro. 1973.

[3] En esta dirección vid. FERRAJOLI, L. *Principia iuris: Teoría del Derecho y de la Democracia*. Tres Volúmenes. Trotta. 2010. Para el ámbito socio-laboral español MONEREO PÉREZ, J.L. *Derechos sociales de ciudadanía y ordenamiento laboral*. CES.Madrid. 1996.

[4] Vid. SCHMITT, C. *La tiranía de los valores*. Comares. Granada. 2010. Desde el luego este auténtico movimiento de mutación político-constitucional típica de concepciones restauradoras de órdenes conservadores se proyecta en todo el sistema –social, territorial, político…–. Pero aquí nos centraremos en el de la empresa, pues, como advierten con nitidez tres Magistrados del Tribunal Constitucional –uno en activo– con esta Ley, y otras que le han sucedido, y que le sucederán con toda seguridad, por el programa de reformas-recorte anunciados desde hace tiempo para el próximo bienio, se:"*… intenta reinstalar en nuestro sistema jurídico, la concepción de la empresa como territorio de exclusiva gestión por el empresario, rescatando del baúl de la memoria, a donde la había colocado la cláusula constitucional la cláusula constitucional del Estado social y democrático de Derecho, la figura del empresario como "Señor de su casa" (HerrimHaus), figura ésta ligada a concepciones autoritarias de los sistemas de relaciones laborales". Vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO, M-VALDES DAL RÉ, F. –CASAS BAAMONDE, M.E. "La reforma laboral". RL, n. 5.2012.

Frente a la visión del "*Estado Constitucional de Derecho*" como expresión de un orden asentado en el Gobierno de las Leyes de los Más Débiles, o cuando menos, quizás mejor, de transacción, entre las Leyes de los Más Fuertes y aquéllos, esencia del pacto social de finales de la Segunda Guerra Mundial y por tanto del constitucionalismo social, asistimos a la gradual imposición de un retorno al "*Estado Legal de Derecho*" basado en el Gobierno de las Leyes de los Más Fuertes. Con él se plasmaría ciertamente el resultado de una recrudecida "lucha de clases".

Pero, ironía o sarcasmos de la historia, no se parecería en nada a una suerte de la vaticinada por cierto pensamiento marxista "dictadura del proletariado", sino que conformaría una "dictadura", sí, pero de signo muy diferente, la "*dictadura-revolución de los ricos*", sobre todo de los que integran el estamento financiero y las élites empresariales. Un programa de "imposición revolucionaria" que no sólo amenaza la seguridad económica de los nuevos pobres, sino que devora a su vez al propio capitalismo productivo, como Neptuno a sus hijos[5].

No me cabe ninguna duda que en los próximos meses, y se prolongarán a lo largo de varios años, el análisis en torno a esta dimensión sistémica de las reformas laborales y sociales de 2012, ocupará el centro del debate jurídico, no sólo académico, sino también judicial, en todos sus ámbitos, incluido el internacional y comunitario. A diferencia de lo que ha sucedido en los últimos años, será imposible eludirlo, lo que nos obligará, como comunidad científica, a recuperar algunos enfoques que habíamos perdido, salvo algunas excepciones, presentadas más como análisis de historia jurídico-laboral que como reflejo de la construcción del Derecho Vivo[6]. Por supuesto no es mi propósito aquí ni tan siquiera fijar las claves de ese nuevo proceso dialéctico de deconstrucción-destrucción-reconstrucción en que deberemos embarcarnos, a través de una relectura de esta suerte de "*nueva legislación social y laboral pro ricos*"y/o "*pro ciudadanos más fuertes*" a la luz de los valores, principios y derechos constitucionales, tanto en el orden nacional como sobre todo internacional –OIT– y comunitario.

Comprometido de modo tan serio el modelo de "Estado Social de Derecho" español, y consolidado ya el proceso de concentración de poder en el mercado –no sólo en el financiero, aunque éste domine–, no es posible mantenerse en la cómoda confianza del "jurista progresista" del trabajo en la vitalidad de esos derechos y principios constitucionales, sino que es necesario comprometerse en una actitud de reacción crítica, que reoriente tanto las preguntas como las respuestas.

---

[5] Esta reconstrucción del proceso no es sólo jurídica, sino que está presente en el debate social, político y económico. Vid. BELTRÁN, A. *Post-economía. Hacia un capitalismo feudal.* 2012. *TELLO, C.-IBARRA, J. (2012): La revolución de los ricos, Facultad de Economía, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F.*

[6] Vid. AAVV. *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*. Universidad de Sevilla. 1978; AAVV. *Hacia un modelo democrático de relaciones laborales*. Universidad de Zaragoza. 1980; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. *Derecho del Trabajo e ideología: medio siglo de formación ideológica del derecho español del trabajo (1873-1923). Tecnos. 2002;* MONTOYA MELGAR, A. *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España*. Civitas. 2ª Edición. 2009; TARELLO, G. *Teorías e ideologías en el Derecho Sindical*. Comares. Granada. 2002

Implicando incluso una nueva mirada a las técnicas de garantía que puede prestarnos en esa labor el otrora temido y eludido Derecho Civil, sin que ello pueda entenderse como una suerte de retorno del "hijo pródigo". Debe ser un esfuerzo colectivo[7].

Pero, como decía, no es este el lugar. En este trabajo pretendo poner un ejemplo, conciliando el "método sistemático" –pensamiento desde la coherencia con los valores superiores del ordenamiento jurídico– con el "método problemático" –identificación y solución de casos típicos–, a fin de dar una concreción mayor al análisis. Entiendo que de esta manera es mucho más fácil advertir el alcance real del problema y su extraordinario impacto, pero también resulta más asequible avistar soluciones, pues, en última instancia, el mundo de radicales convulsiones que vivimos no sólo necesita críticos, que los precisa y mucho, sino también, y sobre todo, modelos. Aunque son muchos los ejemplos que se podrían seleccionar, he considerado especialmente útil dar cuenta, siquiera sucinta, de la abrupta emersión del concepto de "*orden público económico-laboral*" en el "pos-moderno" Derecho productivista del Trabajo y su colisión con el clásico "*orden público social*", para lo que identificaré algunas de las principales manifestaciones jurídico-normativas, desde un enfoque analítico y crítico.

2. LAS NUEVAS FÓRMULAS MÁGICAS: LAS PALABRAS FÁBULA Y LA CORRUPCIÓN DEL NUEVO LENGUAJE JURÍDICO-LABORAL

Aunque no todos mantenemos la misma opinión, pudiéndose reconocer incluso lecturas de solventes juristas del trabajo que consideran que los cambios no son para tanto, yo creo que es difícil sustraerse, fuera de un cierto militantismo ideológico acrítico, a la profundidad de la mutación de las reglas de juego socio-laboral. Cosa distinta es que se acepten o no todas, o algunas, de las razones de "urgente necesidad" recurrentemente expresadas en el preámbulo de la ley de reforma laboral para legitimar el Estado Excepcional de Derecho Social en general, y del Derecho del Trabajo en particular, que se ha construido, pretendidamente para facilitar el empleo, aunque éste cada vez brille más por su ausencia. Desde esta perspectiva, como toda forma de Estado y como toda manera de pensar y producir el Derecho que busca cambiar los referentes precedentes, precisa de la construcción de un discurso legitimador, a fin de hacerlo pasar por aceptable para la mayoría, de modo que comunique un "relato" del cambio legal diverso, y más asumible, al que resulta "realmente". Como en su día hicieron cualquiera de los totalitarismos, también el actual "*Estado Totalitario de Mercado*" que pretende imponerse, ha

[7] Una idea que ya está presente, por supuesto, en diferentes analistas, cierto que desde ciertas cosmovisiones del ordenamiento jurídico-social. Así, proponen la re-escritura de la reforma laboral –y habría que decir también lo mismo de otras reformas de la protección social– BAYLOS GRAU, A. "*El sentido general…"*.Op. Cit. pp.16 y ss.

construido un nuevo lenguaje, una suerte de "neo-lengua" (*newspeak*) al estilo de la "*distopía*" 1984 de ORWELL, orientada a convencer a ciudadanos y actores sociales tanto de la necesidad como de las bondades del cambio, de modo que, la inversión de poderes y asimetrías de protección en detrimento de lo social y a favor de los económico pase por positivo

Ese nuevo Estado, con su nueva sociedad y su "nuevo Derecho", necesita un nuevo lenguaje simbólico, con su aparejo de fórmulas mágicas y cálculos, simplificando la realidad y ocultando las aporías, contradicciones y antinomias, dando coherencia interna al discurso respecto de sus fines, aunque contradiga la realidad y la norma superior[8]. Se recordará que en la novela de ORWELL, los mensajes del nuevo partido total se forjan a modo de auténticos "*oxímorones*", presentando armónicamente lo que encierra una profunda contradicción, con lo que la legitimación pasa por convencer de la fiabilidad o credibilidad del juego de palabras que se ofrece como "nuevas fórmulas mágicas" para forjar el nuevo mundo. Determinante de esta forma de retorcimiento del lenguaje para presentar como innovador lo que no es sino una regresión a una época asentada en el oscurantismo, el pensamiento de la sospecha, los privilegios de clase y el autoritarismo de quien detenta el poder es este slogan: "*la guerra es la paz, la libertad es la esclavitud, la ignorancia es la fuerza*".

Pues bien, no parece necesitarse mucha imaginación ni exige exageración alguna si en esa misma dinámica situamos palabras cuento o fábula como las que, bajo el evanescente concepto de "*flexiguridad*", presenta la flexibilidad como imperativo para la creación de empleo, o como la que intercambia el término "*empleabilidad*", referente a la cualidad de los materiales que permiten mayor uso útil por plegarse con facilidad a las tensiones que ejerce sobre ellos una fuerza, por el de "capacitación profesional", o la que sustituye la inversión en personas por la "inversión en *capital humano*", o la que pretende persuadirnos que la "mayor libertad de decisión" empresarial mejorará de forma notable la "seguridad jurídica" de los procesos de gestión de los "recursos humanos" –cuando se trata, aunque pese, de "personas"–….[9]. Los ejemplos podrían multiplicarse, como aquellos intentos de formalizar la creencia en los milagros, pues no otra cosa sería el apostar por el "adelgazamiento" del personal de empleo público para "mejorar la calidad" de los mismos, según reza el preámbulo-fábula del paralelo RDL 20/2012, o el que supone pretender persuadirnos de la capacidad creadora de empleo de la mayor libertad y abaratamiento de los despidos, o el querer justificar la eliminación de las prestaciones de cuidados por familiares para profesionalizar el sistema cuando éste resulta más caro.

---

[8] En realidad, es "el precio de la formalización". Vid. en general FERRAJOLI, L. *Principia Iuris: Teoría del Derecho y de la Democracia*. Volumen I3*: La sintaxis del Derecho*. Trotta.. 2011.

[9] En un plano general, esta crítica, por todos, en el magistral SUPIOT, A. *El espíritu de Filadelfia.* 2012. Para el preámbulo del RDL 3/2012, de interés URRUTIKOETXEA BARRUTIA, Mike. "*El preámbulo del RDL 3/2012, o las retóricas de la manipulación*". En RDS, n. 57, 2012. pp.30-31.

Las realidades sociales son siempre mucho más tozudas que cualquier Gobierno, por ideologizado que esté, y cualquier política, por persuasiva y numéricamente reforzada que sea.

De ahí que haya que inventar, aunque sea muy artificialmente, un "*discurso*" y un "*lenguaje*" para poder defender como creíble lo que la evidencia muestra que es una gran falacia. Aquélla realidad es que después de dos nuevas reformas laborales de alcance desde 2010, la siguiente más liberalizadora que la anterior, en España hay más de un millón adicional de personas desempleadas, con lo que la suma hace ya 5 millones, según una técnica de cómputo - el registro o recuento del SPEE–, y 6, según otro –la encuesta del INE, la EPA–. Por eso se promueve un uso "tramposo"del lenguaje, pasando por reforma lo que en realidad es una mutación involucionista –"demolición" para algunos– del modelo socio-laboral vigente. Incluso se abre la vía para la "limpieza de los números" que no le gustan al gobernante, esto es, corregidos o depurados "de polvo y paja" a través del "juego de las palabras" y de los "conceptos" pretendidamente meramente "técnicos" (en nuestro caso jurídico-técnicos).

Por poner un ilustrativo ejemplo actual es oportuno hacer referencia al "discurso" que ha tratado de armar el Gobierno para depurar el evidente mal balance mensual del paro registrado. Ha llamado la atención del fuerte condicionante –"lastre"– que en esa cifra tendría una dato derivado de una decisión adoptada por él a través del polémico, por insolidario y cruel, RDL 20/2012: la extinción de los convenios especiales de las cuidadoras no profesionales de personas en situación de dependencia. Sin contar con este cambio, el desempleo habría aumentado en 36.313 desocupados, porque del total de 74.296 "desempleados" más en tal mes, 37.983 personas se hallaban dadas de alta como "*demandantes de empleo*", pero no computaban hasta ahora en el paro en virtud de su Convenio especial obligatorio de la Seguridad Social. Una situación que ahora, con los recortes en materia de prestaciones para la atención a la dependencia, habría finado, al terminar con la cotización de tales "*trabajadoras*" –en sentido jurídico laxo, pero "in-*empleadas*", en sentido jurídico estricto– a cargo del poder público y reasignación a las propias cuidadoras no profesionales. Una cifra que empeorará en los próximos meses porquehan acabado con la cotización de más de 150.000 de ellas. Lo blanco se hace negro, y lo negro se hace blanco, aunque, como en ORWELL, negro y blanco se haga posible al mismo tiempo en el "*Estado Austeritario de Derecho*" ("económicamente productivista pero socialmente injusto")–[10].

[10] In extenso, me permito remitir a mi estudio sobre el RDL 20/2012 y todos los de su saga de austeridad impuesta, con quiebra de buena parte de los pilares del orden constitucional socio-laboral, "*De la flexibilidad laboral" al ajuste social total: lo que el "austeritario" RDL 20/2012, se llevó, de momento".* RTSS-CEF. N. 356, 2012.

3. DE LA CORRUPCIÓN DEL LENGUAJE A LA INVERSIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS: ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO Y PRINCIPIO DE NORMA MÍNIMA PRO EMPRESARIO

Recordaba un conocido historiador catalán, que en la historia "se representa el pasado como una progresión inevitable hacia cada vez más libertad y más ilustración". Y aunque esto es, continúa diciendo, "hasta cierto punto… verdad, … no era, como se nos decía, el fruto de una regla interna de la evolución humana que implicaba que el avance del progreso fuese inevitable –la ilusión de que teníamos la historia de nuestro lado, lo que nos consolaba de cada fracaso–, sino la *consecuencia de unos equilibrios de fuerzas en que las victorias alcanzadas eran menos el fruto de revoluciones triunfantes, que el resultado de pactos y concesiones obtenidos de las clases dominantes*, con frecuencia a través de los sindicatos, a cambio de evitar una auténtica revolución que transformase por completo las cosas"[11]. Es decir, la historia no es lineal, menos la del mundo del trabajo, caracterizada desde sus orígenes mismos por la radical ambivalencia, y está plagada de pasos hacia delante –vuelos–, pero también hacia atrás –caídas– en esa imaginaria –y a veces ilusoria– senda de "progreso" hacia más libertadese igualdades en todos los ámbitos de las relaciones sociales.

Al albur de la crisis y su hegemónica respuesta basadas en políticas y leyes de mejora de la competitividad y productividad, supuestamente perdidas desde la entrada en el Euro, a través de devaluaciones internas de derechos laborales y sociales, para reducir costes y aumentar los beneficios, se viene produciendo una progresiva pero profundísima mutación en la dirección contrariao inversa de la "*Gran Transformación*" que hace décadas explicara brillantemente *Polanyi*[12]. Ahora asistimos más bien a la "Gran Inversión Social", en el sentido de configuración de un modelo de sociedad que apuesta directamente no por la corrección de las desigualdades, uno de los presupuestos que alumbraron el Derecho Social del Trabajo, el "clásico", sino por todo lo contrario, esto es, por la multiplicación de las divergencias entre las minorías titulares de las mayores riquezas y la mayoría laboriosa, crecientemente debilitada en su estatuto social y laboral –pérdida de seguridad económica en todos los planos–. En esto hay ya una creciente convergencia de análisis en todos los planos científicos y también evidencias[13]

---

[11] Vid. FONTANA, Josep. En la *Conferencia impartida en la Fundación Cipriano García el 6 de febrero de 2012, por tanto antes de la reforma laboral, bajo el título "Más allá de la crisis"*. Se puede consultar el texto completo en <www.augustoplato.blogspot.com>.

[12] Vid. *La Gran Transformación. Fondo de Cultura Económica, México D.F. 1944.*

[13] *De "gran divergencia",* como proceso de crecimiento sustancial de la desigualdad en los ingresos económicos, habla Paul Krugman, oponiéndolo a la "gran convergencia (The Great Compressión) resultado del New Deal, *Vid. Krugman, P. (2007): The Conscience of a Liberal, W W Norton & Company. También NOAH,T. The Great Divergence: America's Growing Inequality Crisis and What We Can Do about It, Blomsbury Press, New York.2012; STIGLITZ, J. El precio de las desigualdad.Taurus. 2012*

Por mi parte, voy a reclamar la atención sobre tres normas concretas impuestas en la última reforma laboral que, en mi entender, representa paradigmáticamente estos cambios, esta gran inversión del modelo. No busco ahora un análisis técnico-jurídico profundo, muy detallado, de los mismos, sino evidenciar cómo responde a un objetivo de mutación radical del modelo de relaciones laborales sobre el que se asienta –o asentaba– el "Estatuto de los Trabajadores", y, por ende, de nuestro "Derecho Social del Trabajo" clásico, a fin de emerger y consolidar uno opuesto, basado en un "Derecho Económico del Trabajo" inspirado en el valor hegemónico del productivismo, análogo al significado dominador que tuvo en su día el modelo de organización científica del trabajo y el "principio de rendimiento". Un modelo productivista que, a su vez, se asienta sobre una doble presunción, reflejada en las normas de reforma: de tendencial improductividad del trabajador seguro socio-laboralmente, con clara inclinación al abuso o fraude en el ejercicio de sus derechos, de un lado, y una paralela tendencial mayor productividad del empleador dejado al libre ejercicio de su poder de dirección y organización, por tanto libre de los corsés de la autonomía colectiva –contrapoder colectivo–.

El primer precepto no está en el ET, pero forma parte de su arquitectura básica en lo que atañe al sistema de contratación, y es el tan conocido como criticado artículo 4.4 de la Ley 3/2012 en relación al artículo 14 ET, según el cual, el contrato de apoyo a emprendedores tendrá un periodo de prueba:

"*…que será de un año en todo caso...*".

Por su parte, el artículo 34.2 ET, en su nueva redacción, establece que mediante convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. Ahora bien, y aquí está la principal novedad legal:

> "*En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo*"

Finalmente, el artículo 84.2 ET, tras fijar la lista de materias para las que el ET otorga "prioridad aplicativa" –que no atribución en exclusiva, como parece desprenderse de cierta reciente doctrina de la Audiencia Nacional que anula determinados preceptos del Convenio Colectivo General de la Construcción– al convenio de empresa, incluye las dos siguientes reglas de atribución competencial a la autonomía colectiva sectorial, una positiva y otra negativa:

> "g) *Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 ET.*
>
> *(....)*
>
> *Los acuerdos o convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado*".

Aunque se trata de materias diferentes, a mi juicio rebelan la forja de unos mismos conceptos y principios jurídico-económicos de alcance más general, que opone a los clásicos conceptos de "*orden público social de protección*" y principios de primacía de la autonomía colectiva –soberanía convencional– y de norma mínima a favor de los trabajadores, el nuevo concepto de "*orden público económico de productividad*" y los principios de "primacía de la norma empresarial" más favorable al interés empresarial y de "*norma mínima"* indisponible en contra de los intereses empresariales *y disponible para la mejora de éstos* –principio de favor *creditoris*–. En efecto, mientras que el artículo 14 ET condiciona el periodo de prueba a diversos pactos, uno individual –pacto propiamente dicho–, y otro colectivo –la regulación del periodo que establezca la negociación colectiva–, el tenor literal del artículo 4.4 ET y el espíritu o fin al que responde, en el marco del artículo 38 CE, prescinde por completo del segundo, pues la duración es "en todo caso de un año", sin posibilidad de disponer en ningún sentido de él por parte de la autonomía colectiva, salvo que se trate de un convenio de empresa, pues entiendo que sí es renunciable para el empleador a través del convenio de empresa, no sectorial. En la misma dirección, mientras que la reforma del artículo 85.3 ET por la Ley 35/2010 configuraba la potestad de distribución irregular de jornada, en el marco del favor legal hacia la flexibilidad interna como alternativa a la destrucción de empleo, como "*contenido mínimo*" del convenio, de todo convenio, por tanto atribuyendo un deber de negociar a los sujetos colectivos, la Ley 3/2012 ha preferido:

a) Configurar ese porcentaje como potestad de ejercicio unilateral.

b) Doblar el porcentaje previsto anteriormente a tal fin, pasando del 5 al 10 por cien.

c) Favorecer una lectura o comprensión interpretativa que otorgue al eventual pacto no una disposición plena de esa facultad de distribución irregular de jornada, sino sólo el sentido de mínimo sólo mejorable por "pacto", pero no reductible a través del mismo. Recuérdese que el derogado art. 85.3 i) 1º,del que trae origen, pero mutado en unilateral, hablaba de "*pacto en contrario", desapareciendo esta opción.*

Una observación de valor interpretativo –recuérdese que los preceptos también se interpretan conforme a sus precedentes, según el artículo 3 CC– que es igualmente aplicable al sentido del cambio o giro de 180 grados dado al artículo 84.2 ET. Si en la citada reforma laboral de 2010 esta preferencia aplicativa del convenio de empresa sobre el sectorial dependía, en todo caso, de la decisión final tomada por el convenio sectorial, no ya sólo por los convenios interprofesionales, en especial los convenios o acuerdos de estructura, conforme al principio de soberanía convencional, inherente al artículo 28 CE, en la reforma de 2012 la posibilidad de disponer de tal preferencia aplicativa lo es sólo en un sentido favorable a la ampliación de la lista de materias susceptibles de regulación preferente por el convenio de empresa. En este sentido, el tenor literal del precepto es evidentísimo, por lo que queda clara la voluntad legal de invertir radicalmente las reglas

de juego. Así, al tiempo que introduce una radical y expresa *prohibición de disponer* de la lista en detrimento de la preferencia empresarial, la configura de modo abierto, por tanto no exhaustiva, haciendo una llamada a la negociación colectiva favor preferencia aplicativa empresarial. Ciertamente, la soberanía convencional concedida en la reforma de 2010 permitía entender también abierto el listado, pero en ese entendimiento había equilibrio, pues tanto se podía disponer a favor o en contra de la autonomía empresarial, pero ahora sólo se acepta que se disponga a favor de la misma, prohibiéndose –por tenerse como orden público económico productivista– disponer en contra.

4. "QUERER NO ES (SIEMPRE) PODER": LA DEFENSA CONSTITUCIONAL Y COMUNITARIA DEL ORDEN PUBLICO SOCIAL DE PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR

Sin duda, en un Estado Constitucional de Derecho, la Ley, como expresión de la voluntad general, ocupa un lugar preferente en el sistema de fuentes de las relaciones sociales, por lo tanto también de las relaciones laborales. Ahora bien, ni está sola, pues en este ámbito debe convivir con poderes constitucionales originarios de regulación social, como los que tienen los titulares de la autonomía colectiva –artículos 7, 37 y 28 CE–, ni lo puede todo, pues el deber de respeto y vinculación de todos lo es no sólo a la Ley sino también al *Derecho* –artículo 9 para todos los ciudadanos y artículo 24 y 117 CE para los jueces. Siendo el que me dirijo un espacio de debate y un auditorio especializado no es necesario descender sobre las consecuencias y los significados que esta comprensión del Estado Constitucional de Derecho como sistema de límites y vínculos al poder, incluso legislativo, conlleva con carácter general.

Lo que aquí procede es evidenciar, de forma breve pero precisa en lo posible, cómo no es posible una lectura lineal de los preceptos aquí referidos y sucintamente comentados, y si bien tampoco es posible ignorar las pretensiones y mandatos legislativos, sí es imperativo jurídico, de coherencia y justicia, esbozar las reacciones que ahora cabe, desde la interpretación –desde luego científica, pero también jurisdiccional– o comprensión hermenéutica, emprender para restablecer los equilibrios rotos por el legislador. Se trata, pues, de poner de manifiesto cómo los conceptos y principios jurídicos acrisolados no ya sólo por años de ciencia jurídico-laboral sino también, y sobre todo, reconocidos y garantizados por "normas superiores", no admiten un desmantelamiento sin más, antes al contrario, precisan de su reconstrucción, con la aguja fina del cirujano. Es el tiempo, pues, no ya sólo de la cultura y la ciencia jurídicas, sino también del *Derecho Extra-legislativo* "vivo" y "Justo" –o "sabio" y "justo", por parafrasear las citadas cualidades predicadas para las Leyes de los constituyentes de Cádiz–. Al papel corrector que le compete al *Derecho Convencional colectivo*, cuya eficacia exige interpretación expansiva por expresar un derecho fundamental, reconocido y garantizado nacional e internacionalmente, de modo que el contraste con el poder legal no debe

perder de vista el carácter original constitucional del poder de autonomía colectiva, hay que sumar el del *Derecho Judicial*[14].

Desde esta perspectiva de interpretación no sólo integradora sino propiamente correctora, querría aprovechar este análisis para desbordar el enfoque de comprensión hermenéutica más directo, la relectura constitucional –*derecho al trabajo digno* ex artículo 35 en relación art 10, e incluso 24 CE–, e incluso internacional –Convenio n. 158 OIT–, respecto a la cual se ha centrado buena parte de los múltiples comentarios ya disponibles de esta reforma, para recorrer una senda menos transitada pero a mi juicio más inmediata y más cierta. Cómo no, me refiero a la defensa del orden público social, tanto de protección de la estabilidad del trabajador, como de dirección-regulación convencional de las condiciones de trabajo básicas, derivado del Derecho Social Comunitario. Además de la colisión con preceptos específicos de sendas Directivas ha de hacerse referencia también al valor interpretativo que tiene la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales, incluida ahora en el Derecho Fundacional o "constitucional" Comunitario, como es bien sabido.

Desde esta perspectiva, la atribución al empresario de la posibilidad de gozar de un periodo de prueba tan dilatado como el que supone el artículo 4.4 Ley 3/2012, nada menos que un año, quiebra la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada.

Este contrato "de trabajo de apoyo a los emprendedores" aparece formalmente como indefinido pero funcionalmente es una nueva modalidad de contratación temporal, por lo que queda excluido indebidamente, a juicio de quien esto escribe, de la protección que brinda a los contratos de duración determinada la Directiva 1999/70/CE. La razón fundamental para alcanzar esta conclusión sigue la posición al respecto sostenida por el Tribunal Supremo español, para quien una norma–en el caso analizado convencional– que fije "una duración excesivamente dilatada de dicho período" –en el caso eran dos años–, implicaría dar

> ***"…amparo a un resultado que, en la práctica, puede asemejarse a la funcionalidad real de los contratos temporales***. (…) Dichas cláusulas son radicalmente nulas por contrarias a la ley y al ***orden público social"*** (*STS, 4ª, 20 de junio de 2011, RCUD 152/2010).*

En mi interpretación, ese imperativo de orden público social es el que defiende la doctrina del TJUE sobre el "efecto útil" de las Directivas comunitarias[15]. Y cuenta ya con una sólida defensa más allá de nuestras fronteras, por supuesto. Así, la Comisión Europea, a raíz de la queja presentada por la Confederación Sueca de

---

[14] En esta dirección BAYLOS GRAU, A. "El sentido general…". Op. Cit.p. 17.

[15] En definitiva, el Estado español no puede limitar considerablemente el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70/CE, ya que menoscabaría en gran parte el efecto útil de la misma, dado que su finalidad consiste en *"Mejorar la calidad del trabajo de duración determinada, garantizando el respeto al principio de no discriminación"* (clausula primera del Acuerdo marco). Esta interpretación es confirmada por otras sentencias del TJE con análogo contenido (Sentencia de 22 de septiembre de 2011, Valčiukienė y otros, C-295/10, Rec. p. I-0000, apartado 42).

Empleados profesionales –*TheSwedishConfederation of Professional Employees*, TCO– abrió procedimiento de infracción contra el gobierno sueco por incluir en su legislación periodos igualmente dilatados de prueba, que culminó en la reclamación formal de modificaciones en su legislación interna, aprobada en 2007, para acomodar ésta a las previsiones establecidas en la legislación comunitaria. También la "Chambre Sociale" de la Cour de Cassation francesa –Arrêt de 1 de julio de 2008 (pourvoi nº 07-44124)– falló así en un caso similar, relativo a la modalidad contractual –*nouvelleembauche*– considerado como un contrato de duración indefinida, aplicable a las empresas de menos de 20 trabajadores, en el que durante los dos primeros años excepcionalmente no se aplicaba la regulación general sobre contratos. Sobre la base de "*les rêglesd`ordrepublic du code dutravail"*, el TS francés declaró contrario al art. 4º del Convenio 158 OIT la norma francesa que instauraba dicho contrato al considerar que un periodo de prueba tan excesivo no era "razonable". En suma, a reglas nacionales de análogo tipo, misma solución de Derecho justo y civilizado: la defensa del orden público social

Un planteamiento crítico-corrector semejante habría que hacer para esa nueva vuelta de tuerca más que la Ley 3/2012 ha decidido introducir, incluso respecto del RDL 3/2012, en las facultades de gestión flexible interna concedidas al empleador, en particular en lo relativo a la distribución irregular de jornada en los términos del artículo 34.2 ET ya referido. Además de poner de relieve que, corrigiendo su tenor literal, la autonomía colectiva tiene un significativo margen de reorientación de esa facultad en un sentido mucho más equilibrado y transaccional, como ya han empezado a hacer algunos convenios, fijando incluso un porcentaje 0 al respecto –ejemplo: Convenio Colectivo de la Empresa SOMAJASA, 2012–, creo útil también evidenciar que esa regulación también entra en directa colisión con la siempre polémica Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo (Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre). La desregulación que esta facultad legalmente impuesta respecto del régimen normal u ordinario, el basado en un acuerdo colectivo, del tipo que sea –convenio o pacto–, constituye una excepción legal que exige conciliarse con los imperativos previstos, a tal fin, por la norma comunitaria.

Por lo tanto, si se quiere evitar una condena, socialmente indeseable, por parte del TJUE derivada del incumplimiento de esta norma de orden público social comunitario[16], es necesaria una lectura correctora del tenor literal de la norma que atribuya al condicionante de "*salvo pacto*" una dimensión diferente a la que ahora resulta y que favorece el ejercicio unilateral, en esa dirección de considerar más productivo lo que pueda decidir por su cuenta el empleador que lo que pueda pactar. Un enfoque que además de técnicamente incorrecto y socialmente muy injusto resulta económicamente irracional. En suma, una vez más, se pone de relieve que las razones de tutela del mercado y la rentabilidad de los empresarios que en el compiten, a través de la gestión del factor trabajo, han de conciliarse con las razones de protección de las personas que inexorablemente hacen

[16] Vid. MARTÍNEZ GIRÓN, J. "*Medidas de flexibilidad interna*". RMESS. Número especial sobre la Reforma Laboral, 100, 2012. p.132.

funcionar ese "factor productivo" que es el trabajo, sin que el noble Evangelio del mantenimiento, y/o creación de empleo, que suele usarse como "arma arrojadiza" contra aquélla visión transaccional clásica, pueda justificar, ni jurídica, pero tampoco económicamente, una quiebra radical de esos trabajados y tormentosos equilibrios.

Es una nueva oportunidad para que el jurista; a quién corrientemente no se consulta, salvo que se sea del "régimen", más que "para remendar la vajilla que rompen los políticos" y "los economistas", aproveche para recordarnos que el Derecho puede y debe jugar un papel esencial en las decisiones político-legislativas. Éstas aparecen hoy abandonadas salvajemente en manos de los tecnócratas y/o dictadas de acuerdo a consideraciones económicas miopes, ciegas o enloquecidas

No es tanto el reclamo a la función utópica de la Constitución, aunque no deja de estar presente en un sentido laxo, cuanto a la efectividad de su "programa normativo de garantías" de los derechos de los más débiles (FERRAJOLI).

5. DE LA "DIALÉCTICA DEL MIEDO" A LA RESTAURACIÓN DE LA CONFIANZA MUTUA: LA PRODUCTIVIDAD SOSTENIBLE SE PACTA, NO SE IMPONE

En casi un cuarto de siglo que llevo dedicado a su estudio, mi comprensión del Estado de Bienestar es una historia de su recurrente crisis, cuyos orígenes se sitúan a finales de los años 70, arreciando a mediados de los años 80 en España, al igual que la historia del Derecho del Trabajo ha sido siempre sintetizada en esos mismos términos de crisis y reacción respecto de la misma. Pero hay difundida una convicción de que esta vez es más intensa, en los términos sugeridos al inicio de esta aportación. Por eso se vuelve de nuevo la mirada a la historia de ambas instituciones nucleares para reconocer el modo de ser y vivir en Europa al menos.

Y esa historia nos dice que ni es verdad que el Derecho del Trabajo haya sido un Derecho de protección unilateral del trabajador, sino un Derecho Transaccional entre la función productiva y la distributiva, ni menos aún es cierto que los equilibrios entre ambas, inherentes al Estado Constitucional, Social y Democrático, de Derecho fuese sólo una conquista del movimiento obrero.Todos, o casi, sabemos que ese nuevo orden constitucional, protector y corrector al tiempo, del orden de libertades propias de la economía de mercado, responde a una trabajada negociación entre "la burguesía" y la "clase obrera" y propiciada para ahuyentar los miedos, o las pesadillas, que ponían en riesgo el sueño de la revolución burguesa desde 1917 y que se mantuvieron hasta 1989 –caída del Muro de Berlín–, fecha que pone fin realmente –aunque no formalmente– al siglo XX. Ahora es otro miedo el que les ha devuelto la tranquilidad y les está permitiendo dar, en el siglo XXI, un salto adelante más en la culminación de ese "sueño revolucionario burgués", el miedo al desempleo y a la pérdida del mínimo o básico estado de bienestar-felicidad logrado en el la treintena gloriosa –1945 a 1975; bastante más tarde, de nuevo, en España–.Mejor

pactar, pues, que arriesgarse a perderlo todo por la amenaza revolucionaria de los pobres –la clase laboriosa de entonces–[17].

Pero una vez que las nuevas tecnologías y las nuevas políticas desreguladoras permitían toda clase de "ingenierías" –eufemismo empleado la mayor parte de las veces para encubrir lo que no son sino grandes estafas, grandes fraudes, pero eso sí, sistémicos, a lo estratosférico– de tipo jurídico-financiero, las relaciones contractuales se convirtieron en "*productos*", sobre todo financieros, a través de los cuales multiplicar exponencialmente esa tasa de ganancia. Una vez que de desnuda esa estrategia y quiebra, la continuidad de la tasa de ganancia, sin miedo ya alguno a que pueda haber una alternativa, se traduce en el reclamo, mediante las políticas, de aquella parte de la riqueza que un día cedieron a las "clases populares".

En consecuencia, ya no estamos en el tiempo de la crisis, como se dice, eso fue en 2008, estamos en el tiempo de la "solución ideológica" dada, y acompañada por la "neo-lengua" de legitimación inventada, por esa minoría, con el apoyo institucional –como en su día el orden liberal logró–, y esa opción pasa por una "*Gran mutación-regresión"* del modelo institucional, por una *modificación unilateral del pacto social*, alegando una "alteración excepcional" de las condiciones socio-económicas que, eso sí, previamente han creado. Es por eso que, de nuevo, la mutación-regresión del Derecho del Trabajo de Derecho Social en Derecho Económico, más lesivo para los derechos de los trabajadores que hoy sería su encuadramiento en el Derecho Civil, que aquí hemos querido no sólo evidenciar sino ilustrar desde el análisis "*micro-jurídico*", para dar concreción al enfoque "*macro-jurídico*", no expresaría tanto una nueva crisis y la creación de un nuevo estado normativo de excepción –más allá del carácter excepcional que quepa atribuir a esta rama del Derecho, como siempre ha mantenido el maestro José Vida Soria–. Más allá, lo que revela es la eclosión salvaje, aunque enmascarada con la referida "neo-lengua", de una transformación de las reglas del juego socio-laboral, larvada desde hace más tiempo, que buscan imponer una nueva etapa de restauración liberal-conservadora, que asegure la culminación del "sueño de la burguesía" de acumular toda la ganancia, dejando para la mayoría de la población la mera beneficencia –la exigencia de ser "benéficos" de "La Pepa"–, como única contrapartida para evitar la "revolución social", porque ésta se habría quedado con más miedos y ninguna referencia. Pero ¿seguirá el silencio de los corderos?

Las políticas y las leyes de los gobiernos nacionales dejan a un lado los mandatos jurídicos propios y aplican "leyes" dictadas desde el exterior al calor de vencimientos inaplazables de deuda pública. El pago de ésta es preferente frente a cualquier otra, al tiempo que se dictan, para la mejora competitiva, políticas de devaluaciones internas de condiciones de trabajo. La socialización de la deuda es, pues, la socialización misma del sufrimiento –sacrificios–.

---

[17] Como recuerda el historiador FONTANA, J: "Desde la Revolución francesa hasta los años setenta del siglo pasado las clases dominantes de nuestra sociedad vivieron atemorizadas, llevándoles a temer que podían perderlo todo a manos de un enemigo revolucionario: primero fueron los jacobinos, después los carbonarios, los masones, más adelante los anarquistas y finalmente los comunistas". Op. Loc, cit.

Cierto, la tensión social aumenta, las clases medias se debilitan y crece la pobreza en los países del Sur (pródigo, endeudado, vicioso) pero, de momento, no tienen la dimensión como para inquietar, o preocupar, de una manera significativa a los *acreedores*, que confían en la determinación política de los deudores para seguir manteniendo sus dictados –retorno de la lógica acreedor y deudor frente a la de derechos de ciudadanía social–. El déficit democrático comunitario impide que las instituciones, como la Comisión, puedan servir de contrapeso a este gobierno "*plutocrático*" que el Norte impone –sistema en el que gobiernan quienes tienen poder derivado de poseer las fuentes de riqueza–. Sólo los Parlamentos –Asambleas– de los países acreedores discuten la suerte de los países deudores, comportándose los acreedores como "dictadores benéficos" o "benevolentes" que practica una suerte de "contrabando de reformas". "Dictadura benéfica" porque usa la crisis artificialmente creada sobre la deuda soberana como un instrumento de dominación al más puro estilo colonial para imponer la interesada devaluación de condiciones de trabajo y derechos, haciéndola pasar por "rescate", por ejercicio de poderes "benefactores", aún con condiciones. "Contrabando de reformas", porque, hacen propaganda, mediante la referida neo-lengua, de ellas como verdaderas reformas estructurales, cuando no son sino políticas impulsadas por su ideología que, a su vez, camufla, intereses de grupos que han conseguido cautivar las políticas en su beneficio[18].

Somos ya muchos más de lo que parece, los que estamos convencidos de que la inicial crisis financiera dejó de ser tal, para convertirse, en una crisis-transformación de un modelo concreto de civilización[19], la occidental, habiendo entrado ya en una nueva era en la que, frente a la cultura de la seguridad dominante en el siglo XX, se impone la cultural de la incertidumbre y del riesgo (BECK), eso sí, sólo para la mayoría de la población, la minoría ya se ha asegurado que su "juego de tronos", su "economía de casino", tengan siempre el respaldo de los Estados. Por eso o bien se modifican los Tratados Comunitarios a tal fin o/y se modifican los propios textos de las Constituciones, como el artículo 135 de la española. Traducido todo esto en términos "macro-jurídico-laborales" el referido engendro de la "flexi-seguridad" asume, en la práctica de buena parte de los países –sobre todo de los "deudores", por imposición de los países "acreedores", en especial de los hegemónicos, como Alemania–, el sentido de diseño de políticas que den seguridad a los empresarios sobre su rentabilidad, a costa de asumir los trabajadores el riesgo de mercado –su particular "prima de riesgo"–, mediante la continua adaptación de su empleo y condiciones de trabajo a las decisiones empresariales.

Esta imposición ideológica se cobija bajo los eufemismos nuevos y viejos: la "flexibilidad" –ahora interna, además de externa–, "empleabilidad" y el "capital humano". Ahora bien, la cuestión está en que tales cambios ni gozan, como es obvio,

---

[18] Vid. COSTAS, A. "*Los dictadores benevolentes*". En <http://elpais.com/elpais/2012/07/31/opinion/1343755515_993760.html>.

[19] Vid. RUESGA BENITO, S. "*Más allá de la crisis. El progreso como fruto del pacto social"*. <http://augustoplato.blogspot.com.es>.

de la convicción de la mayoría agraviada, ni en el fondo tienen la legitimidad constitucional asentada en sus "espíritus", aunque se pisoteen una buena parte de sus "letras". Por lo tanto, nos guste o no, la historia nos vuelve a situar a los ciudadanos ante la "cuestión social" por antonomasia, identificando la del siglo XIX, con la del siglo XXI. Por supuesto que han cambiado condiciones de base, sociales, económicas y jurídicas, pero la idea nuclear, el espíritu de la cuestión social "obrera" –hoy llamaríamos más bien "ciudadana", de "ciudadanía social"–, coincide en lo sustancial: cómo movilizar a las clases que integramos la mayoría de la población, para exigir que se reconstruya el acuerdo social unilateralmente modificado por la minoría.

De lo contrario, la deriva sería hacia un capitalismo de poderes nuevamente salvajes y eso es el presupuesto inexorable, como recuerda tanto el "espíritu" y la "letra" de la Constitución española de 1978 –artículo 10–, el "espíritu" y también la "letra" de la Constitución de la OIT –Filadelfia 1944– (SUPIOT, 2011) e, incluso, el "espíritu" y la "letra" de la Constitución de Cádiz de 1812 –artículo 13: la felicidad como fin del Gobierno–, de la violencia social y, por tanto, de la "rebelión de las masas –ciudadanas–".Esta idea es clave a todo movimiento impulsado por el sentimiento constitucional de un pueblo, como ilustraría igualmente la Declaración de Independencia de EEUU –1787–:

> "*Sostenemos que estas verdades son evidentes en sí mismas: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y* ***a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad***...". Una nueva convergencia entre pueblos y sentimos constitucionales, a este y también al otro lado, e incluso más allá, del Atlántico, reemergiendo la felicidad, identificada como bienestar, al plano central de cualquier sistema de gobierno.

LEY 3/2012, DESISTIMIENTO Y DERECHO AL TRABAJO

Ignasi Beltran De Heredia Ruiz
Profesor Agregado
Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

SUMARIO

1. PRESENTACIÓN: SISTEMA DE EXTINCIÓN CAUSAL Y EXCEPCIONALIDAD DEL DESISTIMIENTO DURANTE EL PERÍODO DE PRUEBA
2. LA EXTINCIÓN CAUSAL COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO EX ART. 35 CE
3. PARÁMETROS DELIMITADORES DEL DESISTIMIENTO DURANTE EL PERÍODO DE PRUEBA
4. PERIODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO POR TIEMPO INDEFINIDO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES: ARGUMENTOS PARA SU INCONSTITUCIONALIDAD
5. VALORACIÓN FINAL: EL PERÍODO DE PRUEBA DEL CONTRATO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES ES INCONSTITUCIONAL
6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. PRESENTACIÓN: SISTEMA DE EXTINCIÓN CAUSAL Y EXCEPCIONALIDAD DEL DESISTIMIENTO DURANTE EL PERÍODO DE PRUEBA

La resolución es una forma de ineficacia del contrato, en la que se constata una desigualdad o una grave desproporción en las prestaciones de ambas partes. Frente a otros supuestos de ineficacia contractual (como la revocación o la rescisión) la resolución adquiere especial relevancia en la configuración de la estabilidad en el empleo, especialmente, porque en la ineficacia del contrato no ha intervenido la voluntad conjunta de las partes –inicial o sobrevenida– (lo que lo distingue de la revocación[1]) y porque se refiere a circunstancias que no estaban presentes en el momento de conclusión del contrato (que lo diferencia de la rescisión), convirtiéndola en el supuesto de ineficacia más importante y numeroso[2]. En definitiva, es la fuente de inestabilidad contractual más común y, por ende, más amenazante.

La resolución, por definición, debe estar motivada y las circunstancias que pueden provocarla son: incumplimiento imputable, imposibilidad objetiva y excesiva onerosidad. La causalidad o la concurrencia de un motivo razonable es, por tanto, una consecuencia intrínseca a la resolución contractual. Sin que sea concebible la arbitrariedad (lo que encaja perfectamente con la estabilidad en el empleo y la dimensión de seguridad que la define medularmente). Circunstancia de importancia capital por cuanto que se derivan varios efectos en cascada. En primer lugar, la concurrencia o no de un motivo suficiente delimita el ejercicio de una facultad lícita o ilícita. En segundo lugar, el sistema de causalidad está estrechamente ligado a un sistema de responsabilidad. Aunque, como se sabe, desvinculado de la dicotomía licitud o ilicitud, pues, el ordenamiento jurídico laboral ha superado los planteamientos decimonónicos que circunscribían la responsabilidad a la existencia de culpa. Y, en tercer lugar, el sistema de causalidad exige un control de legalidad (judicial) y un mecanismo para exigir el cumplimiento de las condenas (normas de ejecución procesal).

La evolución histórica del ordenamiento jurídico laboral en relación a la resolución ha experimentado dos procesos: uno expansivo, en lo que a su ámbito de aplicación respecta; y otro restrictivo, en lo referente a la conceptuación de los motivos resolutorios.

El proceso expansivo se evidencia en la tendencia constante del Derecho del Trabajo a reducir a la mínima expresión el ámbito de aplicación de un supuesto de ineficacia contractual como es el desistimiento empresarial. El motivo de esta "persecución" se explica porque se trata de una institución que casa mal con el principio de estabilidad en el empleo (entendido estrictamente en términos de *favor negotii* – con independencia de la duración temporal o indefinida del contrato).

---

[1] SUÁREZ GONZÁLEZ (1967, p. 7) se refiere a la *disolución por mutuo acuerdo* como un supuesto de ineficacia sobrevenida junto con la resolución (que se diferencia de la primera por no derivar de la voluntad concorde de las partes).

[2] *Vid.* al respecto, ALONSO GARCÍA (1956).

Especialmente, porque, al gravitar alrededor de la arbitrariedad, supone una "agresión" frontal a la estabilidad (en su dimensión "seguridad"). De hecho, la política legislativa ha sido bastante eficiente al respecto, pues, el desistimiento del empresario sólo se admite durante el período de prueba. Como se sabe, desde 1931, la lógica resolutoria (y, por ende, la causalidad en la extinción) se exporta a todos los contratos con independencia de su duración. Sin embargo, a pesar de este intenso acotamiento, el desistimiento durante el período de prueba sigue evidenciando una difícil convivencia con la estabilidad en el empleo[3], lo que lleva al Legislador a plantearlo en términos restrictivos, aunque sin incidir en su mecánica operativa nuclear. Lo que ha motivado que gran parte de la doctrina venga exigiendo, con razón, la vinculación del desistimiento con la aptitud, comportamiento y rendimiento mostrado del trabajador (planteamiento fortalecido en gran parte por el Tribunal Constitucional al no admitirlo cuando se efectúe violando derechos fundamentales). De todos modos, conviene tener en cuenta que, aunque pueda resultar paradójico, existe una estrecha relación de causa-efecto entre el desistimiento durante el período de prueba y el principio de extinción causal de los contratos. Como ha indicado la doctrina, en un contexto normativo regido por el principio de causalidad como derivación de la estabilidad en el empleo, el período de prueba y el derecho a desistir es una consecuencia lógica derivada de la necesidad de experimentación[4].

Por otro lado, la legislación laboral, en aras al *favor negotii*, en paralelo al acotamiento del desistimiento también ha tendido hacia una concepción restrictiva de los motivos resolutorios. Proceso cuyas primeras manifestaciones se dan en el incumplimiento imputable; y que, posteriormente, se ha exportado de un modo progresivo hacia la imposibilidad objetiva, especialmente, cuando afecta al trabajador. Lo que en estos casos se ha traducido en una intensificación de la excepcionalidad temporal del juego resolutorio. En cuanto a la resolución por excesiva onerosidad se ha desarrollado un proceso particular, pues, partiendo de una concepción restrictiva inicial, se ha producido una ampliación de su delimitación conceptual. Lo que ha redundado en una circunscripción del ámbito de aplicación de la resolución imputable – más gravosa (conductas empresariales que eran susceptibles de ser calificadas como resoluciones improcedentes, ahora son procedentes por "causas de empresa"). Operación que se justifica en la medida que, al reducir la carga económica que debe soportar la empresa en estas situaciones, está favoreciendo la continuidad de la actividad empresarial y, con ella, la de los contratos de trabajo a ella vinculados. Lo que, en definitiva, se enmarca en la tendencia a restringir los supuestos de incumplimiento imputable.

---

[3] MARTÍN VALVERDE (1976), p. 19 y 20.

[4] El carácter incierto del pronóstico sobre la aptitud del trabajador justifica una fase experimental de la relación de trabajo. MARTÍN VALVERDE (1976), p. 140. No obstante, para un sector de la doctrina, "el período de prueba responde a una necesidad hasta cierto punto artificial en la relación de trabajo, la posibilidad de comprobar *in situ* la adecuación del trabajador al puesto de trabajo y a la organización productiva sin necesidad de afrontar los costes de un proceso de despido; necesidad que es artificial porque surge como consecuencia de una decisión previa del legislador, la de limitar el poder de despido del empleador". RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (2000), p. 466.

La previsión de un período de prueba de un año para los contratos de apoyo a los emprendedores (art. 4.3 Ley 3/2012), no sólo supone una ruptura con los procesos descritos que históricamente ha experimentado el Derecho del Trabajo, sino que, además –y, muy particularmente–, tensiona los contornos conceptuales de esta institución hasta tal extremo que pone seriamente en jaque su compatibilidad constitucional. Circunstancia que centra el objeto de este breve ensayo.

2. LA EXTINCIÓN CAUSAL COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO *EX* ART. 35 CE

El principio de extinción causal del contrato no está explícitamente recogido en el texto constitucional. No obstante, el Tribunal Constitucional ha entendido que se trata de una manifestación del art. 35 CE.

En efecto, según la STC 22/1981, el derecho al trabajo presenta un doble aspecto: colectivo e individual. En su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo. En su dimensión individual, este derecho se concreta "en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación", por un lado, y en el "derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa", por otro[5]. Por otra parte, la STC 103/1990 sostiene que "en el Derecho del Trabajo, la regla general es que el cese unilateral de la relación laboral tenga su origen en una causa justa o motivo justificado"[6]. Posteriormente, la STC 20/1994 afirma que "la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho (art. 1 CE), cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación mutua o sinalagmática, máxime si ello acontece a título individual y no colectivo". Finalmente, la STC 192/2003 completa

[5] Criterio que se reitera en la STC 192/2003. La doctrina laboral ha destacado que el contenido de la dimensión individual del derecho al trabajo se concreta en tres aspectos: la obligación de los empresarios de contratar a determinados trabajadores; el derecho a desarrollar la prestación de trabajo una vez que el trabajador ha sido contratado; y el derecho a no ver extinguido su contrato de trabajo sin justa causa. GORELLI HERNÁNDEZ (1995), p. 36 y 37. *Vid.* también, MONTOYA MELGAR (1980), p. 288.De todos modos, conviene tener presente que esta dicción de la Sentencia no es más que un pronunciamiento 'obiter dicta'. GORELLI HERNÁNDEZ (1995),nota 17, p. 37.

[6] Y añade: "que puede tener relación con la conducta individual del trabajador (art. 54 del Estatuto de los Trabajadores) con razones especiales como la fuerza mayor o las causas tecnológicas o económicas (art. 51 del Estatuto de los Trabajadores) o con causas objetivas relacionadas con la persona del trabajador y su puesto de trabajo (art. 52 del Estatuto de los Trabajadores). En todos estos supuestos, el empleador puede extinguir la relación laboral, pero en todos ellos, a no ser que el despido disciplinario sea procedente, el Estatuto prevé una indemnización, es más, la normativa laboral común no admite la libre resolución del contrato por parte del empresario, a no ser que existan razones que lo justifiquen. Puede, por lo tanto extraerse del ordenamiento laboral común una regla general de la que se deriva que el trabajador cuyo contrato se extingue por libre decisión del empresario tiene derecho a una indemnización".

estos planteamientos al afirmar que "tanto exigencias constitucionales, como compromisos internacionales, hacen que rija entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma". En definitiva, como afirma BAYLOS GRAU, "un despido sin causa es un despido no sólo contrario a lo que establece la norma legal, sino un acto que no se adecua a 'los valores y principios constitucionalmente definidos', aunque el TC no se pronuncie, en esta afirmación, sobre el alcance que este tema debe tener sobre la calificación de las consecuencias del despido realizado sin causa"[7].

En concreto, el TC ha interpretado que la causalidad debe entenderse como la "exigencia de un motivo (más o menos tipificado y 'justo') para poder dar por extinguido el contrato de trabajo"[8]. Para ser justa "ha de ser de considerable entidad o importancia; proporcionada, en suma, a la entidad o importancia del 'sacrificio personal y económico' que supone para el trabajador la pérdida del empleo"[9]. Es importante advertir –aunque el TC no lo diga– que el empleo del término "causa" se hace como equivalente a "motivo" y no tanto al término propio del Derecho común[10]. La concreción de lo que deba interpretarse por un "motivo justo" dependerá de lo que estime el Legislador ordinario, por lo que puede ser susceptible de cambio.

Sin perjuicio de posibles adelgazamientos o construcciones expansivas desde un punto de vista de legalidad ordinaria, cabe plantearse si desde un punto de vista constitucional cabe identificar un núcleo duro de lo que debe entenderse por "motivo justo"; y, por consiguiente, blindado frente a las posibles interferencias del Legislador. Lo cierto es que, pese a que la Constitución española nada especifica al respecto, cabe defender la existencia de un mínimo infranqueable, constituido por el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución. Se trataría de una delimitación en negativo, debiéndose entender que no puede constituir un motivo de extinción del contrato de trabajo el fundado en motivos que atenten contra los derechos fundamentales. Aunque, llegados a este extremo, quizás, convendría puntualizar que la protección frente a este tipo de agresiones probablemente no depende (o no precisaría) del reconocimiento del derecho al trabajo, sino que deriva del valor supremo que el ordenamiento jurídico reconoce a estos derechos.

3. PARÁMETROS DELIMITADORES DEL DESISTIMIENTO DURANTE EL PERÍODO DE PRUEBA

El período de prueba describe una fase de experimentación del contrato de trabajo de carácter temporal articulado en favor del empresario[11], en el que se "relajan substancialmente" las normas relativas a la extinción causal del contrato,

---

[7] BAYLOS GRAU (2004), versión digital.
[8] GORELLI HERNÁNDEZ (1995), p. 37.
[9] SASTRE IBARRECHE (1996), p. 246.
[10] *Cfr.* SASTRE IBARRECHE(1996), p. 246
[11] DURÁN LÓPEZ (1988), versión digital.

pues, excepcionalmente, se posibilita el desistimiento (aunque el art. 14 TRET –a nuestro entender, erróneamente– hable de "*resolución* de la relación laboral")[12].

Admitiendo que ésta es una consecuencia lógica derivada de la necesidad de experimentación, la problemática principal del período de prueba, siguiendo con MARTÍN VALVERDE, deriva de su difícil convivencia con la estabilidad en el empleo (convirtiéndose desde esta perspectiva en una institución "peligrosa")[13]. Como afirma el citado autor, "siendo el período de prueba un instrumento de evitación del riesgo contractual derivado de una vinculación con garantías más o menos fuertes de estabilidad, es claro que su sentido le ha de venir de la magnitud y de la incidencia de dicho riesgo"[14]. De algún modo, como afirma RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, se trata del precio que el ordenamiento tiene que pagar a cambio su garantía de la estabilidad en el empleo, pues, la experimentación es demasiado costosa[15]. Motivo por el que, admitiéndose su necesaria existencia, comprensiblemente –desde esta perspectiva, claro está–, se configure con carácter restrictivo.

Ateniendo al art. 14 TRET, sin pretender realizar un estudio detallado de esta institución (ni de su recepción en la negociación colectiva), los principales elementos que, desde la perspectiva de la conservación del negocio jurídico, tratan de constreñir su uso son: 1.- Su carácter facultativo para los contratantes (por tanto, posibilitándose la renuncia); 2.- El pacto (expreso) como fuente constitutiva (no cabe su presunción)[16]; 3.- La necesidad de cumplir con ciertas formalidades –por escrito– para que despliegue sus efectos típicos (*ad solemnitatem*); 4.- Su carácter temporal (diferenciándose, salvo lo que prevea el convenio colectivo, en función de la cualificación profesional y de la dimensión de la empresa[17]), mediante el establecimiento de duraciones máximas y siempre al inicio del contrato; 5.- El condicionamiento de la interrupción del período de prueba en los casos de IT, maternidad, adopción y acogimiento (y ¿paternidad?) a la existencia de un acuerdo expreso; y, 6.- La *lógica* imposibilidad de recurrir a él para el caso de que el trabajador haya prestado las mismas funciones con anterioridad (por entenderse abusivo)[18].

---

[12] MARTÍN VALVERDE (1976), p. 13 y 14.

[13] MARTÍN VALVERDE (1976), p. 19 y 20. De hecho, se afirma que es una brecha en la estabilidad en el empleo.MONTOYA MELGAR (1978), p. 57 y 58. Y, para RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (2000, p. 465) "es el encuadramiento del período de prueba en el marco de un Derecho del Trabajo que limita la libertad de despido lo que plantea dificultades.

[14] MARTÍN VALVERDE (1976), p. 106.

[15] RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (2000), p. 466 y 479. Autor que sostiene que, atendiendo al origen de esta institución (esencialmente consuetudinaria), no se trata de una mera creación del Legislador, sino ante una figura estructural en respuesta a un problema práctico que su propia defensa de la estabilidad en el empleo ha generado. Y, si es una necesidad estructural, entonces "es indudable que el período de prueba supone de alguna manera una crítica del régimen común del despido en sistemas jurídicos de estabilidad en el empleo, en la medida en que expresa sus limitaciones para asegurar un desarrollo adecuado de la relación de trabajo, al menos en su fase inicial, exigiendo por ello una excepción o inaplicación para ésta" (p. 467). Aunque, luego, concluya afirmando – después del análisis de este instituto jurídico - que los problemas que plantea este "enclave de despido libre", es la mejor crítica al despido libre (p. 480).

[16] Aunque como ha apuntado un sector de la doctrina, "la naturaleza paccionada del período de prueba no asegura un auténtico acuerdo de voluntades sobre la constitución de éste, como es frecuente en el ámbito de las relaciones de trabajo". RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (2000), p. 469.

[17] *Vid.* al respecto, PIQUERAS PIQUERAS (1996), p. 85 y 86.

[18] *Vid.* al respecto, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (2000), p. 470.

A pesar de la previsión de estos factores limitadores, es importante tener en cuenta que el art. 14 TRET no condiciona la posibilidad de desistir a la no superación del trabajador del período de prueba (a pesar de la existencia de un deber legal de experimentación[19]), otorgando al empresario una libertad de actuación ciertamente amplia – pues, no se exige justificación alguna (lo que puede derivar fácilmente en actuaciones abusivas[20]). De modo que nos añadimos a las críticas de un sector de la doctrina que sostiene que, con la reforma de 1994 se perdió la oportunidad de acotar la arbitrariedad empresarial, vinculando el desistimiento con la aptitud, comportamiento y rendimiento mostrado del trabajador[21]. En cualquier caso, existe un límite que no puede sobrepasarse: que con su ejercicio se alcancen resultados inconstitucionales[22]. Aunque se trata de una frontera ciertamente excepcional[23].

4. PERIODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO POR TIEMPO INDEFINIDO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES: ARGUMENTOS PARA SU INCONSTITUCIONALIDAD

El reconocimiento de un período de prueba de un año, en todo caso, en el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores (art. 4.3 Ley 3/2012), no sólo desafía los parámetros constitucionales que describe el art. 35 CE, sino que también debilita los contornos conceptuales que caracterizan a la institución del desistimiento.

En el ordenamiento jurídico español la matriz extintiva, como se ha expuesto, queda definida por los vectores siguientes: extinción causal y concepción restrictiva de los motivos resolutorios. Si se acepta este planteamiento, parece razonable sostener que en el marco normativo español el ámbito aplicación del desistimiento debe ser, por definición, acotado.

La novedad del art. 4.3 Ley 3/2012 con respecto al período de prueba previsto en el art. 14 ET radica fundamentalmente en el hecho de que en esta modalidad contractual este pacto debe tener "una duración de un año en todo caso". De la literalidad del precepto, parece desprenderse que no existe margen de maniobra para que las partes pacten que su duración sea inferior.

No obstante, contradiciendo esta primera valoración, es claro es que la expresión "en todo caso" no puede referirse a la necesaria previsión de un período de prueba en esta modalidad contractual, pues, el propio art. 4.3 Ley 3/2012 se remite al art. 14 ET, salvo en lo relativo a su duración ("con la única excepción

---

[19] Rodríguez-Piñero Royo (2000), p. 476.

[20] Martín Valverde (1976), p. 162 y ss.; y Piqueras Piqueras (1996), p. 82.

[21] Pascual Allén (1994), p. 76. En términos similares, Rodríguez-Piñero Royo (2000), p. 476 y 477.

[22] STC 94/1988.

[23] Siguiendo a Rodríguez-Piñero Royo (2000, p. 480), puede afirmarse que el período de prueba no es más que un sistemático debilitamiento de la estabilidad del contrato de trabajo en sus primeras fases; de modo que va consolidándose con el tiempo, y es el transcurso de éste el que hace al trabajador acreedor de una protección progresivamente incrementada contra la extinción injustificada.

de la duración"). Por consiguiente, la previsión de un período de prueba es facultativapara las partes[24]. De hecho, el propio precepto confirma este planteamiento, pues, lógicamente, en coherencia con la propia teleología de la institución –sobre la que nos detendremos con mayor detalle con posterioridad–, no puede pactarse si el trabajador ya ha "desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación".

Así pues, si se acepta esta naturaleza facultativa, podría entenderse que si la norma habilita para lo máximo (duración de un año del período de prueba) y para lo mínimo (carácter facultativodel pacto de prueba e, incluso,la imposibilidad de preverlo si ya se han desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa), parece razonable entender que las partes pudieran pactar un período de prueba inferior.

Y, en este sentido, la literalidad del art. 4.3 Ley 3/2012 podría contribuir a defender este planteamiento. En efecto, llegados a este estadio, y retomando el análisis de la expresión "en todo caso" recién expuesto, también podría entenderse, en conjugación con el contenido del art. 14 ET, que la misma no se refiere al hecho de que siempre deba tener esta duración, sino que las distincionesque contiene este precepto entre "técnicos titulados" y "demás trabajadores", por un lado, y la dimensión de la plantilla, por otro, no son preceptivas.De hecho, la remisión en bloque al ET del art. 4.3 Ley 3/2012 y, por consiguiente, al art. 14 ET salvo en lo relativo a la duración, evidencia una referencia cruzada entre ambos preceptos y, por consiguiente, la posibilidad de que el Legislador haya querido introducir esta aclaración en esta nueva modalidad contractual.

Y, de la aceptación de esta sucesión de planteamientos, la literalidad de la norma así interpretada, también podría admitir la posibilidad de que la negociación colectiva previera un período de prueba específico para este tipo de contratos (de duración inferior a un año, nunca superior), siempre y cuando no estableciera la distinción entre estos grupos de trabajadores.

Entendemos que la falta de una explicación detallada en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 (y del RDL 3/2012)[25]de las razones que llevan al Legislador a dar esta específica configuración normativa al período de prueba en esta nueva modalidad contractual, permitirían en base a la dogmática jurídica sostener razonablemente esta orientación interpretativa.

Centrándonos en la duración de un año, ciertamente, existen poderosos elementos para defender la inconsistencia de esta nueva configuración normativa y su consiguiente inconstitucionalidad.

---

[24] De hecho, en aplicación del art. 14 ET, tampoco puede presumirse su existencia si no se ha pactado expresamente en el contrato.

[25] Recuérdese que la única referencia respecto de esta nueva modalidad contractual en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 y del RDL 3/2012 es la siguiente: "El capítulo II incluye diversas medidas dirigidas a fomentar la contratación indefinida y la creación de empleo. Las medidas incluidas en este capítulo tratan de favorecer especialmente a quienes están sufriendo con mayor intensidad las consecuencias negativas de la crisis económica: los jóvenes desempleados y las PYMES".

El período de prueba en el contrato de trabajo ordinario se fundamenta en un marco de experimentación mutua[26]. El art. 14.1 ET declara que durante la vigencia de este acuerdo "el empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba". En la misma línea, el art. 4.3 Ley 3/2012 impide que pueda preverse uno "si ya se han desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa". A diferencia de otros supuestos en los que el desistimiento se enmarca en un contexto de estricta confianza, en el período de prueba la teleología de un pacto de esta naturaleza es comprobar, como ha manifestado la jurisprudencia[27], la "aptitud profesional y la adaptación al puesto de trabajo del trabajador contratado".

Y esta experimentación "sobre el terreno" de la ejecución de las prestaciones respectivas de las partes tiene, lógicamente, "mayor significación en los trabajos cualificados y de dirección o supervisión, que en otros menos cualificados". Por este motivo, es consustancial al período de prueba "un carácter de temporalidad y provisionalidad, y de ahí, que sea razonable, que su duración sea por lo general, breve"[28].

De hecho, en virtud del art. 2.2 del Convenio OIT núm. 158, todo miembro podrá excluir de la totalidad o de algunas de las disposiciones del presente Convenio a "los trabajadores que efectúan un período de prueba (…) siempre que (…) la duración sea fijada de antemano y sea razonable"[29].

Asumiendo este enfoque, es coherente que la jurisprudencia haya admitido la legalidad de un período de prueba cuya duración coincida con la del contrato temporal[30], incluso, si así se ha previsto en el convenio colectivo[31]. Especialmente, porque determinados procesos de experimentación requieren determinados períodos de

---

[26] STS 2 de febrero 1983 (RJ 521): "cuyo fundamento se encuentra en que la prueba se ofrece tanto en beneficio del trabajador como del empresario, y en que su finalidad no sólo es la primordial de constatar la aptitud técnica de aquél para la labor concreta encomendada, sino la de conocer otros datos relevantes y condiciones personales de ambos, de los que conviene estén informados, de un lado el empleador para una mejor satisfacción de sus intereses empresariales, tales como disciplina, sociabilidad, instrucción, diligencia y rendimiento, corrección, apariencia, raciocinio, receptividad a las directrices patronales, etc., y de otro el operario al que le interesa comprobar en la práctica el ambiente en que su tarea se va a desempeñar, si su capacidad es la adecuada para la misma, la relación existente entre los diversos elementos de la empresa, el estado de organización de ésta, y sistema de trabajo, etc. en definitiva el conocimiento mutuo y lo más completo posible de los contratantes para la eliminación de riesgos futuros y en orden al desarrollo de unas relaciones laborales continuadas, correctas y eficientes lo que justifica la atribución de la facultad resolutoria y de desistimiento unilateral libremente concedida a las dos partes, sin alegación de causa y por apreciación personal y subjetiva del resultado".

[27] STS 20 de julio 2011 (RJ 6680).

[28] STS 20 de julio 2011 (RJ 6680).

[29] En relación a esta razonabilidad de la duración, aunque se trata de una cuestión que corresponde resolver a cada país para el cual el Convenio se encuentre vigente, debe tenerse en cuenta que objetivo del Convenio es garantizar la protección de todos los trabajadores de todos los sectores de actividad económica contra los despidos injustificados. Y en este sentido, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones consideró que el fijar un tiempo de servicios exigido excesivamente largo podría privar a los trabajadores de la protección prevista en el Convenio. Conferencia Internacional del Trabajo, 82.ª reunión, 1995, Informe III (Parte 4B), *Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 158) y a la Recomendación (núm. 166) sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982,* párrafo 43.

[30] SSTS 17 de enero 1985 (RJ 67); y 12 de julio 1988 (RJ 5805).

[31] STS 4 de marzo 2008 (RJ 3482).

tiempo y éstos no pueden quedar condicionados por la duración del contrato. De otro modo, se estaría desvirtuando la naturaleza del propio pacto de prueba.

En el otro extremo, parece ajustado entender que la previsión legal de un período de prueba con una duración dilatada provoque su absoluta desnaturalización. Especialmente porque no es razonable entender que un proceso de experimentación y mutuo conocimiento entre los contratantes requiera indiscriminadamente períodos de tiempo tan prolongados. Y, muy especialmente, si no se acompaña de una mínima justificación. En estos casos, en puridad, no podemos hablar de un período de prueba, porque la configuración normativa está delimitando un negocio jurídico cuya causa excede de los contornos conceptuales de la institución[32]. De ahí quela previsión de períodos de experimentación excesivamente largos, hayan sido calificados como abusivos porque no se ajustan a estos planteamientos[33]. Así, en un supuesto en el que convencionalmente se ha fijado una cláusula de dos años, la STS 12 de noviembre 2007[34] –recogiendo la suma de elementos descritos– ha afirmado que "no parece razonable admitir que el empresario necesite de un período de prueba tan largo para advertir la capacitación profesional en una actividad (…) que en principio no presenta –ni se describen– circunstancias tan particulares como para necesitar un período de prueba tan prolongado".Y, la STS 20 de julio de 2011[35], en un supuesto similar, afirma que "la negociación colectiva no puede magnificarse hasta el extremo de admitir como válidas fórmulas convencionales que pueden resultar incompatibles con la propia finalidad y funciones (…) del instituto del período de prueba, pues una regulación convencional en la que se fije una duración excesivamente dilatada de dicho período, bien puede sugerir -como ha puesto de manifiesto la doctrina científica- que se esté dando amparo a un resultado que, en la práctica, puede asemejarse a la funcionalidad real de los contratos temporales, lo que podría encubrir situaciones de fraude de ley al poder utilizarse para enmascarar unos fines no queridos por el citado precepto estatutario. Dichas cláusulas son radicalmente nulas por contrarias a la ley y al orden público social". En términos similares, la STSJ Madrid 28 de noviembre 2003[36] afirma que "duraciones excesivamente largas del [período de prueba] van en contra del espíritu de la institución"[37].

---

[32] En términos similares, la STS 25 de noviembre 2005 (RJ 2006\5925), declara que: "Así pues cabe afirmar, en primer lugar, que en el caso que nos ocupa concurrían las condiciones que sustancialmente explican la prohibición (o declaración de nulidad) del pacto sobre período de prueba (art. 14.1, párrafo tercero, ET), cuales son la probada aptitud del trabajador y conocimiento de ello por el empresario; y, en segundo lugar, que la cláusula contractual estableciendo en el caso el período de prueba respondía a una finalidad diferente a la propia finalidad de la norma que lo regula (art. 14 ET), pues no hay razón para exigir la prueba de una aptitud, cuando tal aptitud ya se ha acreditado y su existencia consta, efectivamente, a las partes".

[33] STS 20 de julio 2011 (RJ 6680); y STSJ Madrid 28 de noviembre 2003 (AS 2004\2287).

[34] STS 12 de noviembre 2007 (RJ 2008\701).

[35] RJ 6680.

[36] AS 2004\2287.

[37] A mayor abundamiento la citada sentencia afirma que "Por ello, y teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento no cabe el despido 'ad nutum', y ello es una manifestación del derecho al trabajo reconocido en el artículo 35 de la Constitución, es preciso reconocer un límite a esta libre extinción admitida en el período de prueba. El límite vendrá determinado por el tiempo suficiente para que el empresario pueda considerar apto

De tal modo que la previsión legal de un pacto de esta naturaleza, si teleológicamente no puede entenderse como de prueba, automáticamente debe calificarse simplemente como un período habilitado para el desistimiento. Lo que significa que el empresario está facultado para extinguir el contrato sin necesidad de formalidad alguna y de especificar el motivo de su decisión (y tampoco puede ser declarado responsable por ello)[38]. Y en un contexto en el que la confianza mutua no es un elemento determinante y característico de la relación laboral que pudiera justificar su existencia (como sucede, por ejemplo, en la relación de alta dirección), cabe entender que es inconstitucional por contravenir el contenido del art. 35 CE y la interpretación que el Tribunal Constitucional ha realizado al respecto.

Llegados a este estadio, es decir, tratando de buscar una justificación que ampare esta excepcionalidad, cabría preguntarse si el hecho de que esta modalidad contractual quede desactivada en el momento que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15% (DT 9ª Ley 3/2012) es un motivo suficientemente poderoso como para justificar la implantación de un pacto de esta naturaleza en esta modalidad contractual.

A nuestro entender, tal y como se ha configurado normativamente, debe partirse de la base de que no puede asegurarse su carácter "temporal" o pasajero, especialmente porque se está describiendo una condición ("incertusan"). Lo que significa que cabe la –indeseable– posibilidad de que la tasa de desempleo nunca quede por debajo de dicho umbral (sin olvidar que existen altas probabilidades de que tarde mucho tiempo en alcanzarse).

En paralelo, repárese que no es el pacto relativo al período de prueba lo que queda sometido a dicha condición, sino toda la modalidad contractual (que incluye otras ventajas y no sólo la relativa al período de prueba). Por consiguiente, no puede establecerse una estricta correlación entre el fomento del empleo y esta anomalía en el principio de extinción causal (pues, también se prevén medidas que no están asociadas al fomento del empleo, sino a subsidiar el desempleo).

Por otra parte, sin negar la necesidad de políticas legislativas que promuevan el empleo, no creemos que sea adecuado y razonable forzar la conceptuación de las instituciones hasta tal extremo que queden completamente desvirtuadas.

Quizás, debería reformularse el argumento y preguntarnos si, al amparo de la grave situación de desempleo que padece nuestro país, sería constitucionalmente admisible una modalidad contractual que admitiera abiertamente el desistimiento durante un prolongado período de tiempo. A nuestro modo de ver, existen dos elementos para descartar su viabilidad. Por un lado, el hecho de que el Tribunal

al trabajador para el puesto ofertado. Tiempo que como hemos reconocido anteriormente no puede ser igual en todo tipo de prestaciones. Pero es difícil aceptar, aun considerando la complejidad de las tareas propias de una empresa auditora, y la habitualidad de la polivalencia funcional en la misma, que sean necesarios tres años para que "el riesgo que asuma el empresario al incorporar a personas que no reúnan las condiciones suficientes para los cometidos que haya de encargárseles" (art. 8 del Convenio Colectivo) sea soportable".

[38] STS 2 de abril 2007 (RJ 3193). "Salvo, naturalmente, que tal ejercicio fuera abusivo u obedeciera a móvil discriminatorio". STS 6 de julio 1990 (RJ 6068). *Vid.* también, STS 27 de diciembre 1989 (RJ 9088); y SSTC 94/1984; y 166/1988.

Constitucional (enjuiciando la constitucionalidad de la jubilación forzosa) haya admitido la limitación del derecho al trabajo sobre la base a una política de empleo basada en el reparto del empleo y no sobre la desaparición de los mecanismos de "contención del empleo" como es la extinción causal.

A su vez, se plantean importantes dudas de compatibilidad constitucional si dos trabajadores se incorporan a una empresa en el mismo momento pero con modalidades contractuales diferenciadas(contrato indefinido ordinario y contrato indefinido de apoyo a los emprendedores) y, a pesar de realizar idénticas funciones y una experiencia previa similar, tuvieran períodos de prueba diferenciados. A nuestro modo de ver, la justificación de este trato diferenciado se nos reputa ciertamente remota.

Por otro lado, si bien es cierto que los apartados 5 del artículo 2 del Convenio OIT núm. 158 admiten, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, la posibilidad de excluir a ciertas "categorías de personas empleadas" de su aplicación[39], existe un obstáculo procedimental para su implementación, pues, éstas deben quedar enumeradas "en la primera memoria sobre la aplicación del Convenio que someta en virtud del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, las categorías que hubieren sido excluidas en virtud de los párrafos 4 y 5 del presente artículo, explicando los motivos de dicha exclusión (art. 2.6). Precepto que ha sido interpretado en el sentido de que estas exclusiones no pueden imponerse con posterioridad al momento en que se presenta la primera memoria citada[40].

Parece claro, pues, que conforme a los compromisos internacionales asumidos por España (y la valoración realizada por la *Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones* de la OIT en relación al Contrato de "nouvellesembauches" francés - de configuración muy similar al recién aprobado en España[41]), la conceptuación del art. 35 CE realizada por el TC y el principio de igualdad y no discriminación tendría que forzarse mucho la interpretación para admitir la viabilidad del período de prueba previsto en el art. 4.3 Ley 3/2012. Obstáculos que, todo parece indicar, se han querido soslayar, presentándose a través de la institución del período de prueba (absolutamente irreconocible).

---

[39] Bien, porque sus "condiciones de empleo se rijan por disposiciones especiales que en su conjunto confieran una protección por lo menos equivalente a la que prevé este Convenio" (apartado 4). O bien, porque "presenten problemas especiales que revistan cierta importancia habida cuenta de las condiciones de empleo particulares de los trabajadores interesados o de la dimensión o naturaleza de la empresa que los emplea" (apartado 5).

[40] Nota 2 del párrafo 66 del Informe de la *Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones* ("Informe del Director General: Sexto informe complementario", 6 de noviembre de 2007 - GB.300/20/6)**:** Informe del Comité encargado de examinar la reclamación por la que se alega el incumplimiento por Francia de los Convenios sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), y la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la *Confédérationgénérale du travail – Forceouvrière"*. <http://www.ilo.org/gb/WCMS_087582/lang—es/index.htm> (última consulta, 29 de noviembre de 2012).

[41] Informe de la *Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones* ("Informe del Director General: Sexto informe complementario", 6 de noviembre de 2007 - GB.300/20/6)**. <**http://www.ilo.org/gb/WCMS_087582/lang—es/index.htm> (última consulta, 29 de noviembre de 2012).

5. VALORACIÓN FINAL: EL PERÍODO DE PRUEBA DEL CONTRATO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES ES INCONSTITUCIONAL

El período de prueba previsto para el contrato indefinido de apoyo para los emprendedores es inconstitucional porque vulnera los arts. 35 y 14 CE.

En relación al derecho al trabajo, la previsión de una duración de un año, excede con mucho los parámetros de lo que debe calificarse como un período de experimentación razonable. En consecuencia, desde un punto de vista teleológico, al tratarse de un negocio jurídico desprovisto de la causa que lo caracteriza, queda configurado como un período de libre desistimiento, cuya existencia no está provista de una justificación suficiente. Es evidente que la elevada tasa de paro que tiene nuestro país exige la adopción de medidas que contribuyan a superar esta situación. No obstante, no parece adecuado ni razonable que el Legislador proceda a una reformulación de la institución del período de prueba hasta tal extremo que se imposibilite su identificación. Tampoco parece que la sujeción de la vigencia de esta modalidad contractual a ciertos objetivos de empleo sea suficiente como para justificar la excepcionalidad de la medida. Especialmente, porque en la medida que la DT 9ª Ley 3/2012 afecta a toda la modalidad contractual y ésta, además del excepcional período de prueba comentado, también prevé reglas relativas a la prestación por desempleo en caso de extinción, no puede afirmarse que su único objetivo sea el fomento del empleo. El informe del Comité de Expertos de la OIT en relación a la modalidad contractual "nouvellesembauches" es un elemento más para "apuntillar" su inconstitucionalidad.

En relación al art. 14 CE, la Ley 3/2012 institucionaliza un trato desigual difícilmente justificable en la medida que cabe la posibilidad de que con carácter simultáneo se pacte un período de prueba con trabajadores con contrato indefinido ordinario, con una experiencia previa similar y para desarrollar idénticas funciones.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALONSO GARCÍA, M. (1956). «Ineficacia del contrato de trabajo. Revocación, rescisión, resolución y desistimiento». *RDP*, Tomo XL.

BAYLOS GRAU, A. (2004). «Derecho al trabajo, despido y buena fe contractual». *RL* – I (versión digital, La Ley 1323/2004).

DURÁN LÓPEZ, F. (1988). «El período de prueba. Voz para una Enciclopedia». *RL* – I, versión digital (La Ley 658/2001).

GORELLI HERNÁNDEZ, J. (1995). *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*. Civitas, Madrid.

MARTÍN VALVERDE,A. (1976). *El período de prueba en el contrato de trabajo*. Montecorvo, Madrid.

MONTOYA MELGAR, A. (1978). «La estabilidad en el empleo en el Derecho del Trabajo en España». *RPS* nº 118.

MONTOYA MELGAR, A. (1980). «La protección constitucional de los derechos laborales». En *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

PASCUAL ALLÉN, C. (1994). «Forma, período de prueba y duración del contrato de trabajo». En *La reforma del mercado laboral*. Lex Nova, Valladolid.

PIQUERAS PIQUERAS (1996). «La nueva regulación del período de prueba en la Ley 11/1994, de 19 de mayo». En Baylos Grau (Coord.), *La reforma laboral de 1994*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2000). «El período de prueba». REDT nº 100.

SASTRE IBARRECHE, R. (1996). *El derecho al trabajo*. Trotta, Madrid.

SUÁREZ GONZÁLEZ, F. (1967). *La terminación del contrato de trabajo.* Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.

LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PERIODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES

Mª Carmen Aguilar Del Castillo
Profesora Colaboradora Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla

SUMARIO

1. CONCEPTO DE EMPRENDEDOR COMO JUSTIFICACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR TIEMPO INDEFINIDO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES
   1.1. Ámbito subjetivo del contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores
2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO DE LOS EMPRENDEDORES
3. EL PERÍODO DE PRUEBA COMO ELEMENTO DE FLEXIBILIDAD
   3.1. Relación Ley-autonomía colectiva e individual
   3.2. La duración y el objeto del período de prueba
      3.2.1. Duración
      3.2.2. Uniformidad en la duración del período de prueba
4. LA DURACIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA Y EL DERECHO AL TRABAJO

1. CONCEPTO DE EMPRENDEDOR COMO JUSTIFICACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR TIEMPO INDEFINIDO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES

Una de las medidas qua ha traído la reforma laboral iniciada con el RD-L 3/2012, de 10 de febrero y posteriormente la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral[1] es la figura de un nuevo contrato, cuya regulación sustantiva, en el Capítulo II de esta norma, se individualiza respecto a las previstas en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante TRET), es el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores. De su denominación se extraen dos conceptos interesantes por cuanto pretende dirigirse tanto a los trabajadores fomentando la contratación indefinida como una medida de estabilidad en el empleo y a los empleadores previéndose medidas que faciliten la contratación.

El artículo 4 de la Ley establece:

*«**Artículo 4. Contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores***

1. *Con objeto de facilitar el empleo estable a la vez que se potencia la iniciativa empresarial, las empresas que tengan menos de 50 trabajadores podrán concertar el contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores que se regula en este artículo.*
2. *El contrato se celebrará por tiempo indefinido y a jornada completa, y se formalizará por escrito en el modelo que se establezca.*
3. *El régimen jurídico del contrato y los derechos y obligaciones que de él se deriven se regirán, con carácter general, por lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo , y en los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido, con la única excepción de la duración del período de prueba a que se refiere el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, que será de un año en todo caso. No podrá establecerse un periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación».*

El objeto de la existencia de este contrato se encuentra en la necesidad de potenciar la iniciativa empresarial, que como señala la EM III de la Ley 3/2012 se trata de favorecer a las empresas que, pese a la situación de crisis económica, apuesten por la creación de un empleo estable. Lo primero que llama la atención es la denominación del contrato, por cuanto incluye un elemento definitorio de su ámbito subjetivo: se trata de un contrato de apoyo a los emprendedores. Definir

[1] BOE de 7 de julio de 2012.

este concepto no resulta fácil ya que participa de una amplia idiosincrasia, se trata de una figura con un alto contenido económico aunque también social, no así jurídico. Es nota conocida que en nuestro derecho el concepto que interesa como parte de la relación laboral el de empleador y no el de empresario económico, no obstante, en este supuesto el legislador utiliza una tipología concreta de empresarios como destinatarios de esta modalidad contractual, por lo que se hace necesario, si no definir, si acercarnos al concepto de emprendedor.

Como concepto léxico según el Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española), se entiende por emprendedor a aquella persona que «emprende con resolución acciones dificultosas o azarosas», y por emprender «acometer y comenzar una obra, un negocio, un empeño, especialmente si encierran dificultad o peligro». Desde un punto de vista económico el emprendedor será aquél que cree nuevas empresas así como aquel que tome decisiones emprendedoras dentro de empresas ya existentes. Ya nos encontremos ante un supuesto u otro a estas personas se define principalmente por sus características diferenciándolo de los empresarios consolidados y del resto de la población activa[2].

De las dos acepciones nos va a interesar la primera por ser la única que permite hacer coincidir en la misma persona la doble característica de empresario y empleador.

Para definir al emprendedor como creador de una nueva empresa hay que estudiar sus características principales, según el Proyecto GEM-REM[3] son relevantes «en la investigación en el campo de los emprendedores: el sexo, el "capital humano" (educación) y la actitud hacia el riesgo, la metodología que se utiliza es la toma en consideración de la naturaleza excepcional del acto de crear una empresa»[4].

Son personas con una cierta formación que no tienen miedo al fracaso, o bien porque sean menos propensos al riesgo o porque lo subestimen cuando los asocian a la puesta en marcha de nuevas iniciativas empresariales[5]. Hablar de emprendedor significa referirse a una actividad que alguien pone en marcha teniendo en cuenta los aspectos y circunstancias que le rodean, lo que hace que no pueda identificarse esta denominación con el tamaño de la empresa que puedan crear[6], ni con

---

[2] CONTÍN, I, LARRAZA, M, MAS, I.: "Características distintivas de los emprendedores y los empresarios establecidos: evidencia a partir de los datos REM de Navarra". Rvta. de Empresa: La fuente de ideas del ejecutivo, nº 20, 2007, pág. 18.

[3] Global Entrepreneurship monitor (GEM) y Regional Entrepreneuship Monitor (REM).

[4] CONTÍN, I, LARRAZA, M, MAS, I.: "Características distintivas de los emprendedores y los empresarios establecidos…, op. cit. pág. 10; CRESPO ESPERT, JL, PABLO MARTÍ, F, CRECENTE ROMERO, F.: "Emprendedores y empresas en España. Un enfoque ecléctico". Instituto de Análisis Económico y Social (SERVILAB) Universidad de Alcalá.

[5] CONTÍN, I, LARRAZA, M, MAS, I.: "Características distintivas de los emprendedores…", op. cit. pág. 12.

[6] GALINDO MARTÍN, MA.: "El comportamiento de los emprendedores españoles en 2008", Boletín Económico de ICE, nº 2962, 1 al 15 de abril de 2009. Un emprendedor es un individuo que es capaz de acometer un proyecto rechazado por la mayoría. Sabe interpretar las características reales del entorno a pesar de que no son aparentes. Es capaz de luchar ante cualquier inconveniente que se les atraviesa a su estrategia y

una determinada situación económica, aunque resulta evidente que la existencia de una crisis añade un elemento importante a la toma de decisiones.

Si acercamos el concepto económico y el léxico podemos concluir que un emprendedor es aquella persona o personas que inician una actividad como un reto personal asumiendo un riesgo en el que se incluye la incertidumbre en todos los aspectos de su vida que se ven afectados por esta decisión.

El contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores parece ir en esta dirección, lo que resulta entendible con las características de la persona que inicia un proyecto empresarial, lleno de dificultades, no siempre fáciles de solucionar. Si a esa dificultad se le añade la situación de crisis económica en la que nos encontramos, los riesgos para constituir una empresa se elevan de forma exponencial.

Por ello se entiende que se le preste al emprendedor toda la ayuda necesaria, de cualquier índole, social, económica y profesional, que facilite la creación de empresas.

Esta idea, como se ha señalado, es la que parece deducirse de la reforma laboral en general, y del artículo 4 en particular, intentándose equilibrar la existencia de una estabilidad en el empleo para el trabajador y una facilidad para el emprendedor como empleador.

1.1. Ámbito subjetivo del contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores

Por su nomenclatura nos encontramos ante una modalidad contractual que va dirigida a un determinado tipo de empresarios, los emprendedores, sin embargo, como veremos, su regulación no va a coincidir plenamente con sus potenciales destinatarios. El artículo 4 de la Ley establece que podrán celebrarlo todas aquellas empresas que, en el momento de la contratación, tengan en plantilla menos de 50 trabajadores. Se trata de un requisito cuantitativo que en ningún momento va a tener en consideración el carácter de «emprendedor», de la persona titular del mismo, bajo el que se rubrica este contrato.

Con esta exigencia, exclusivamente numérica, los destinatarios de materializar esta modalidad contractual van a coincidir con la mayor parte del tejido empresarial, estadísticamente hablando, existente en nuestro país a fecha de 2011 según los datos facilitados por el INE[7]. Según éstos España cuenta con 3.250.576 empresas, de las cuales 1.430.394 emplean entre 1 y 49 trabajadores y 1.795.321 no tienen trabajadores. Ante estas cifras se puede extraer diferentes conclusiones:

---

no le teme al fracaso. Además, es capaz de crear un grupo con motivación suficiente que le da el apoyo que necesita, <http://www.unet.edu.ve/~ilabarca/concepto_emprendedor.htm>; Es aquella persona que ha convertido una idea en un proyecto concreto, ya sea una empresa con fines de lucro o una organización social, que esta generando algún tipo de innovación y empleos, <http://www.emprendedores.cl/comunidad/articles/5/el-concepto-de-emprendedor>.

[7] <http://www.ine.es>.

1. Que el 89% de las empresas pueden celebrar contratos para apoyo a los emprendedores.
2. Que el resto son empresas potencialmente candidatas a celebrar este contrato por no contar con trabajadores a su cargo.
3. Que si sumamos ambos porcentajes, el 99% del entramado empresarial de nuestro país es susceptible de ser titular de un contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores.

Esta generalidad amplia considerablemente el ámbito subjetivo de esta modalidad contractual al incluirse en él a gran parte del tejido empresarial de nuestro país por encontrarse dentro de esa ratio, siendo difícil determinar cuantos de estos empresarios ostentan realmente la condición de emprendedores. Si atendemos solo al año de constitución de la empresa, económicamente hablando, se entiende que la empresa ya está consolidada cuando tiene una vida superior a 42 meses[8], por lo que su titular dejaría de tener la consideración de emprendedor. No contamos con datos suficientes para saber cuantas empresas están dentro o no de esta ratio, pero condicionar el ámbito de este contrato, exclusivamente, a la plantilla de la empresa integra en el mismo a un importante porcentaje de empresarios que no van a ostentar esta cualidad. Todo ello implica que el legislador no ha creado un modelo contractual para los emprendedores, aunque evidentemente también podrán beneficiarse del mismo, como parece deducirse de su término y de su contenido: potenciar la iniciativa empresarial, sino que está pensando, con carácter general, en la pequeña empresa utilizando, erróneamente, ambos términos como sinónimos.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES

Si se observa el régimen jurídico sustantivo del nuevo contrato de fomento a los emprendedores, no existe ninguna diferencia respecto al contrato indefinido, previsto en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante TRET), por parte de los trabajadores que pueden celebrar el contrato. Y si lo relacionamos con sus verdaderos destinatarios, los empresarios, salvo los requisitos formales de su constitución: no tener más de 50 trabajadores en el momento de la contratación, no haber despedido a nadie durante los seis meses anteriores a la celebración del contrato[9], siempre que la decisión extintiva hubiera sido calificada como improcedente y la exigencia de la forma escrita en

[8] CONTÍN, I, LARRAZA, M, MAS, I.: "Características distintivas de los emprendedores y los empresarios establecidos…", op. cit. pág. 18.

[9] Artículo 4.6 «…La limitación afectará únicamente a las extinciones producidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, y para la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción y para el mismo centro o centros de trabajo».

su constitución, no guarda una especialidad relevante con el contrato indefinido previsto en el TRET[10], así lo establece en el apartado tercero del artículo cuatro de la Ley 3/2012, al disponer que «*el régimen jurídico del contrato y los derechos y obligaciones que de él se deriven se regirán, con carácter general, por lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo , y en los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido…*»

La afirmación anterior, no obstante, ha de ser matizada en relación, por un lado, al pacto del periodo de prueba en el que se incluye, como medida de fomento al empleo, la duración de un año. Y por otro, medidas de contenido económico, previéndose un contrato fuertemente subvencionado. Todas ellas buscan incentivar la contratación, en general y, en particular, de determinados colectivos: desempleados con y sin prestaciones por desempleo, jóvenes y parados de larga duración, incrementándose las ayudas si, dentro de cada categoría se contrata a mujeres. Dada la cuantía de las mismas, y su compatibilidad en su recepción, van a suponer un incentivo importante para la elección de unos trabajadores sobre otros, pero en ningún caso va a tratarse de una exigencia legal que impida la contratación de cualquiera de ellos. Aun tratándose de medidas importantes e incluso disuasorias, las mismas no forman parte de los elementos constitutivos del contrato, por lo que no pueden ser alegadas para justificar «particularidades» de su régimen jurídico.

3. EL PERIODO DE PRUEBA COMO ELEMENTO DE FLEXIBILIDAD

El período de prueba como pacto típico del contrato es la institución que se va a ver más afectada por la regulación del contrato de ayuda al emprendedor. El alcance de la modificación introducida por la Ley 3/2012 solo es entendible si analizamos la regulación general de este pacto prevista en el TRET.

Artículo 14.1 «*Podrá concertarse por escrito un período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los Convenios Colectivos. En defecto de pacto en Convenio, la duración del período de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores.*

En las empresas de menos de veinticinco trabajadores el período de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados.

[10] GÓMEZ ABELLEIRA, FJ.: "Medidas para favorecer el empleo estable: el con tato de apoyo a los emprendedores y la recuperación de la conversión en indefinidos por reiteración de contratos temporales", en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I, MERCADER UGUINA, J (Directores): Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ed. Lex Nova, 2012, págs 52-53.

El empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyen el objeto de la prueba.

Será nulo el pacto que establezca un período de prueba cuando el trabajador hay ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación»

Se trata de un pacto típico del contrato[11], y como tal requiere la voluntad concurrente de ambos sujetos de la relación laboral para su materialización. El momento para realizarlo ha de coincidir con el inicio de la prestación de trabajo y siempre que el trabajador no haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la misma empresa, con independencia de la modalidad contractual bajo las que haya trabajado.

El régimen jurídico del nuevo contrato altera sustancialmente la regulación legal prevista para este pacto, afectando al carácter de la norma, a la finalidad de la institución y a sus límites.

3.1. Relación Ley-autonomía colectiva e individual

El artículo 14 del TRET dispone que, una vez acordado por escrito el periodo de prueba, su duración será la que establezcan los convenios colectivos y sólo en su defecto se aplicará supletoriamente la regulación legal. El carácter dispositivo de la duración legal del periodo de prueba, como medida de flexibilidad en la reforma estatutaria producida en el año 1994[12] ha sido atacada directamente por el legislador cercenándola cuando nos referimos al contrato por tiempo indefinido para apoyo a los emprendedores, en el que la Ley introduce una regla imperativa sobre su duración, que en todo caso será de un año. Esta previsión impide a la contratación colectiva cualquier negociación sobre este aspecto, lo que es difícilmente entendible si realmente se está hablando de un pacto del contrato, voluntario para las partes, que no forma parte del objeto de la prestación. Con esta regulación se afecta, de forma importante, a la libertad de contratación colectiva de los sujetos negociadores.

Distintas son las consideraciones que pueden hacerse cuando dentro de las fuentes de la relación laboral oponemos la Ley al contrato de trabajo. La regulación de esta modalidad contractual no va a afectar a la voluntariedad de los sujetos para contratar o no el periodo de prueba. El contenido del artículo 4 de la Ley es claro a este respecto, pues se mantienen todos los elementos

---

[11] El período de prueba es el resultado de un pacto individual, recogido en el contrato de trabajo celebrado entre las partes de forma expresa. Su formalización ha de realizarse por escrito, siendo éste un requisito ad solemnitatem de su validez. CRUZ VILLALÓN, J.: Compendio de Derecho del Trabajo, ed. Tecnos, Madrid 4ª Ed. pág. 132; MARTÍN VALVERDE, A, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J.: Derecho del Trabajo, ed. Tecnos, Madrid, 21ª ed. pág. 513.

[12] Previamente a la reforma introducida con la Ley 11/1994 en el Estatuto de los Trabajadores, el periodo de prueba era una norma de derecho relativo necesario no pudiéndose regular «in peius» por la convenio colectivo. RIVERO LAMAS, J.: "Estructuras y contenidos de la negociación colectiva en la Ley 112/1994. Una aproximación interpretativa", Rvta. DL, nº 43, 1994.

configuradores del régimen jurídico de este pacto, a excepción de la duración temporal del periodo de prueba.

Estamos hablando de un pacto típico del contrato y como tal la libertad de decisión de las partes sobre su contratación es absoluta[13]. Voluntariedad que puede deducirse, entre otros, del artículo 52 apartado a) TRET cuando introduce un condicional en la prohibición al empresario de alegar como causa justificada de despido objetivo la ineptitud del trabajador si ha existido período de prueba. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional cuando establece, siguiendo jurisprudencia del Tribunal Supremo, que es necesario «*que se concierte por escrito en el contrato de trabajo, al configurarse como un pacto típico en el inicio del contrato, dependiente de la voluntad de empresa y trabajador, a quienes puede interesar o no pactarlo*»[14].

El problema fundamental se plantea en la relación entre la autonomía de la voluntad y la Ley 3/2012 sobre la duración de este periodo. Al tratarse de un acuerdo entre las partes y dada la jerarquía de fuentes de la relación laboral, el contrato no puede ir en contra de lo establecido en las normas legales y convencionales, siendo nulo cualquier pacto en contrario[15]. Esto nos lleva a cuestionarnos si es posible establecer una duración del periodo de prueba inferior a la prevista legalmente. La STC núm. 94/1984 establece como segundo requisito para que pueda operar el período de prueba, «*que, en su caso, la duración del período de prueba esté dentro de los límites que establezcan los Convenios Colectivos*» a lo que hay que añadir, tras la reforma estatutaria de 1994, que no cabe que este período supere en su duración el límite legal o convencional, STSJ de Madrid, nº 8720/2007, de 26 de diciembre (AS 2008/612). No obstante, la expresión «en todo caso» del artículo 4.3 de la Ley vincula a cualquier iniciativa, individual o colectiva, que prevea la realización de este pacto, de tal forma que si las partes de la relación contractual optan por realizar un periodo de prueba, por escrito, su duración será de un año, sin posibilidad de modulación.

3.2. La duración y finalidad del periodo de prueba

No puede entenderse el establecimiento de una relación entre la duración del periodo de prueba y su finalidad si previamente no contamos, siguiendo términos matemáticos, con las misma unidades de medida. Para convertirlos en unidades homogéneas hemos de partir de su concepto y establecer, en su caso, los elementos que permiten su relación. Según la Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de julio

---

[13] «Se designa con el nombre de «pactos típicos» a determinados acuerdos accesorios incorporados al contenido del contrato por voluntad de los contratantes a los que el legislador ha considerado conveniente dedicar una regulación específica, por su frecuencia en el tráfico contractual y/o por afecta a intereses «sensibles», en MARTÍN VALVERDE, A.: «Constitucionalidad y legalidad en la jurisprudencia constitucional sobre condiciones de empleo y trabajo. Un estudio a través de sentencias recientes» .R. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 73, pág. 27.

[14] STC nº 94/1984, de 16 de octubre (RTC 1984/94).

[15] No es posible que el contrato entre las partes supere el límite legal o convencional, siendo nulo el pacto del periodo de prueba, por todas, STSJ de Madrid, nº 8720/2007, de 26 de diciembre (AS 2008/612) FJ 6º.

de 2011, (RJ 2011/6680) FJ.2 se entiende por prueba «*la experimentación sobre el terreno de la relación de trabajo mediante la ejecución de las prestaciones respectivas de las partes*»[16]. Definición que ha de ser concretado por la finalidad misma de este pacto: comprobar la capacidad y adecuación del trabajador a las prestaciones objeto de su contrato de trabajo[17]. Esta adecuación conlleva una mayor significación de las funciones a realizar en *«los trabajos cualificados y de dirección o supervisión, que en otros menos cualificados»*, de tal modo que la actividad objeto de la prueba *«tiene, consustancialmente, un carácter de temporalidad y provisionalidad»*[18].

Si la finalidad de este pacto es obtener los elementos suficientes para emitir un juicio de valor o adoptar una decisión sobre la capacitación de un trabajador, el tiempo se convierte en el mejor y más eficaz aliado para su consecución. Pero también es el límite de su justificación. No todas las actividades requieren el mismo periodo de prueba; este deberá ir aumentando en la medida en la que lo haga la complejidad de la actividad a desarrollar *«de ahí, que sea razonable, que su duración sea por lo general, breve*»[19].

Establecida la relación entre el objeto del periodo de prueba y su temporalidad, con la regulación prevista en la Ley se plantean dos cuestiones distintas: la idoneidad de su duración y la homogeneidad o generalidad de este plazo.

3.2.1. Duración

Una de las cuestiones que más interrogantes genera sobre esta modalidad de contrato es la referida a la duración del periodo de prueba, que como hemos visto «será en todo caso de un año». La temporalidad en sí misma no supondría problema alguno sobre su idoneidad o no si no fuera por la figura con la que se relaciona. Es su vinculación al periodo de prueba lo que plantea importantes interrogantes sobre su validez y justificación.

Sobre el carácter abusivo o no de la duración del periodo de prueba se ha pronunciado en reiteradas ocasiones nuestra jurisprudencia[20], sobre todo desde la habilitación legal, tras la reforma del Estatuto de los Trabajadores en 1994, a la negociación colectiva para que estableciera la duración que estimase conveniente.

El carácter dispositivo de la duración del período de prueba previsto en el artículo 14 TRET, ha traído como consecuencia que los convenios colectivos[21], sobre todo los de ámbito de empresa, hayan podido establecer periodos de tiempo, para este instituto, considerados por los trabajadores afectados como abusivos,

---

[16] STS, de 20 de julio de 2011, (RJ 2011/6680) FJ. 2.

[17] Son «sus funciones manifiestas la comprobación de la aptitud profesional y la adaptación al puesto de trabajo del trabajador contratado» STS, de 20 de julio de 2011, (RJ 2011/6680) FJ. 2.

[18] STS, de 20 de julio de 2011, (RJ 2011/6680) FJ. 2.

[19] STS, de 20 de julio de 2011, (RJ 2011/6680) FJ. 2.

[20] STS, de 20 de julio de 2011 (RJ 2011/6680). IGLESIAS CABERO, M.: "Tratamiento jurisprudencial de período de prueba en el contrato de trabajo", Rvta. AL, nº 1, 1987, págs. 129-145.

[21] Artículo 14.1 «Podrá concertarse por escrito un período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos».

lo que ha generado una interesante jurisprudencia sobre su adecuación temporal a la finalidad perseguida por el mismo[22] y sobre su utilización o no en abuso de derecho e incluso en fraude de ley por los sujetos negociadores.

La prueba es una institución del Derecho del Trabajo con entidad propia que se justifica por el objeto que persigue, que no es otro que «la experimentación real de la prestación debida» o lo que es lo mismo «la experimentación de la relación de trabajo»[23], que sólo se consigue con la observación del empresario sobre la forma en la que el trabajador realiza su actividad. El problema deriva de la cuantificación de este tiempo, si es o no suficiente para que el empresario pueda adoptar una decisión sobre su aptitud y actitud en el desarrollo de la misma. Se trata, como dice el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de que el rendimiento del trabajador cumpla las exigencias mínimas requeridas por el puesto de trabajo, es decir que «*el interesado reúne todas las condiciones personales y profesionales para ocupar el puesto para el que fue contratado y llevar a cabo sus funciones correspondientes*»[24].

Aunque se trata de un pacto cuyos efectos se extienden tanto al empresario como al trabajador, resulta evidente que su existencia inclina la balanza hacia el lado empresarial[25]. Con carácter general, salvo que estemos hablando de un trabajador muy cualificado, nos encontremos en una situación de pleno empleo o que cuente con más de una oferta de trabajo, el trabajador poco o nada tiene que decir cuando sus expectativas de encontrar otro empleo son escasas, por no decir mínimas. Si a esto le añadimos los destinatarios potenciales del contrato de apoyo a los emprendedores (menores de 30 años, desempleado con prestaciones por desempleo; jóvenes sin prestaciones entre 16 y 30 años, mujeres en sectores poco representadas y mayores de 45 años), es fácilmente deducible que este pacto está pensado más para el empresario que para el trabajador.

La duración del periodo de prueba, así como el incremento temporal respecto de la regulación legal, se ha contemplado en la negociación colectiva como elemento correctivo entre la contratación temporal y la indefinida, es decir, como una medida de fomento de la contratación indefinida[26]. Una mayor duración «*no*

---

[22] STS, de 12 noviembre 2007 (RJ 2008\701) «La cuestión litigiosa estriba por tanto en decidir si esa cláusula de duración de dos años del período de prueba establecida para el Promotor de Entrada constituye o no un abuso de derecho, teniendo en cuenta que el tiempo de prueba debe adecuarse a la finalidad misma de la institución que no es otra que posibilitar el conocimiento recíproco entre las partes del contrato, de manera que el empresario pueda valorar las actitudes del trabajador y la conveniencia de mantener el vínculo contractual asumido», en el mismo sentido STS, de 20 julio 2011 (RJ 2011\6680).

[23] MARTIN VALVERDE, A.: El período de prueba en el contrato de trabajo, ed. Montecorbo, S.A., Madrid 1976,

[24] TJCE (Sala 1ª) Caso Carmine Salvatore Tralli contra Banco Central Europeo (TJCE 2005/154).

[25] MARTIN VALVERDE, A.: El período de prueba…, op. cit. págs. 143-144; El trabajador puede extinguir la relación laboral en cualquier momento de la misma, CRUZ VILLALÓN, J.: Compendio de Derecho del Trabajo, ed. Tecnos, Madrid 4ª Ed. pág. 132; MARTÍN VALVERDE, A, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J.: Derecho del Trabajo, ed. Tecnos, Madrid, 21ª ed. pág. 513.

[26] STSJ de C. Valenciana, nº 816/2004, de 11 de marzo (AS 2004/1709) FJ. Único.

parece desproporcionada en función de las obligaciones adquiridas por el empresario para extinguir el contrato»[27].

Es cierto que los convenios colectivos han usado y abusado de la duración de este instituto para determinados sectores productivos y sobre todo en determinadas empresas. Pero también lo es que nos encontramos ante un proceso negociador toda su actividad y contenido está sujeto al control judicial a través de las actuaciones de los trabajadores afectados. Los tribunales han evitado sus efectos extintivos y calificado adecuadamente los hechos, cuando han considerado que la duración era excesiva, en relación al puesto de trabajo a desarrollar. De este modo se ha argumentado el abuso de derecho ante periodos de duración del pacto de prueba de 1, 2 ó 3 años, calificando el desistimiento como despido improcedente e incluso nulo, si afectaba a derechos fundamentales, con las consecuencias indemnizatorias o de incorporación que ello conlleva. En otros supuestos los tribunales han considerado proporcional la duración de este pacto siempre que se justifique con el carácter indefinido del contrato, pero ha cuestionado la uniformidad de este tiempo al no tener en cuenta las características del puesto de trabajo a desempeñar. En cualquier caso los resultados de la negociación y su legalidad siempre están y han estado sujetos al control judicial.

Indirectamente, se ha pronunciado en un sentido similar el Tribunal Constitucional cuando considera que una duración excesiva del periodo de prueba puede poner de relieve, una práctica de negociación colectiva seguramente ilegal, por contraria al artículo 14 ET, y desde luego nada recomendable en términos de representación equitativa de los intereses de distintos grupos de trabajadores[28]. De hecho cuando en un convenio colectivo se prevé una duración de este periodo superior al previsto en el art. 14 del TRET se dispone que hay que «*situarlo en el contexto de un contrato suscrito por tiempo indefinido, con la garantía que da la intervención de representantes de trabajadores y empresarios, fruto de su autonomía colectiva, en el acuerdo libremente alcanzado con el Convenio Colectivo*»[29]. De tal forma que los Tribunales podrán determinar, si así lo consideran, el carácter abusivo o no de una cláusula temporal aplicable al caso concreto, limitando con ello la arbitrariedad del empresario cuando se conculcan principios generales como la utilización indebida de un instituto para una finalidad distinta a la prevista por la Ley. La STSJ de C. Valenciana nº 816/2004, de 11 de marzo (AS 2004/1709) FJ. Único, considera que «*Es fácil advertir que la norma laboral no ha dejado a la institución probatoria totalmente ajena de finalidad… resulta evidente que el período de prueba tiene un componente causal, aunque éste aparezca difuminado en ocasiones como consecuencia de la posibilidad de extinción sin causa que caracteriza la institución probatoria».*

---

[27] STSJ de Madrid, nº 8720/2007, de 26 de diciembre, (AS 2008/612) FJ 6º.

[28] STC 17/2007, de 12 de febrero (RTC 2007/17) sobre la extinción de la relación laboral durante el periodo de prueba por cuatro bajas por enfermedad relacionadas con el embarazo. El periodo de prueba previsto en el convenio colectivo era de 2 años.

[29] STSJ de Madrid, nº 8720/2007, de 26 de diciembre, (AS 2008/612) FJ 6º.

3.2.2. Uniformidad en la duración del periodo de prueba

El segundo de los elementos que puede ser cuestionable es la falta de relación existente entre la actividad objeto del contrato y el periodo de prueba al que se somete el mismo. Esta opción también se convierte en una constante en los convenios colectivos cuando se relaciona este pacto con el carácter indefinido del contrato, previéndose reglas distintas en su duración si se aplica a trabajadores con contratos temporales. Como hemos visto, la jurisprudencia puede entender una duración del periodo de prueba mayor que la prevista en el ET, pero no ocurre igual cuando se exige una temporalidad sin tener en cuenta la actividad del trabajador[30]. Si se habla del instituto del período de prueba es necesario establecer una relación directa entre ambos elementos, solo desde esta perspectiva puede entenderse que el legislador prevea distintos tiempos en función de las características del puesto de trabajo, contemplando periodos de prueba de 6 meses para el personal técnico de una empresa, o dos o tres meses para el resto de trabajadores en función de la plantilla de la empresa, mayor o menor de 25 trabajadores respectivamente. Se podría continuar, por ejemplo, con la duración del periodo de prueba de 15 días para la relación laboral de carácter especial del personal del hogar familiar, de nueve meses para el personal de alta dirección o de uno o dos meses para los contratos en prácticas en función de que estemos hablando de un contrato para un trabajador que esté en posesión de un título de grado medio, o de un trabajador que esté en posesión de título de grado superior, respectivamente.

No obstante, a diferencia de lo que ocurre con la previsión de una duración excesiva para este periodo de prueba, la falta de adecuación de este requisito al objeto de este instituto no puede calificarse por sí sola como abusiva o realizada en fraude de ley, sino que será necesaria su concurrencia con la duración exigida para el mismo. Solo en esa relación puede preverse una utilización indebida para encubrir contratos temporales sin causa. El fraude de ley no se presume sino que ha de ser clara la decidida intención de las partes de burlar al ordenamiento jurídico y ha de poder demostrarse[31].

4. LA DURACIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA Y EL DERECHO AL TRABAJO

La duración del periodo de prueba y su adecuación a la prestación de trabajo forman parte, junto a la realización efectiva del objeto del contrato, de los elementos constitutivos del instituto de prueba. Aunque de forma autónoma son

---

[30] De esta forma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, nº 8720/2007, de 26 de diciembre, (AS 2008/612) FJ 6º, considera que no resulta tan entendible que se establezca un periodo de prueba igual para todos los grupos profesionales, sin distinción, «puesto que parece más lógico se gradúe atendiendo a las distintas complejidades técnicas, de manera que se exija una mayor duración a los técnicos titulados sobre los que no lo son».

[31] STSJ de Madrid de 26 de diciembre de 2007 (AS 2008/612)

susceptibles de determinar la inadecuación de ésta, es la confluencia de ambos lo que realmente justifica su cumplimiento o no.

La regulación legal permite cuestionar ambos elementos, no así su adecuación a la prestación de trabajo efectivamente contratada, lo que por otro lado sería inadmisible, dado que estas cláusulas son nulas de pleno derecho. Puede observarse como en el trámite parlamentario del RD-L 3/2012, se ha añadido la prohibición de realizar un periodo de prueba «*cuando el trabajador hay ya desempeñado la mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación*» dicción literal del artículo 4.3 de la Ley 3/2012.

Resulta cuestionable, cuanto menos, que la estabilidad en el empleo en la que parece fundamentar, entre otros, esta modalidad contractual pueda garantizarse. La duración de un año, «en todo caso», del periodo de prueba nos parece excesiva si con ello se pretende conocer y valorar la aptitud de las partes y aún lo es más si tenemos en cuenta que no se aplica en función de la dificultad o especialización técnica de la actividad, lo que resulta totalmente incompatible con la finalidad y funciones de este instituto. La previsión de una temporalidad lineal tan amplia introduce deliberadamente un importante elemento de precarización en el empleo y en el carácter tuitivo que constitucionalmente se deriva del derecho al trabajo, y que tiene mucho que ver con el derecho a no ver extinguido su contrato sin justa causa.

Durante este periodo ambas partes de la relación laboral son libres para extinguir la relación laboral sin causalidad, justificación, procedimiento o requisito formal alguno. Eso significa que cualquiera de ellas, dentro de ese periodo, puede resolver el contrato sin responsabilidad e indemnización de ninguna clase.

Con esta regulación se abre una importante brecha en la justificación del periodo de prueba tal y como está concebido por el legislador. Se hace una inadecuada utilización de este instituto transformando su finalidad cognitiva en un elemento de flexibilización laboral.

La regulación legal de la duración del periodo de prueba, en el contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores, trae como consecuencia dos realidades no permitidas actualmente por la legislación general, por un lado la contratación temporal sin causa[32] que al ser de configuración legal podría, no obstante, si el legislador así lo decide admitirse, lo que no hace con este contrato y, por otro se legaliza el libre desistimiento de la relación laboral por parte del empresario (el del trabajador siempre existe) al reconocerse, por el instituto de que se trata, una absoluta flexibilidad para decidir sobre la continuidad o no de un trabajador en su empresa, práctica que es contraria a la Constitución.

---

[32] Artículo 15 del TRET; articulo 1 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada. La STS, de 20 de julio de 2011 (RJ 2011/6680) FJ 2º, en relación a una duración excesiva del periodo de prueba y su no relación con el puesto de trabajo a desarrollar considera que «se está dando amparo a un resultado que, en la práctica, puede asemejarse a la funcionalidad real de los contratos temporales», pese a que como se sabe estamos refiriéndonos a un contrato celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, en sentido similar STS, de 15 de julio de 1994, (RJ 1994/6666) FJ. 4º; STSJ de Madrid, núm. 8720/2007 (AS 2008/612) FJ.5º.

Aunque jurídicamente son distintos los efectos jurídicos que se derivan en ambos caso, para el trabajador como sujeto de una relación laboral el resultado va a ser idéntico, durante el primer año de su contrato se puede producir la finalización de la relación laboral sin ningún tipo de exigencia o limitación. Todo ello, evidentemente, si obviamos su afectación a los derechos fundamentales.

El derecho al trabajo, previsto en el artículo 35.2 de la Constitución Española, se concreta, en su dimensión individual, «*en el igual derecho de todos a un determinado 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*»[33]. Implícitamente se está reconociendo el pacto del periodo de prueba y sus efectos, en la medida en la que sólo se podrá producir el desistimiento unilateral de una de las partes cuando no quede acreditada la capacitación o aptitud del trabajador, lo que, como hemos insistido a lo largo de este trabajo, constituye la finalidad de este instituto. Finalidad que no se ve alterada por lo regulado en el artículo 4.3 de la Ley 3/2012, cuando mantiene intacto su régimen jurídico salvo en lo referente a su duración. La afirmación legal contrasta con su propia regulación al prever una duración lineal del periodo de prueba para cualquier trabajador con independencia del puesto de trabajo a desempeñar.

Esta imposición temporal «desvirtúa la función específica del pacto de prueba», atribuyéndole una duración que convierte a este contrato de apoyo a los emprendedores «en un contrato a término modalizado por el reconocimiento de una libre facultad de denuncia por el empresario»[34]

El libre desistimiento del empresario de la relación laboral durante el periodo de prueba contrasta directamente con los elementos esenciales del Derecho al Trabajo entre el que se incluye la causalidad para permitir la extinción del contrato de trabajo. La vinculación existente entre el carácter tuitivo del derecho al trabajo y la causalidad del despido implica la prohibición en nuestro ordenamiento jurídico del despido *ad nutum,* o despido libre lo que supone una importante limitación en las facultades empresariales para extinguir la relación laboral sin justa causa[35].

El legislador es el principal artífice de la configuración de las condiciones de empleo y trabajo; así como el encargado en exclusiva del desarrollo de los principios rectores del orden económico y social pero también está sometido a la

---

[33] STC 22/1981 (RTC 1981/22) FJ.8. PULIDO QUECEDO, M.: La Constitución española con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Pamplona 1996, pág. 968; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad (Un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito) Ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla 2010, págs.17-18.

[34] DE VAL TENA, A.L.: Pacto de prueba y contrato de trabajo (BIB 1998/1758).

[35] Artículo 4 del Convenio 158 de la OIT, de 1982 (ratificado por España el 26 de abril de 1985), Recomendación 119 OIT, de 1963, en el que se considera que el despido se inserta en las estructuras fundamentales inderogables cuya normación se acomoda al principio de liberalización de las relaciones de trabajo. Sobre la posibilidad de la existencia de un despido sin causa indemnizado STC 58/1983, (RTC 1983/58). GORELLI HERNÁNDEZ, J.: El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad…, op. cit. págs.. 48 y ss; BLASCO SEGURA, B.: "El despido disciplinario en la nueva normativa laboral", en Aspectos Generales del Despido. Vol. 1 Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, pág.146.

Constitución en todas sus actuaciones siendo su marco un límite infranqueable para el legislador[36]. Según las SSTC 22/1981, 20/1994 forma parte del contenido del Derecho al Trabajo la estabilidad en el empleo lo que implica no ser despedido sin justa causa, Si no existe una «reacción adecuada contra el despido o cese del trabajador se debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho, cuya finalidad no es otro que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación mutua o sinalagmática»[37] Aunque el desistimiento no constituye despido cuando se produce durante el periodo de prueba, una duración tan amplia del mismo sin encontrar vinculación con la aptitud del trabajador para desarrollar adecuadamente su puesto de trabajo puede llevarnos a afirmar que la regulación prevista en el artículo 4.3 de a Ley 3/2012 es contraria al ordenamiento constitucional.

El desistimiento durante el periodo de prueba conlleva la limitación de otro derecho constitucional, en este caso fundamental como es el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales[38]. Al mantenerse plenamente el contenido legal de este instituto, el desistimiento durante un año no precisa ninguna justificación, es decir, el empresario no ha de justificar su decisión, ni tan siquiera respetar un procedimiento formal para hacerla efectiva, de tal modo que el trabajador, salvo que pueda demostrar que esa decisión guarda relación directa con algún derecho fundamental el acceso a los tribunales le está vedado al no haberse vulnerado ningún derecho que le permita exigir una tutela judicial efectiva sobre el mismo.

Se ha querido ver en las subvenciones, bonificaciones y deducciones fiscales que percibe el empresario, cuando contrata bajo esta modalidad, un limite a su libertad de decisión para desistirse del contrato durante el periodo de prueba e incluso para extinguir la relación laboral durante la vigencia del contrato más allá de este periodo. Consideramos, sin embargo, que ninguno de estos incentivos forman parte del contenido de la relación contractual[39] y mucho menos afectan ni directa ni indirectamente, a la institución del periodo de prueba.

La duración de un año prevista en la norma no es más que una medida flexibilizadora[40] de la relación laboral que permite extinguir un contrato sin causa, procedimiento o justificación alguna. Se está utilizando una figura jurídica definida

---

[36] Artículo 9.1 CE 1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

[37] STC 20/1994 TRC 1994/20) FJ.2º.

[38] Artículo 24.1 de la CE " Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

[39] Téngase en cuenta que puede contratarse bajo esta modalidad, eludiendo las reglas del artículo 15 del TRET, y con ello los límites temporales, como es el caso del contrato eventual por circunstancias de la producción, e incluso del contrato de interinidad para cubrir un puesto de trabajo en proceso de selección y los límites indemnizatorios en el primero y en el contrato para obra o servicio determinados.

[40] RUESGA BENITO, S. (Director).: Instrumentos de flexibilidad interna en la negociación colectiva, ed. Ministerio de empleo y Seguridad Social, Madrid 2012, pág. 22.

legalmente como es el periodo de prueba para dar cobertura a una extinción sin causa, atentando con ello a la finalidad y esencia misma de este instituto. La nueva regulación incorporada por la L 3/2012 sobre el periodo de prueba hace que no sea reconocible como tal. No cuestionamos la oportunidad o no del contrato como medida de fomento del empleo pero sí que se utilice una figura como es el periodo de prueba, que legalmente no ve alterada su naturaleza más allá de su duración, para una finalidad distinta a la que constituye su propia esencia, atentando con ello derechos constitucionalmente reconocidos.

REFLEXIONES ACERCA DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS SOCIALES CONSTITUCIONALES A LA LUZ DE ALGUNOS DE SUS CONDICIONANTES ENDÓGENOS Y EXÓGENOS

Margarita Miñarro Yanini
Profesora Titular
Universidad Jaume I (Castellón)

SUMARIO

1. RASGOS BÁSICOS DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 RELEVANTES EN LA CONFIGURACIÓN DE SU ESQUEMA DE DERECHOS LABORALES
2. EL CONTENIDO SOCIAL DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y SU HETEROGÉNEA EFICACIA GARANTISTA
   2.1. La estratificación de los derechos laborales constitucionales
   2.2. Los derechos laborales fundamentales
   2.3. Los derechos laborales de los ciudadanos
   2.4. Los principios rectores con incidencia laboral
   2.5. Otros derechos constitucionales con proyección laboral (los "derechos laborales inespecíficos")
3. CONDICIONANTES INTERNOS DE LA PLENA EFICACIA Y DESARROLLO DE LOS DERECHOS SOCIALES CONSTITUCIONALES: DUCTILIDADES Y ANTINOMIAS

3.1. Plasticidad e indeterminación material de los derechos sociales constitucionales
3.2. Complejos equilibrios: existencia de derechos constitucionales potencialmente neutralizadores
4. CONDICIONANTES EXTERNOS: PERTENENCIA DE ESPAÑA A LA UNIÓN EUROPEA
5. CONCLUSIONES

1. RASGOS BÁSICOS DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 RELEVANTES EN LA CONFIGURACIÓN DE SU ESQUEMA DE DERECHOS LABORALES

La Constitución Española de 1978 es la norma suprema del ordenamiento jurídico español, lo que determina que tenga atribuido un papel ordenador, tanto formal como sustancial, del resto de las normas que lo componen. Asimismo, la significación política de la Constitución es incuestionable, pues diseñó un nuevo modelo político democrático tras casi cuarenta años de dictadura, cuyo fin celebraban muchos pero cuyas bases ideológicas permanecían todavía muy vivas para otros. El enorme impacto político de la Constitución se puso de manifiesto desde su mismo germen, determinando que durante su negociación se produjeran numerosas tensiones y desencuentros entre los siete diputados llamados a elaborar su anteproyecto, que ponían de manifiesto la dificultad de conciliar posiciones muy distantes. Con todo, una firme voluntad de consenso determinó finalmente que se lograse la aprobación de un texto que acusa la heterogeneidad de posicionamientos que debía conciliar. En este sentido, según ha afirmado el Tribunal Constitucional, se trata de *un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo*[1], si bien esta potencial adaptabilidad presenta el efecto adverso de tornar dúctil y ciertamente contradictorio el tratamiento de importantes aspectos.

Punto de partida obligado para abordar el análisis del contenido social de la Constitución Española es la cláusula de *Estado social y democrático de Derecho* en que España se constituye (art.1.1 CE). Aunque esta fórmula ha hecho correr ríos de tinta, por lo que aquí interesa supone la asunción por el Estado de un papel equilibrador y compensatorio de las desigualdades sociales, que encuentra su corolario en la cláusula de igualdad material, que atribuye a los poderes públicos la función 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 y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*(art.9.2 CE)[2].Supone, asimismo, mantener un funcionamiento democrático, que integre a grupos y poderes sociales del Estado, atribuyendo

[1] STC 11/1981, de 8 de abril, F.J. 7º

[2] Sobre el particular, vid. ALARCÓN CARACUEL, M.R. "Estado social y Derecho del Trabajo", en AAVV Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991, Madrid (Marcial Pons), 1992, p.9 ss.

coherentemente de modo paralelo relevancia constitucional a los sindicatos y asociaciones de empresarios (art.7 CE) –reforzada jurídicamente respecto de los primeros (art.28.1 CE)– y fuerza vinculante a sus acuerdos en materia laboral (art.37.1 CE).

Con todo, como se expondrá en las siguientes páginas, la armonía que parece dimanar de las directrices básicas expuestas se altera por la necesidad de conciliar intereses plurales, que obliga a establecer equilibrios cuya complejidad se incrementa por la plasticidad y consiguiente falta de concreción de los derechos que incorpora. Esta ductilidad se aprecia en la dialéctica entre los bloques social y económico de la Constitución –diferentes pero interactuantes, pues éste configura el marco en el que aquél se desenvuelve–, pero también internamente dentro de la configuración de los derechos socio-laborales. Por lo demás, el alcance efectivo de tales derechos está condicionado por las directrices económicas de las autoridades comunitarias, siendo además las relativas a esta materia las únicas que parecen ser operativas en tiempos de crisis.

2. EL CONTENIDO SOCIAL DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y SU HETEROGÉNEA EFICACIA GARANTISTA

2.1. La estratificación de los derechos laborales constitucionales

Como ya se ha apuntado, la Constitución contiene un importante contenido laboral, que se concreta en diversos derechos y principios inspiradores de la actuación de los poderes públicos a los que se confiere un tratamiento jurídico dispar, que determina un desigual grado de protección jurídica. Este distinto nivel de tutela permite realizar una estratificación de los mismos, posibilitando así, además de su ordenación formal, la definición sustancial del modelo constitucional de relaciones laborales a través del valor relativo atribuido a cada uno de ellos.

Atendiendo a la sistemática marcada por la ubicación-valoración-nivel de protección, la Constitución considera *fundamentales* en sentido estricto –es decir, dotados del mayor nivel de protección jurídica– algunos derechos específicamente laborales, incluye otros entre los *de los ciudadanos* y también incorpora algunos *principios rectores* de carácter eminentemente laboral. Integra, de este modo, un importante contenido laboral tanto en sentido cuantitativo como cualitativo, según se expondrá seguidamente. A éste ha de sumarse el haz de derechos constitucionales reconocido con carácter general a todo ciudadano, que se mantiene plenamente operativo en el marco de la relación de trabajo y que, pese a carecer de virtualidad a efectos de definir el modelo constitucional de relaciones laboral debido a su carácter inespecífico, tiene una incuestionable importancia práctica en este ámbito.

2.2. Los derechos laborales fundamentales

Siguiendo este esquema básico, ha de hacerse referencia en primer término a los derechos laborales fundamentales en sentido estricto –contenidos en la sección primera del capítulo II del Título I, bajo la doble rúbrica *derechos fundamentales*–, que son los de libertad sindical (art.28.1 CE) y huelga (art.28.2 CE). La inclusión

de estos derechos en este bloque es sumamente significativa, puesto que supone atribuirles el mayor grado de protección y otorgarles el más alto rango valorativo. En este sentido, en una evaluación supraformal, los referidos derechos evidencian la ruptura con la concepción pretendidamente armonicista de las relaciones laborales y la represión del conflicto propia de la etapa de la Dictadura, para aceptar sin ambages, paralelamente, el modelo dialéctico de relaciones de trabajo y la consiguiente necesidad de reforzar la posición de la parte económicamente débil, en coherencia con el modelo de Estado social y democrático de Derecho (art.1.1 CE) y en aras a alcanzar la igualdad formal (art.9.2 CE). En este sentido, es sumamente significativo que los dos derechos específicamente laborales dotados del mayor nivel de protección jurídica sean la libertad sindical y la huelga, al serla representación y defensa los cauces más básicos de autoprotección de los trabajadores, que en estos derechos encuentran nítida expresión. En consecuencia, la libertad sindical y la huelga constituyen medios esenciales para reforzar la posición de desventaja de la parte obrera y reequilibrar con ello la relación que se desarrolla en el marco laboral.

Por lo que respecta a la libertad sindical, debe vincularse necesariamente con el valor constitucional atribuido a su resultante base organizativa, el sindicato, que se configura como pieza clave en el sistema de relaciones laborales (art.7 CE) propio del Estado social y democrático de Derecho[3]. La libertad sindical es un derecho de contenido complejo y amplio, por cuanto integra, como contenido esencial, los derechos individuales de los trabajadores a constituir sindicatos y afiliarse al que sea de su elección, que expresan la reacción al pseudosindicalismo de la etapa de la dictadura institucionalizado en el sindicato vertical –único y de afiliación obligatoria–, e instaura un sistema de libertad de afiliación y pluralidad sindical, reflejando con ello el cambio de un régimen autoritario y colectivista a un modelo liberal de inspiración social[4], en coherencia con los imperativos del nuevo modelo de Estado. En cuanto al plano colectivo, además de los derechos de auto organización del sindicato –enunciados en el propio art.28.1 CE– de formar confederaciones y fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas, el Tribunal Constitucional ha reiterado que también incluye los derechos de acción necesarios para desarrollar la función de *defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios* a tenor del art.7 CE, integrando a tal fin los derechos de huelga, negociación colectiva e incoación de conflictos colectivos[5]. Por lo demás, la libertad sindical también comprende los restantes derechos que atribuyan las normas infraconstitucionales al sindicato, que conforman el bloque denominado contenido adicional.

En cuanto al derecho de huelga, su reconocimiento constitucional independiente y separado del resto de medidas de conflicto es expresivo de su consideración como instrumento de presión obrera por excelencia, siendo su rupturista calificación de derecho "privilegiado" indicativa de la particular relevancia que se

---

[3] Así lo destaca PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. Los derechos laborales en la Constitución Española, Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1991, p.41.

[4] Sobre los modelos normativos sindicales, vid. BORRAJO DACRUZ, E. Introducción al Derecho del Trabajo, Madrid (Tecnos), 21ª edición, 2012, pp.222 ss.

[5] Por todas, SSTC 70/1982, de 29 de noviembre y 37/1983, de 11 de mayo.

le otorga en su función de herramienta de cambio y avance en la igualdad formal. Con todo, su formulación constitucional presenta importantes incógnitas –si no ambigüedades– que incluso han hecho posible que, aun con la importantísima operación de reinterpretación adaptativa obrada por la STC 11/1981, continúe regulándose por una norma preconstitucional de rango insuficiente, que parte de una concepción de la huelga muy diversa de la que expresa la Constitución. Esta regulación formal y sustancialmente desacorde a las exigencias constitucionales supone una desvirtuación *de facto* del derecho y hace que sea el Tribunal Constitucional el que haya definido –y siga haciéndolo a través de sus pronunciamientos– los confines del modelo español de derecho de huelga.

Por lo demás, dentro de este bloque de derechos fundamentales también se incluye el derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios de la seguridad social de los condenados a penas de prisión (art.25.2 CE). De este modo, al establecer su carácter estrictamente fundamental, se eleva el rango de este derecho en atención a su especificidad subjetiva y a las consiguientes posibilidades públicas de darle satisfacción, cualificándolo desde el punto de vista de su protección jurídica respecto del genérico derecho al trabajo que se incluye entre los derechos y deberes de los ciudadanos (art.35.1 CE). Por lo demás, sin duda, en la base de esta revalorización por razones subjetivas late, además de la razón práctica apuntada de la posibilidad de controlar su cumplimiento, la convicción del legislador constituyente de la virtualidad del trabajo en orden a lograr la reinserción social de los reclusos.

2.3. Los derechos laborales de los ciudadanos

La Constitución Española integra también relevantes –y heterogéneos– derechos laborales dentro del Título I –por lo tanto bajo la genérica rúbrica *de los derechos y deberes fundamentales*– pero en la sección segunda, entre los que denomina derechos y deberes de los ciudadanos, como son el derecho a la negociación colectiva (art.37.1 CE), el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo (art.37.2 CE) y el derecho al trabajo (art.35.1 CE). En consecuencia, éstos vinculan a los poderes públicos y han de ser objeto de desarrollo legal que ha de respetar su contenido esencial, pero carecen de la protección reforzada que el art.53.2CE confiere a los derechos contenidos en el art.14 CE y en la sección primera del capítulo II.

Con todo, pese a no atribuirse a los derechos laborales de los ciudadanos la máxima protección jurídica –que implica también una categorización axiológica sustantiva–, debe reconocerse a alguno de ellos el valor de constituir un pilar esencial e imprescindible en la construcción del modelo de Estado definido por la Constitución. Este es el caso del derecho a la negociación colectiva (art.37.1 CE), cuyo reconocimiento constitucional con eficacia directa e inmediata –aun previendo su desarrollo legal–, supone la consagración de la autonomía colectiva de los agentes sociales para la autorregulación de las condiciones de trabajo, rompiendo con los esquemas intervencionistas preexistentes[6]. La constitucionalización del derecho a la negociación colectiva entronca directamente con el muy relevante

[6] PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. Los derechos laborales en la Constitución Española, op. cit., p.69.

papel asignado a los agentes sociales en el art.7 CE, y resulta no sólo coherente con el proclamado Estado social y democrático de Derecho, sino necesario para hacerlo efectivo, así como para realizar los valores que éste propugna. Por estas razones, el impacto de su previsión constitucional es tal que constituye un elemento primordial en la definición de nuestro modelo de relaciones laborales[7]. En cualquier caso, dado que el derecho a la negociación colectiva constituye un instrumento de autotutela de los intereses colectivos de los trabajadores, mantiene una vinculación muy estrecha con el de libertad sindical[8], por lo que es frecuente en la práctica, en su condición de derecho de actividad del sindicato, que adopte de éste el rango de fundamental[9]. Por lo demás, su escueta y laxa formulación supone el reconocimiento de un derecho de amplios márgenes, si bien a su vez produce un negativo efecto garantista, según se desarrollará en otro epígrafe.

Por lo que respecta al polémico e indeterminado derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo por parte de trabajadores y empresarios (art.37.2 CE), constituye seguramente el máximo exponente de deliberada ambigüedad del que hace gala el bloque social de la Constitución. En este sentido, su oscura redacción ha dado lugar fundamentalmente a dos interpretaciones de sentido muy dispar. Así, en base a su ubicación sistemática sucesiva a la negociación colectiva, tales medidas han sido interpretadas por algunos autores como alusivas a medios pacíficos de solución de conflictos[10]. No obstante, otros, atendiendo esencialmente al tenor literal del precepto, lo han relacionado con medios de presión de los trabajadores distintos de la huelga así como con la medida empresarial del cierre patronal[11],siendo confirmada esta interpretación por la STC 11/1981. Este reconocimiento implícito plantea numerosas cuestiones, dada la relación antagónica existente entre cierre patronal y huelga –y por extensión, libertad sindical–, que determina que en su interrelación aquél pueda condicionar el ejercicio de ésta/s, según se expondrá en páginas posteriores.

Por lo demás, también se incluye en este bloque el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente, sin que quepa discriminación por razón de sexo (art.35.1 CE). Se trata de un haz de derechos estructurados y ligados en torno al eje central constituido por el derecho al trabajo, de carácter básico y netamente laboral,

---

[7] Así lo destaca MONEREO PÉREZ, J.L. "El derecho a la negociación colectiva" en AAVV Comentario a la Constitución socio-económica de España, Granada (Comares), 2003, p.626.

[8] Sobre el particular, vid. VALDÉS DAL-RÉ, F. "La negociación colectiva en la Constitución", Revista de Política Social, nº 121, 1979, p.477.

[9] En este sentido, por todas SSTC80/2000, de 27 de marzo y, recientemente, 118/2012, de 4 de junio.

[10] En este sentido, VIDA SORIA, J. "Artículo 37.2" en AAVV Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1983, tomo III, Madrid (EDERSA), 1978, p.627 ss.; también parece apoyar la mayor adecuación de esta interpretación MONEREO PÉREZ, J.L. "El derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo", en AAVV "Comentario a la constitución social-económica de España, Granada (Comares), 2002, p.685.

[11] Por todos, SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I. Apuntes de Derecho Sindical, Valencia (Tirant lo Blanch), 1988, p.424; DE LA VILLA GIL, L.E. "Algunas reflexiones para la regulación legal de la huelga", en AAVV Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón", Madrid (Tecnos), 1980, p.101; MONTOYA MELGAR, A. Derecho del Trabajo, Madrid (Tecnos), 20ª ed., 1999 p.732, y ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E Derecho del Trabajo, Madrid (Civitas), 15ª ed., 1997, p.991.

pero al que se ha reprochado asumir un papel simbólico –al suponer la asunción constitucional del paradigma de los derechos sociales–, y consiguientemente, ser limitada su importancia práctica. Ha de admitirse, ciertamente, que se trata de un derecho cuya satisfacción directa no puede ser exigida, puesto que tiene carácter prestacional, correspondiendo su eventual atención inmediata a sujetos privados, y no al poder público, lo que constituye un óbice ineludible a su eficacia inmediata. Con todo, ello no supone que su reconocimiento constitucional sea irrelevante a efectos prácticos o meramente estético, por cuanto de él deriva el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen las condiciones de capacitación y a la estabilidad en el empleo[12]. Condiciona, así, ciertas intervenciones en el ámbito de las relaciones laborales, como es la imposibilidad de establecer un despido arbitrario y la consiguiente necesidad de que éste se acompañe de mecanismos garantistas adecuados para el trabajador[13], derivando igualmente efectos prácticos de los derechos vinculados al mismo, v. gr. la exigencia de cumplir determinados requisitos para trabajar[14].

2.4. Los principios rectores con incidencia laboral

Son numerosos los principios rectores contenidos en la Constitución que tienen clara incidencia en materia laboral. Éstos no son formulados como derechos, sino como principios inspiradores de la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art.53.3 CE). Por lo que respecta a su eficacia jurídica, únicamente puede recabarse su satisfacción en la medida en que hayan sido desarrollados por una norma jurídica, configurando así los preceptos en los que se incardinan normas programáticas. Entre estas disposiciones se encuentran las obligaciones de los poderes públicos de realizar una política orientada al pleno empleo (art.40.1 CE) –que es el correlato de dimensión colectiva del derecho al trabajo *ex* art.35 CE[15]– y a la formación y readaptación profesional, así como de velar por la seguridad e higiene en el trabajo, garantizar el descanso necesario mediante la limitación de la jornada y las vacaciones retribuidas (art.40.2 CE), de mantener un régimen público de seguridad social (art.41 CE), de velar por la salvaguarda de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientar su política hacia su retorno (art.42 CE) y de garantizar mediante pensiones la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad (art.50 CE). Igualmente lo es el mandato de que la ley establezca las formas de participación de los interesados en la seguridad social (art.129.1 CE) y de que los poderes públicos promuevan las formas de participación en la empresa, el fomento de las sociedades cooperativas y los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción (art.129.2 CE).

---

[12] En este sentido, STC 22/1981, de 2 de julio.
[13] En este sentido, vid. la emblemática STC 20/1994, de 27 de enero.
[14] En este sentido, vid. SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, y 131/1989, de 17 de julio, entre otras.
[15] Así lo afirma la STC 22/1981, citada.

2.5. Otros derechos constitucionales con proyección laboral (los "derechos laborales inespecíficos")

Adicionalmente, ha de hacerse mención a los llamados "derechos inespecíficos",que son atribuidos con carácter general a los ciudadanos y, por lo tanto, también al ciudadano-trabajador, manteniéndose así plenamente operativos en el marco de la relación de trabajo, en la que adquieren una dimensión laboral sobrevenida[16]. Aunque cualquier derecho genérico es susceptible de laboralizarse al actuarse en la esfera laboral, algunos de ellos cobran particular relevancia en este ámbito específico, pudiendo destacarse entre éstos el derecho a la igualdad y no discriminación (art.14 CE), el derecho a la intimidad (art.18.1 CE), la libertad de expresión (art.20.1,a CE), el derecho de reunión (art.21 CE) o el de tutela judicial efectiva (art.24.1 CE).

3. CONDICIONANTES INTERNOS DE LA PLENA EFICACIA Y DESARROLLO DE LOS DERECHOS SOCIALES CONSTITUCIONALES: DUCTILIDADES Y ANTINOMIAS

3.1. Plasticidad e indeterminación material de los derechos sociales constitucionales

La apuntada voluntad de consensuar un texto constitucional en el complejo y tenso panorama político en el que se gestó la Constitución determinó que en muchos casos se incluyeran formulaciones ambiguas en aras a lograr la difícil aceptación por parte de los distintos grupos parlamentarios, cuyas ideologías eran muy diversas. Resultado de ello es una norma elástica, en la que tienen cabida muy diversas ideologías, pero que en muchos casos ofrece un bajo o poco determinado nivel garantista sustantivo.

Esta ductilidad posibilita desarrollos normativos muy diversos y, en consecuencia, permite también muy dispares niveles promocionales –y por tanto, la ampliación o reducción de su alcance protector– en la definición del derecho, según cual sea el signo del legislador de cada momento, siempre que se respete su contenido esencial, que es el núcleo irreductible que hace reconocible el derecho[17]. No obstante, dicho contenido raramente queda especificado en el propio precepto constitucional, sino que va perfilándose a través de las intervenciones del Tribunal Constitucional en su labor de depuración del ordenamiento jurídico. En consecuencia, llevado al extremo, el"adelgazamiento"de los derechos constitucionales y su interpretación reductiva en su desarrollo normativo puede rebasar los frecuentemente difusos límites constitucionalmente admisibles, determinando que haya de suscitarse la intervención del Tribunal Constitucional en sus funciones de definición del contenido intangible de los derechos constitucionales y de

---

[16] Así lo destaca PALOMEQUE LÓPEZ.M.C. Los derechos laborales en la Constitución Española, op. cit., p.31.

[17] Por todas, STC 196/1987, de 11 de diciembre.

enjuiciamiento de la constitucionalidad de las normas. Exponente claro de este enflaquecimiento de garantías con sospecha de inconstitucionalidad incluida es la reforma introducida por el RD-Ley 3/2012,de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral[18], que tras su revisión y tramitación parlamentaria se convirtió en la homónima Ley 3/2012, de 6 de julio[19]. Baste señalar al respecto muy sintéticamente –pues los límites de extensión marcados impiden hacer un examen más amplio y detallado, el contenido de la disposición ya es sobradamente conocido y el recurso interpuesto contra ésta expone los argumentos contrarios a su constitucionalidad[20]– que esta norma, plasmando postulados básicos del neoliberalismo, tiene por objeto dar un paso más en la flexibilización del mercado de trabajo, a cuyo efecto, lejos de potenciar la negociación colectiva –como se hiciera en otras etapas– interviene para limitarla, ampliando simultáneamente los poderes del empresario. Con ello, la Ley 3/2012 incide restrictivamente de forma considerable en esenciales derechos laborales como es, de modo muy particular e incisivo, en el derecho a la negociación colectiva[21], y también –por extensión– en el derecho de libertad sindical, en el derecho al trabajo[22], así como en otros de carácter inespecífico[23]. Además, por lo que respecta al sindicato, como

---

[18] BOE de 11 de febrero.

[19] BOE de 7 de julio.

[20] Recurso de Inconstitucionalidad admitido a trámite el 30 de octubre de 2012 (BOE de 9 de noviembre).

[21] Se comparten –con algún matiz– los argumentos de los recurrentes contra la constitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley 3/2012 por vulneraciones del derecho constitucional a la negociación colectiva, que son, muy sintéticamente expuestos, los siguientes: 1. En el marco del nuevo proceso de descuelgue de condiciones de trabajo, puesto que posibilita la inaplicación del convenio aplicable respecto de las principales condiciones de trabajo, posibilitando, a su vez, truncar las posibilidades de una decisión negociada mediante la imposición de un muy problemático –inadmisible a la luz de la STC 11/1981– arbitraje obligatorio desarrollado ante un organismo de carácter público. 2. En relación al establecimiento de la prioridad aplicativa del convenio de empresa, aun posterior, en los principales aspectos laborales, puesto que ello que supone ignorar las reglas sobre estructura de la negociación colectiva pactadas en los acuerdos establecidos al efecto e imponer normativamente otras, desestabilizando además con ello y restando eficacia a los convenios de ámbito superior, negociados por sujetos sindicales. 3. Con la detracción del ámbito de la libertad negocial del período de prueba del contrato de nuevos emprendedores y la eliminación de la posibilidad de que los convenios incorporen cláusulas convencionales que permitan la extinción del contrato por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación prevista en las normas de Seguridad Social.4. (adiciono) Por la devaluación de la eficacia del convenio que se produce con la limitación temporal de la ultraactividad al período de un año desde que es denunciado.

[22] El derecho al trabajo, que como se ha expuesto en texto implica la exigencia de un despido causal, resulta vulnerado por las dilatadas posibilidades rescisorias que tiene el empresario en el contrato de apoyo a los emprendedores dado su muy extenso período de prueba (art.4 Ley 3/2012), así como por la enorme laxitud de la formulación causal justificante del despido por motivos empresariales (art.51 ET), que deforma la exigencia de causalidad. Asimismo, respecto de los despidos declarados improcedentes, también lo contraviene el favorecimiento de la extinción en detrimento de la readmisión que se produce al circunscribir el abono de salarios de tramitación a estos últimos supuestos (art.56.2 ET).

[23] El derecho a la tutela judicial efectiva queda debilitado con la imposibilidad de revisar la causa del despido efectuada en el dilatado período de prueba del contrato para nuevos emprendedores (art.4 Ley 3/2012), así como por laxa regulación de las causas del descuelgue del convenio colectivo (art.82.3 ET) y de los despidos por motivos económicos (art.51 ET). Con todo, respecto de estos despidos, si bien la voluntad de la reforma –abiertamente declarada en su exposición de motivos– era que los órganos jurisdiccionales de lo social se limitasen a constatar la concurrencia de la causa alegada, sin entrar a valorar su virtualidad justificativa de la extinción, no lo han logrado, tanto porque la formulación de las mismas está plagada de conceptos jurídicos indeterminados, como porque el legislador no puede alterar selectivamente la función de juzgar

expresión institucionalizada de la libertad sindical, en la última etapa está tratando de ser devaluado por diversas vías, siendo exponente de esta actitud la total omisión por parte del Gobierno en la reforma laboral de2012 de los contenidos acordados en el II Acuerdo Interconfederal para el Empleo y la Negociación Colectiva[24], así como, más ampliamente, la sistemática elusión de la concertación social en la elaboración de las normas[25].

En cuanto al derecho de huelga, la ausencia de una configuración constitucional más acabada posibilita que, aun con la profunda revisión y a veces forzada reinterpretación realizada por la STC 11/1981, continúe vigente el inadecuado formalmente, longevo y muy controvertido RD-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo. Por otra parte, aunque se trate de ideas no materializadas, al menos por el momento, ha de destacarse que, atendiendo a las propuestas de la CEOE, el Gobierno ha barajado la reforma restrictiva de nuestra ya no excesivamente permisiva normativa reguladora del derecho de huelga[26], lo cual –riesgo de inconstitucionalidad aparte– da muestra de la extrema versatilidad que se atribuye a su configuración constitucional. Por lo demás, igualmente se ha planteado desde el partido en el poder la "modulación" y "moderación" –es decir, restricción– del derecho de manifestación, que es derivación del derecho de reunión *ex* art.21 CE y que, aun genérico y por lo tanto, inespecífico, tanta importancia alcanza en el marco del conflicto laboral[27].

Por otra parte, dado su menor grado de exigibilidad, los principios rectores en materia socio-laboral, ignorados frecuentemente, más aún lo son en la actualidad, pues parece haberse olvidado su papel informador del ordenamiento jurídico[28]. A título meramente ilustrativo, cabe citar el contraste que supone la reforma

–valorar– de los jueces, vid. sobre el particular MIÑARRO YANINI, M. "La flexibilización del despido colectivo por la Ley 3/2012 y su incidencia en la formulación de las causas justificantes: voluntad liberalizadora versus límites jurídicos y función judicial", Relaciones Laborales, nº19-20, 2012, pp.33-55.

[24] Pocos días antes de la aprobación del RD Ley 3/2012 se firmaba el II Acuerdo Interconfederal para el Empleo y la Negociación Colectiva, de 25 de enero de 2012 (Resolución de la Dirección General de Empleo de 30 de enero de 2012, BOE de 6 de febrero), en el que se incluían numerosas cuestiones reguladas en la ley de reforma, si bien ésta ignoró absolutamente los contenidos acordados por los interlocutores sociales.

[25] El intercambio político que supone la concertación social confiere a las organizaciones de trabajadores y empresarios un cierto status público y asegura la legitimidad de los contenidos negociados, vid. sobre el tema VALDÉS DAL-RÉ, F. "Legislación negociada y concertación social: una aproximación", Relaciones Laborales, nº1, 1997, p.12 ss.

[26] Se trata de una solicitud formulada por el presidente de la CEOE al Gobierno, que según declaró la vicepresidenta del Gobierno iba a seranalizada con mucho interés por el Gobierno,planteándose incluso llevarla a término durante los debates de la tramitación de la ley de reforma laboral, vid "El Gobierno está dispuesto a revisar el derecho de huelga", Público, 18 de febrero de 2012.

[27] Vid. "El derecho de reunión se ejerce molestando", El País, 4 de octubre de 2012. La delegada del Gobierno en Madrid solicita un cambio en la ley –se trata de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión–, para "modular y moderar" el derecho de manifestación, declarando que no tiene sentido que haya diez manifestaciones un mismo día en el centro de Madrid <http://www.20minutos.es/noticia/1604978/0/cifuentes/restringir/derecho-manifestacion/> (video).

[28] También los poderes públicos están ignorando otros compromisos incluidos en principios rectores no específicamente laborales pero con gran proyección e importancia social y restringiendo niveles de protección alcanzados, como el fomento de la cultura (art.44.1 CE), de la investigación y ciencia (art.44.2 CE), el formulado como derecho a una vivienda digna (art.47 CE) o la defensa de consumidores y usuarios (art.51 CE) -vid. pseudoprocedimiento sancionador iniciado contra FACUA por no corresponder a los fines

introducida por la Ley 3/2012, que favorece el despido y amplía la posibilidad de extender la jornada de los trabajadores a tiempo parcial, con la obligación de los poderes públicos de realizar una política orientada al pleno empleo (art.40.1 CE). Evidente resulta, asimismo, el incumplimiento del compromiso del Estado por orientar la política hacia el retorno de los trabajadores españoles en el extranjero (art.42 CE) cuando el movimiento está produciéndose en sentido diametralmente opuesto[29]. Por lo que respecta a la obligación de los poderes públicos de garantizar mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas la suficiencia de los ciudadanos durante la tercera edad (art.50 CE), también parece estar en continuo cuestionamiento por los sujetos encargados de actuarla[30]. En fin, sin pretender realizar más que una breve mención –dada la amplia atribución competencial autonómica– también se está desarrollando un proceso de afectación negativa del derecho –pues en estos términos se formula– de protección de la salud (art.43.1 CE) con la retracción de la atención sanitaria pública[31], siendo contrario asimismo a la obligación de los poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública mediante medidas y prestaciones preventivas (art.43.2 CE) el recorte, cuando no supresión, de la medicina preventiva dispensada por servicios sanitarios públicos[32].

El modelo social resultante de estas políticas neoliberales, que supone la minusprotección de los trabajadores así como en general de las capas sociales carentes de un nivel de renta elevado, incide, en fin, en la polarización social, contraviniendo el principio básico de igualdad material (art.9.2 CE) y erosionando con ello la base del Estado Social.

3.2. Complejos equilibrios: existencia de derechos constitucionales potencialmente neutralizadores

La configuración de un modelo de Estado plural y la subyacente voluntad de conciliar posicionamientos ideológicos muy distantes determinó, como se ha

propios de una organización de consumidores y usuarios las campañas "huelga de consumo", "en educación no se recorta y "contra los recortes en sanidad", pese a que son ejemplos claros de actuaciones en defensa de los intereses de consumidores y usuarios de España <https://www.facua.org/es/documentos/alegacionesinc.pdfhttp://www.facua.org>-

[29] Los saldos negativos con motivación laboral comenzaron el pasado año pero en 2012 se han incrementado muy considerablemente, ascendiendo en el primer semestre a la cifra de 40.625 y siendo el perfil mayoritario de trabajadores jóvenes y con formación, vid. "Más de 40.000 españoles dejan España en 2012 en busca de oportunidades" Cinco Días, 17 de julio de 2012.

[30] En este sentido, es significativo que la Ministra de Empleo, en tono crítico, señalara a finales de octubre que las pensiones medias han pasado de 591 a 923 desde 2002, vid. El País de 27 de octubre de 2012 "El Gobierno prepara el terreno para una nueva reforma de pensiones".

[31] Exponente de ello es la instauración del copago sanitario en comunidades autónomas como Cataluña y Madrid. Por lo que respecta a la retracción pública en el ámbito sanitario, puede ilustrarse con la pionera privatización de la gestión de los hospitales llevada a cabo en la Comunidad Valenciana, que se generalizará a todos ellos desde 2013, vid. "El País Valencià privatizará la gestión de los hospitales públicos", Público, 27 de abril de 2012. Este modelo de gestión privada intenta generalizarse en la Comunidad de Madrid, y va a ser seguido en otras como Castilla-La Mancha, La Rioja y Extremadura, de momento, vid. "La gestión privada de la sanidad se extiende en las autonomías del PP", El País, 3 de noviembre de 2012.

[32] Sobre este punto, puede verse "La sanidad no puede asumir más recortes" <http://misaludnoesunnegocio.net/actualidad.php?p=10283&more=1&c=1&tb=1&pb=1>.

apuntado, la inclusión en la Constitución de ambigüedades en la delimitación de los derechos así como la presencia de derechos de signo opuesto, que potencialmente tienen capacidad de desvirtuar otros que la propia norma establece e incluso dota de mayor rango. Como diría el Tribunal Constitucional, *no existen derechos ilimitados* (puesto que) *todo derecho tiene sus límites* (…) y además los *establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones*[33]. Por lo tanto, estos supuestos antinómicos han de conciliarse estableciendo un difícil equilibrio que pasa por la compleja y en ocasiones insegura ponderación de los derechos afectados[34]. Entre los derechos con base constitucional que pueden tener particular efecto negativo sobre los derechos laborales se encuentran, destacadamente, el cierre patronal (declarado integrado en el art.37.2CE por la STC 11/1981) y la libertad de empresa (art.38 CE), siendo de destacar la potencial nocividad para los derechos sociales –considerados en sentido amplio– que deriva de la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria (art.135 CE).

Por lo que respecta al cierre patronal, se trata de una medida antitética respecto de la huelga, siendo significativo que haya recibido la calificación de medida "antihuelga" o "contrahuelga"[35]. Así, el cierre patronal constituye una respuesta a la huelga que la neutraliza, siendo, en consecuencia, un instrumento restrictivo de este derecho[36]. Con todo, el diverso objeto de ambas medidas y la consiguiente distinta significación ética de una y otra determina que el tratamiento jurídico que se les otorga no sea parejo. Así, la huelga tiene por objeto reforzar la posición de desventaja de los trabajadores en la relación de trabajo, siendo un elemento reequilibrador que el cierre patronal neutraliza, razón por la que la Constitución dispensa una protección jurídica superior a aquélla respecto de éste, dando valor de derecho fundamental a la primera y configurando el segundo como derecho del ciudadano-empresario, así como que la normativa de desarrollo establezca importantes restricciones al ejercicio de este último. Esta dispar relevancia constitucional posibilita la coexistencia de ambos derechos y marca, además, el signo de su regulación legal. En este sentido, la STC 11/1981 interpretó las previsiones relativas al cierre patronal contenidas en el RD-Ley 17/1977 indicando que únicamente cabe la aplicación de esta medida en ejercicio del poder de policía del empresario, para asegurar el orden dentro de la empresa cuando puedan crearse situaciones de riesgo para las personas o bienes por el desarrollo de la huelga, y siempre que por parte del empresario exista voluntad de reapertura una vez cese la situación de peligro. No obstante, pese a esta voluntad armonizadora, a tenor del régimen jurídico de ambas medidas puede apreciarse que su relación no está adecuadamente coordinada ni bien definida, sino que presenta importantes puntos oscuros. Así, la STC 11/1981 reconfigura un

---

[33] Por todas, STC 11/1981, de 8 de abril.

[34] Es de destacar que en esta valoración de derechos dirigida a determinar sus límites se desplaza el eje constituido por el contenido esencial del derecho constitucional al del juicio de proporcionalidad, lo que traslada el núcleo de atención del derecho en sí mismo considerado a su ponderación en relación a otros derechos y bienes jurídicos.

[35] Vid. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. Derecho sindical español, Madrid (Tecnos), 1994, 5ª ed., p.342.

[36] Sobre esta figura, vid. MIÑARRO YANINI, M. El cierre patronal, Valencia (Tirant lo Blanch), 2009.

cierre patronal de contornos difusos, limitándose a afirmar genéricamente que sólo es admisible el que tenga finalidad defensiva y a reconducir las causas del art.12.1 RD-Ley 17/1977 al poder de policía del empresario, pero sin precisar los términos de esta subsunción, pese a que algunas de ellas difícilmente pueden encajar en esta noción. Muy numerosos son los problemas que este marco normativo-jurisprudencial plantea en la práctica, pero baste destacar como muestra la problemática aplicación de la ambigua causa de *volumen de inasistencia o irregulares en el trabajo que impidan gravemente el proceso normal de producción*, puesto que en esencia permite aplicar un cierre patronal ante una huelga legal de seguimiento masivo –es decir, una huelga exitosa–, siendo el empresario quien ha de valorar la entidad de la alteración que ésta produce[37].

En cuanto a la libertad de empresa, se trata de una garantía central de la llamada Constitución Económica, que perfila un modelo propio de un capitalismo desarrollado, en el que no está ausente la intervención pública[38]. Con todo, su configuración constitucional es mínima[39], y el Tribunal Constitucional tampoco se ha mostrado muy expresivo en la delimitación de su contenido. En este sentido, únicamente ha destacado algunos aspectos de carácter básico de la libertad de empresa, como que comprende la facultad de *iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden*[40], que otorga *poderes y facultades para la gestión de la empresa*[41]o que no se trata de una garantía absoluta, siendo *las restricciones a que puedan quedar sometidos (...) tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propenden*[42], así como que exige igual trato a todas las empresas que se dedican al mismo género de actividad, a fin de que sean jurídicamente iguales en el mercado[43]. En cualquier caso, y por lo que aquí interesa, esta libertad atribuye a sus titulares facultades para gestionar la empresa[44] y, en consecuencia, constituye el fundamento último de los poderes empresariales que se proyectan en las relaciones de trabajo. Por consiguiente, interactúa de modo directo con los derechos laborales constitucionales –específicos e inespecíficos–, constituyendo

---

[37] Dada su ambigüedad, se trata de la causa en la que más cierres patronales se amparan, si bien en muchos de son calificados de ilegales por no alcanzar las alteraciones la entidad requerida, vi. Por todas SSTTSSJJ Asturias (Social) de 30 de diciembre de 2004 y de Navarra de 10 de marzo de 2008.

[38] Así lo destacan PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. Derecho del Trabajo, Madrid (Ramón Areces), 18ª ed.2012, p.108.

[39] Así lo destacan RIVAS VAÑÓ, A. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. "Relaciones laborales y libertad de empresa: algunas reflexiones", en AAVV Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española, Madrid (La Ley), 2006, p.753.

[40] STC 83/1984, de 24 de julio.

[41] STC 105/1992, de 1 de julio.

[42] STC 109/2003, de 5 de junio.

[43] En ello incide RUBIO LLORENTE, F. "La libertad de empresa en la Constitución", en AAVV La reforma del mercado de trabajo, Madrid (Actualidad editorial), 1993, p.38 ss.

[44] Así, se ha señalado que la libertad de empresa, desde el punto de vista laboral, se concreta en la libertad de entrar en el mercado, la libertad de desarrollar los recursos productivos y la libertad de abandonar dicho mercado, –vid. DURÁN LÓPEZ, F. "Contenidos laborales del derecho constitucional a la libertad de empresa", en AAVV Libertad de empresa y relaciones laborales en España", Madrid (Instituto de Estudios Económicos), 2005, p.59–, si bien todas estas proyecciones quedan moduladas por las normas laborales.

éstos –y más ampliamente, las normas laborales– límites a la misma, por cuanto su cometido clásico no es otro que garantizar este marco mínimo de derechos intangible al poder de disposición a fin de equilibrar las posiciones de las partes en la relación laboral. De este modo, particularmente los derechos de huelga, libertad sindical, incoación de conflictos colectivos y negociación colectiva, se configuran como contrapeso nivelador del poder de empresarios y trabajadores, friccionando así con la libertad de empresa del primero[45]. Particular mención ha de hacerse a la incidencia del derecho a la negociación colectiva sobre la libertad de empresa, por cuanto determina para el empresario la necesidad de acordar colectivamente ciertos contenidos de la relación de trabajo, así como la subsiguiente imposición de los mismos como materias sustraídas de su capacidad de decisión unilateral que se adicionan a las previstas en la ley laboral. No obstante, tal relación de oposición entre ley laboral-convenio y poderes empresariales en los que la libertad de empresa tiene su expresión ha experimentado una clara mutación en los últimos tiempos, manifestándose nítidamente en el apuntado repunte neoliberal de la última reforma laboral. En este sentido, apartándose del tradicional papel atribuido a la ley laboral de ser un elemento de reequilibrio entre las dos partes de la relación de trabajo, la Ley 3/2012 se muestra sin recato como un instrumento regulador de un factor de producción más: la fuerza de trabajo[46]. Desde esta perspectiva fundamentada en una visión economicista de las relaciones de trabajo, refuerza claramente la libertad de empresa al eliminar exigencias legales, atribuir expresamente mayores márgenes de acción y limitar subsiguientes cauces de control referentes a la adopción de esenciales medidas laborales en favor de la hegemónica decisión unilateral del empresario[47].Paralelamente, la norma interviene en la regulación de la negociación colectiva con objeto de hacer de ésta un instrumento al servicio de la flexibilidad, mutando con ello su tradicional función de mejora de mínimos legales y adaptación de normas dispositivas. A tal efecto, la Ley de 2012 impulsa el establecimiento de condiciones laborales "a la carta", al imponer la primacía del convenio de empresa, aun concurrente, en la regulación de los aspectos esenciales de la relación laboral, propiciando con ello la atomización convencional –con la consiguiente desprotección de los trabajadores de las empresas más pequeñas, que son la inmensa mayoría en nuestro país– y favoreciendo la competencia entre empresas por

[45] Vid. MONTOYA MELGAR, A. "Libertad de empresa y poder de dirección del empresario", en AAVV "Libertad de empresa y relaciones laborales en España", Madrid (Instituto de Estudios Económicos), 2005, pp.135-136.

[46] Sobre el desplazamiento del objeto de regulación desde el trabajo a la producción y desde el trabajador a su empleabilidad, vid. CASAS BAAMONDE, M.E., RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y VALDÉS DAL-RÉ, F. "La nueva reforma laboral", Relaciones Laborales, nº5, 2012, p. 3 (formato electrónico).

[47] Exponentes de esta deriva son, entre otros aspectos reformados, la ampliación de las posibilidades de aplicar modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (art.41 ET), la facilitación de la movilidad funcional descendente (art.art.39 ET), la ampliación al 10 por 100 de la jornada que el empresario puede distribuir de forma irregular en defecto de pacto con los representantes de los trabajadores (art.34.2 ET), la supresión de la autorización administrativa en suspensiones de contrato o reducciones de jornada por causas económicas técnicas, organizativas o de producción (art.47 ET) así como por despidos colectivos –favorecido además por la reducción de los costes extintivos– y la pretendida limitación de la justificación causal en la revisión judicial del despido colectivo (art.51 ET).

medio de la reducción de costes laborales, precarizando así las condiciones laborales. Además, el convenio se convierte en una fuente maleable cuyas previsiones pueden inaplicarse por motivos fácilmente apreciables en la realidad empresarial dado su escaso nivel de exigencia, y sin que para ello sea imprescindible el acuerdo con los trabajadores. Esta devaluación de la negociación colectiva se aprecia también en otras materias de importancia capital, en las que se ha eliminado el preexistente peso del acuerdo con los representantes de los trabajadores en favor de la decisión del empresario[48]. En suma, la Ley 3/2012 supone una intervención en el ámbito de las relaciones laborales que, lejos de restringir la libertad de empresa, la acentúa y sobreprotege con el establecimiento de mecanismos de flexibilización de las relaciones de trabajo y el reforzamiento paralelo del poder autónomo del empresario en detrimento de la negociación colectiva. Con ello, los poderes públicos han demostrado un férreo empeño en garantizar y proteger la libertad de empresa, que ha salido muy reforzada, lo que ha revertido en la degradación de los derechos laborales en general y constitucionales en particular.

Por lo demás, aunque muy brevemente, mención obligada ha de hacerse al principio de estabilidad presupuestaria, constitucionalizado a resultas de la reforma constitucional de 2011[49], en virtud del cual se establece el carácter prioritario del pago de la deuda pública, anteponiéndolo a cualquier otro gasto público que deba efectuarse, incluyendo todos los gastos sociales sin excepción. Es este un tema complejo y que suscita numerosas cuestiones, pero baste destacar, a fin de no hacer excesivamente amplio el objeto de análisis, que esta previsión incide negativamente de modo palmario sobre la configuración del propio Estado Social, que resulta erosionado por cuanto su consecución y mantenimiento –que exige gasto público– queda relegado en favor de la preeminencia absoluta atribuida al pago de la deuda.

4. CONDICIONANTES EXTERNOS: PERTENENCIA DE ESPAÑA A LA UNIÓN EUROPEA

Un importante condicionante a la eficacia de los derechos constitucionales laborales, y más ampliamente del Derecho del Trabajo, son las políticas neoliberales, y por ende netamente economicistas, que inspiran las medidas que las autoridades comunitarias –capitaneadas por Alemania, por su hegemonía económica y política– están solicitando de España –y de los restantes países que han pedido rescate financiero– como supuesto revulsivo a la crisis económica, que parecen justificar cualquier debilitamiento de garantías jurídicas de carácter social y la regulación restrictiva de derechos laborales. Los límites de extensión marcados impiden si quiera realizar una exposición genérica de esta amplia y compleja cuestión, pero resulta

[48] Paradigmático resulta a estos efectos el nuevo procedimiento de despido colectivo, en el que pierde todo el peso el acuerdo con los representantes de los trabajadores, al permitir la aplicación de la medida por la decisión unívoca de la empresa.

[49] BOE de 27 de septiembre. Desarrollado por Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

imprescindible destacar muy básica y brevemente algunas ideas respecto de la incidencia de estas políticas comunitarias sobre nuestros derechos sociales.

El objetivo netamente económico que constituyó el germen de las Comunidades Europeas ha determinado que el tratamiento de cuestiones sociales en el ámbito comunitario haya estado supeditado a las políticas de impulso y desarrollo del mercado económico en lo que respecta a la libre circulación de trabajadores, dirigiéndose esencialmente a impedir el *dumping social* así como a abordar cuestiones poco controvertidas y con proyección en la libre circulación. De este modo, los derechos laborales esenciales incluidos en la Constitución no han sido afectados directamente por regulaciones comunitarias –que a tenor del principio de primacía del Derecho Comunitario hubieran prevalecido sobre la normativa interna, incluso constitucional–, manteniéndose inscritos dentro de las materias de estricta competencia nacional. Con todo, desde que se evidenciaran los signos de la crisis económica, desde el ámbito comunitario se han sugerido con intensidad creciente medidas que ha incidido en la erosión de derechos sociales, aunque no han derivado de la regulación de cuestiones socio-laborales, sino que son resultado directo de las políticas europeas económicas anticrisis que se están propugnando. En este sentido, ante la imposibilidad de acudir a la devaluación monetaria como mecanismo competitivo, se insta a proceder a la devaluación interna, que supone la imposición de los ajustes económicos vía mercado de trabajo, con el objetivo de recuperar la competitividad a través de la disminución de costes laborales y el consiguiente recorte de derechos sociales[50]. Se aplica, en consecuencia, la simplista receta neoliberal que parte, sin más consideraciones, de que el trabajo es un mero factor económico que puede contraerse según las necesidades macroeconómicas. Son sus ingredientes esenciales, por lo tanto, la reducción de salarios, la flexibilidad laboral y la contención del gasto público, elementos todos ellos que protagonizan las últimas reformas y señaladamente en la Ley 3/2012 que, como se ha expuesto, incide negativamente sobre los derecho constitucionales al trabajo (art.35 CE), a la negociación colectiva (art.37.1 CE) y, conexamente, a la libertad sindical (art.28.1).Por lo demás, contradice la cláusula de la igualdad material (art.9.2 CE) que constituye el pilar básico de los derechos sociales pues, además de incidir en el desequilibrio de las posiciones de las partes, genera exponencialmente más desigualdad.

Paradójicamente, tales planteamientos comunitarios no responden a los también objetivos comunitarios vinculados a la Estrategia 2020, que aboga por promover la economía del conocimiento y el "crecimiento verde", y vincula el progreso económico a la cohesión social. Tampoco son coherentes con la muy reciente Resolución del Parlamento Europeo sobre el Pacto de inversión social en respuesta a la crisis[51], en la que se pide a los Gobiernos la adopción de medidas

[50] Sobre la política monetaria comunitaria y sus implicaciones, vid. GRANELL, F. "El Euro, moneda europea", cuadernos pedagógicos sobre la Unión Europea, nº3, 2010, p.27 ss. y en clave crítica, vid. SANHUJA, J.A "Las cuatro crisis de la Unión Europea", en AAVV Cambio de ciclo: crisis, resistencias y respuestas globales, Madrid (Fundación Cultura de Paz), 2012, p.51 ss.

[51] Resolución del Parlamento Europeo de 20 de noviembre de 2012.

favorables al crecimiento y al empleo y, muy significativamente, velar por que los empleados a tiempo completo puedan vivir de su trabajo. Por lo tanto, las directrices económicas que está marcando la Unión Europea a sus socios más deficitarios no son congruentes con los objetivos que simultáneamente está estableciendo. Es más, desde una valoración más general, la mayor incoherencia de estas políticas es que impulsan el establecimiento de diferencias socio-laborales entre los Estados, dando con ello vía libre al *dumping social,* pese a que precisamente evitar que éste se produzca es la base sobre la que se asienta el derecho social comunitario[52]. Contraría con ello, asimismo, el principio básico comunitario de la solidaridad entre los Miembros y el objetivo de alcanzar la cohesión social[53].

Ahora bien, ¿la intervención política comunitaria en esta materia que ha acompañado a la económica ha sido determinante de la política nacional de signo neoliberal que se está desarrollando? Se considera que no tanto como se pretende hacer creer. En este sentido, si bien se trata indudablemente de un potente condicionante, en materia económica la Unión Europea es eminentemente pragmática, por lo que, ajustándose España a la disciplina presupuestaria establecida –lo cual, por cierto, resulta utópico con las reformas aplicadas– se habrían aceptado medidas alternativas menos nocivas socialmente y más redistributivas[54].No obstante, el neoliberalismo comunitario se ha aliado con el del Ejecutivo español –que además goza de la autonomía de actuación que le da el gobernar con mayoría absoluta–, entre otros, retroalimentándose mutuamente. En suma, se mantiene que el legislador español tenía margen de actuación, pero sus políticas son convergentes con las comunitarias e incluso en algunos aspectos todavía más neoliberales. Por consiguiente, otra reforma laboral en nuestro país –y en general otras reformas sociales– era, además de deseable, perfectamente posible[55].

---

[52] Ello por no entrar en lo incoherente que resulta su idea motriz, que supone confiar en que el shock que deriva de la paralización económica pueda llevar a su reactivación.

[53] Desde la perspectiva actual, resulta remoto el ensalzamiento de la solidad y la cohesión que hasta fechas recientes se mantenía, ilustrativo al respecto es SUÁREZ SIPMANN, M. "El porqué y el cómo de la búsqueda de la solidaridad y cohesión entre los miembros de la Unión Europea", Cuadernos pedagógicos sobre la Unión Europea, nº3, 2010, p.37 ss.

[54] Valga como ejemplo el reiterado rechazo del Gobierno a establecer gravámenes específicos a las grandes riquezas; por todos "Rajoy subirá los impuestos a las plusvalías generadas en un mismo año", El País, 11 de septiembre de 2012. Otro ejemplo, este en el plano de las realizaciones prácticas, es que la Ley 3/2012 optó por permitir la realización de horas extraordinarias en los contratos a tiempo parcial en lugar de restringirlas en favor del reparto del tiempo de trabajo.

[55] De hecho, aunque el Presidente del Gobierno en ocasiones ha justificado sus medidas en las exigencias comunitarias, en otros casos ha afirmado él habría adoptado por sí mismo igualmente las políticas sugeridas por las autoridades comunitarias, al considerar que bajo su punto de vista no existen alternativas a las medidas adoptadas, vid. "El primer año de Rajoy contra su programa electoral", El País, 20 de noviembre de 2012. Por lo demás, las directrices normativas nacionales están siendo tan neoliberales que incluso ni se ajustan al Plan Euro Plus, que insiste en la necesidad de respetar las tradiciones nacionales en materia de diálogo social y relaciones industriales; en este sentido, las autoridades comunitarias han recordado a España muy recientemente la conveniencia de que no obvie el diálogo social, vid. "España agrava sus desequilibrios macroeconómicos pese a la austeridad", El País, 29 de noviembre de 2012.

5. CONCLUSIONES

A modo de brevísima conclusión, baste incidir en que corren malos tiempos para los derechos sociales en general, y constitucionales en particular. Los posicionamientos neoliberales mantenidos por los gobernantes dentro y fuera de nuestras fronteras están determinando su continua desfiguración y erosión, en una escalada en la que no se alcanza a ver su fin, alterando consiguientemente el papel de la ley laboral, que deja de ser un mecanismo de reequilibrio para tornarse en mero instrumento al servicio de la producción. Estos postulados contravienen el modelo constitucional de Estado Social pues, pese a la ductilidad de la Carta Magna y a la antisocial reforma de su art.135, reclama una acción política en aras a alcanzar la igualdad material, que se manifiesta en las concretas realizaciones –en forma de derechos y exigencia acciones públicas– ya examinadas. Sin embargo, las reformas de signo neoliberal que se están aplicando no sólo no avanzan en esa dirección, sino que inciden en que la polarización social se agudice.

Por lo que respecta a la Unión Europea, sus posicionamientos netamente economicistas entrañan enormes riesgos sociales y políticos para los Estados Miembros, que ven crecer con rapidez el euroescepticismo y emerger partidos nacionalistas extremista y xenófobos, lo que unido al descontento social constituye una amenaza para la paz que no parece estar valorándose adecuadamente. Ante esta situación, es imprescindible que la Unión Europea pase a ser una garantía de estabilidad, y no parte del problema. A tal efecto –pese a que se está caminando en dirección diametralmente opuesta–, para que la Unión Europea no sea una mera convención económica y, aún para que subsista como tal, sería preciso que se erigiese, más que como un espacio geográfico sin aranceles en el que circule una única moneda, como una verdadera Unión en la que la solidaridad trascienda de los documentos solemnes. Más aún, siendo consciente de que actualmente esto es navegar por el mar de la utopía, habría de adoptar una función realmente garantista de los derechos laborales más señeros, estableciendo su protección a nivel comunitario para mantenerlos al resguardo del imperio de los mercado se incluso de eventuales políticas internas regresivas.

EL DERECHO DEL TRABAJO EN EL NUEVO TRABAJO A DISTANCIA

Esperanza Macarena Sierra Benítez
Doctora. Prof. Colaboradora de Dcho. del Trabajo y Seg. Social
Universidad de Sevilla

SUMARIO

1. LA INCONCLUSA REFORMA DEL ART. 13 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES
2. LAS RAZONES QUE JUSTIFICAN LA NUEVA REGULACIÓN: ¿TRABAJO A DISTANCIA O TELETRABAJO?
3. LA «DESREGULACIÓN» DEL CONTRATO DE TRABAJO A DOMICILIO
4. LA NUEVA MODALIDAD DE CONTRATO DE TRABAJO: ¿TRABAJO A DISTANCIA?
5. EL CARÁCTER ALTERNATIVO DE LA REALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD A DISTANCIA Y EL PODER DE CONTROL Y VIGILANCIA DEL EMPLEADOR
6. CONCLUSIONES

1. LA INCONCLUSA REFORMA DEL ART. 13 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Continuando con el período de reformas iniciado en el año 2010, el 7 de julio de 2012 se publica en el BOE la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral[1]. Se trata de una ley cuyo Preámbulo reproduce el del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 febrero. Sin embargo, su articulado introduce ciertos ajustes una vez concluida la etapa parlamentaria, que vienen a confirmar la tendencia al alza de la flexibilidad laboral, y la ruptura con la etapa anterior justificada por la crisis económica que atraviesa España desde 2008 y por "las debilidades del modelo laboral español".[2] De todos son conocidas las razones que el legislador argumenta para justificar los profundos cambios que proponen en las relaciones laborales: la destrucción de empleo, sobre todo en el colectivo de jóvenes, y la incertidumbre a la hora de entrar en el mercado de trabajo español[3]; el desempleo de larga duración, las elevadas tasas de temporalidad y los efectos relevantes que provocan sobre el sistema de la Seguridad Social, en relación al gasto en prestaciones económicas por desempleo y a la disminución considerable del número de afiliados al sistema. Según el legislador, es la crisis económica la que pone en evidencia la insostenibilidad del modelo laboral español. La gravedad de la situación económica y del empleo exige adoptar una reforma inmediata que proporcione a los operadores económicos y laborales un horizonte de seguridad jurídica y confianza en el que desenvolverse con certeza para conseguir recuperar el empleo[4]. En la actualidad, pasado un periodo prudencial desde la entrada en vigor de la norma, podemos afirmar que esa finalidad no sólo no se ha alcanzado, sino que el problema se ha agravado hasta el punto de alcanzar unas cifras de desempleo muy elevadas y un mayor

---

[1] En relación a la reforma del 2010 y sobre la necesidad de introducir modificaciones en el marco legal en el mercado de trabajo agudizada por la crisis económica–financiera que va acompañada de una "una rápida, intensa e insólita destrucción de puestos de trabajo", RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "Las claves de la reforma laboral 2010", material multicopiado. Ciclo de Conferencias del Título de Experto Universitario del CARL y el Centro de Formación Permanente de la Universidad de Sevilla, "Líneas generales de las Reformas del Mercado de Trabajo 2010/2011", celebrado el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, el 13 de mayo de 2011, p. 1. También GÓMEZ, V., "La reforma laboral de 2010: crónica de un diálogo social frustrado", en AAVV., *La reforma del mercado de trabajo y la ley 35/2010,* La ley, Madrid, 2011, pp. 57 a 76.

[2] Con respecto a las críticas al modelo laboral español, véase por ejemplo el Comunicado de CEOE sobre el Derecho de reforma laboral en relación con el RDL 10/2010, de 16 de junio de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, publicado en la Diario La Ley, núm. 7441, de 8 de julio de 2010, La Ley 8372/2010.

[3] No obstante, llama la atención un estudio del Banco de España con respecto a los efectos de la intensa subida del salario mínimo que se produjo en España entre los años 2004 y 2010 sobre la probabilidad individual de perder el empleo, utilizando datos de registro de la Seguridad Social. Se llega a demostrar que un empleador que se enfrente a un incremento uniforme del salario mínimo puede encontrar ventajoso retener a los trabajadores jóvenes y despedir a los mayores, en GALÁN, Sofía; PUENTE, Sergio, *Minimum wages: do they really hurt Young people?*, Documentos de Trabajo, nº 1237, Banco de España, 2012, p. 26. Sobre un enfoque integral del problemas de los jóvenes, TIRABOSCHI, M. "El desempleo juvenil en tiempos de crisis: ¿una advertencia a Europa (continental) para refundar el Derecho del Trabajo?, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 31, 2012, pp. 4 a 25.

[4] Preámbulo primero de la Ley 3/2012.

número de expedientes de regulación de empleo, algunos de ellos de considerables dimensiones[5]. Por otro lado las dudas presentadas por algún sector sobre la constitucionalidad de la reforma han supuesto la interposición de un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por el grupo mayoritario en la oposición[6]. Estas son cuestiones introductorias importantes que nos pueden servir para preguntarnos si la reforma del art. 13 ET es acertada, y si responde a la finalidad prevista y anunciada por el legislador en el preámbulo de la ley y, en su caso, si tiene alguna repercusión sobre los derechos y libertades públicas de los trabajadores contemplados en nuestra Carta Magna. La intención del legislador es dotar de garantías al teletrabajo, y para ello acomete una reforma del art. 13 ET que, desde un punto de vista sistemático y formal, no llegamos a comprender demasiado y nos lleva a considerar que la reforma del contrato de trabajo a domicilio es necesaria pero deficitaria[7]. Intentaremos a continuación justificar esta idea que estamos señalando, dado que el legislador menciona al teletrabajo en su preámbulo, para contemplar más tarde entre las modalidades contractuales el denominado trabajo a distancia, en sustitución del tradicional contrato de trabajo a domicilio.

2. LAS RAZONES QUE JUSTIFICAN LA NUEVA REGULACIÓN: ¿TRABAJO A DISTANCIA O TELETRABAJO?

El legislador nos indica en su Preámbulo III que el capítulo II de la ley recoge diversas medidas dirigidas a fomentar la contratación indefinida y la creación de empleo. Estas medidas tratan de favorecer especialmente a jóvenes desempleados y a las PYMES, porque son los que están sufriendo con mayor intensidad las consecuencias negativas de la crisis económica[8]. Más adelante afirma que "el deseo

---

[5] En octubre de 2012 la cifra es de 4.833.521 trabajadores, en <http://www.sepe.es/contenido/estadisticas/datos_avance/datos/datos_2012/AV_SISPE_1210.pdf>. Con respecto a la regulación de empleo durante los siete primeros meses de 2012, se autorizaron/comunicaron a la Administración, 19.879 ERE que afectaron a 271.835 personas. En el mismo período de 2011, hubo 11.529 expedientes y 174.964 afectados. Estos datos suponen con respecto al año anterior un aumento del 72,4% en cuanto al número de procesos, y del 55,3% sobre el volumen de afectados <http://www.ccoo.es/comunes/recursos/1/doc124899_Informacion_Estadistica_sobre_Expedientes_de_Regulacion_de_Empleo.pdf>, Entre los expedientes de regulación de empleo sobresale el anunciado por International Airlines Group (IAG), empresa resultante de la fusión de British Airways e Iberia, que incluye un recorte de plantilla de 4.500 personas, en <http://www.ccoo.es/comunes/recursos/1/doc124899_Informacion_Estadistica_sobre_Expedientes_de_Regulacion_de_Empleo.pdf>.

[6] Recurso de Inconstitucionalidad frente a la Ley 3/2012, de medidas urgentes de reforma del mercado laboral, presentada por el Grupo parlamentario socialista por entender que algunos elementos claves de la reforma alteran sustancialmente el modelo democrático de relaciones laborales y supone una alteración del equilibrio de intereses en juego en el mundo de las relaciones laborales. Y, por lo tanto, entiende que la reforma atenta contra preceptos específicos del texto constitucional, con lesión de elementos esenciales del modelo constitucional. En contra CABERO IGLESIAS, M., "Reforma del mercado laboral. Impresiones de una primera lectura", *Diario La Ley*, núm. 7824, 2012, p. 2 (La Ley 2851/2012).

[7] Véanse las obras clásicas DE LA VILLA GIL, L.E., *El trabajo a domicilio,* Aranzadi, Pamplona, 1966; DE LA VILLA GIL, L.E; GARCÍA NINET, J.I., " Contrato de trabajo a domicilio", en BORRAJO DACRUZ, Efrén (dir.), *El Estatuto de los Trabajadores, Tomo III. Art. 8 a 13,* Edersa, Madrid, 1985.

[8] En octubre de 2012, las cifras alcanzan los 487.387 demandantes registrados de empleo menores de veintIcinco años. Fuente: Datos Estadísticos del Servicio Público de Empleo (SEPE), <http://www.sepe.es/

de promover nuevas formas de desarrollar la actividad laboral hace que dentro de esta reforma se busque también dar cabida, con garantías, al teletrabajo: una particular forma de organización del trabajo que encaja perfectamente en el modelo productivo y económico que persigue, al favorecer la flexibilidad de las empresas en la organización del trabajo, incrementar las oportunidades de empleo y optimizar la relación entre tiempo de trabajo y vida personal"[9].

El legislador realiza una mención acertada al teletrabajo, teniendo en cuenta que éste surge en los Estados Unidos en los años 70 como consecuencia del desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, y de una crisis energética que obliga a las empresas a plantearse la reducción de los costes para hacer frente a la fuerte subida del precio del petróleo[10]. En realidad, el teletrabajo es una forma de organización del trabajo que tiene tantas ventajas como inconvenientes para los trabajadores y la empresa, teniendo en cuenta la flexibilidad organizativa que permite el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en el trabajo. El teletrabajo no ha tenido una regulación legal específica, y su regulación recae en la negociación colectiva, concretamente en los acuerdos de teletrabajo de cada empresa, sector o institución pública[11]. En el año 2000, desde instancias europeas y en el contexto de la Estrategia Europea de Empleo, se invita a los interlocutores sociales a negociar acuerdos para modernizar la organización del trabajo, que incluyeran acuerdos de trabajo flexible, con el objeto de mejorar la productividad y la competitividad de las empresas y lograr el equilibrio necesario entre flexibilidad y seguridad. En este contexto la Comisión Europea en la segunda fase de consulta con los interlocutores sociales sobre la modernización y mejora de las relaciones de trabajo, invitó a los interlocutores

---

contenido/estadisticas/datos_avance/demandantes/index.html>. En el año 2010, las PYMES, afectadas por la crisis, sufren una destrucción de 40.388 empresas, lo que supone una reducción del -1,23% con respecto a 2009 y del -5% respecto al máximo alcanzado en 2008, Secretaría General de la Industria y de la Pequeña y Mediana empresa, *Retrato de las PYME 2012,* Madrid, 2012, p. 1 en <http://www.ipyme.org/Publicaciones/Retrato_PYME_2012.pdf>.

[9] En el Informe "Europa y la Sociedad Global. Recomendaciones al Consejo Europeo", que estudió los diversos aspectos de la Sociedad de la Información y se debatió en el Consejo Europeo de Corfú los días 24 y 25 de junio de 1999, entre las ventajas del teletrabajo figuran el refuerzo de la competitividad de las empresas, creación de puestos de trabajo, mejora de la calidad de vida y del medio ambiente, incremento de la productividad, flexibilización de las relaciones y disminución del coste del factor trabajo.

[10] Véanse las obras de NIlLES, Jack, *The telecomumunications-transportation tradeoff, Options for tomorrow and today,* Jala Internacional, California, 1973; ORTIZ CHAPARRO, Francisco, *El teletrabajo: una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología*, McGraw-Hill, Madrid, 1995; PIZZI, Paolo, "Brevi considerazioni sulla qualificazione giuridica del telelavoro", *Rivista giuridica del lavoro,* 1997-I; THIBAULT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico laboral,* CES, Madrid, 2000.

[11] Entre otros, Acuerdo Colectivo sobre las condiciones de la prestación de servicios en el BBVA en régimen de teletrabajo, de 27 de julio de 2011; Telefónica de España, 19 de julio de 2011, BP OIL España SAU, 22 de julio de 2010; France Telecom España (2010-2013); Nokia Siemens Networks, 30 de mayo de 2010; Personal Laboral de la Comunidad de Euskadi, 26 de marzo de 2010; Alcatel-Lucent- España, de 31 de agosto de 2009; Telefónica Móviles de España, de 11 de agosto de 2009; Grupo Repsol YPF, de 17 de junio de 2009; Oficinas y despachos, de 30 de enero de 2009; Prensa Diaria, de 3 de diciembre de 2008; Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), de 3 de junio de 2008; Industria Química, de 9 de agosto de 2007; Oficinas y Despachos de Navarra, de 18 de julio de 2007; Telefónica de España, de 14 de febrero de 2006; Ayuntamiento de Vallgorguina (Barcelona), de 11 de abril de 2003.

sociales a iniciar negociaciones sobre el teletrabajo. Éstas concluyen con la firma del Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo de 16 de julio de 2002. Sin embargo, es un acuerdo que se aprueba por la vía del artículo 138 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), es decir, mediante la voluntad de los agentes sociales en base a la autonomía colectiva, y cuya aplicación se remite a la negociación colectiva de cada país miembro. Por lo tanto, son los propios sindicatos y las organizaciones empresariales que pertenezcan a las organizaciones europeas los que deben incorporar voluntariamente en sus convenios colectivos los principios y directrices estipulados en el AMET[12]. La naturaleza jurídica del Acuerdo y el mecanismo por el que han optado los interlocutores sociales nacionales para su introducción no favorecen la implantación normativa del teletrabajo, dado que ha sido incorporado mediante un anexo en el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2003, en donde formalmente no se han asumido apenas compromisos, y prácticamente se reduce a un acuerdo de contenido obligacional entre las partes y, por lo tanto, sin fuerza vinculante alguna[13].

Esto significa que es necesario dotar al teletrabajo de garantías, y para ello el legislador decide modificar la ordenación del tradicional trabajo a domicilio, con la intención de dar cabida, mediante una regulación equilibrada de derechos y obligaciones, al trabajo a distancia basado en el uso de las nuevas tecnologías. En este sentido, nos preguntamos si la regulación del nuevo trabajo a distancia conlleva el tan ansiado equilibrio entre derechos y obligaciones de los trabajadores a distancia o, si por el contrario, las profundas modificaciones llevadas a cabo en la Ley 3/2012 conducen a un desequilibrio entre las distintas posiciones en el contrato de trabajo, cuestión que abordaremos más adelante[14]. Entendemos que existen suficientes razones que justifican el cambio, y sin embargo el legislador acomete este tema con ligereza sin tener en cuenta, por ejemplo, que para regular el teletrabajo no era necesario dejar desregulado el contrato de trabajo a domicilio[15]. La creciente presencia del teletrabajo en la sociedad plantea la necesidad de revisar las relaciones laborales basadas en el modelo presencial. En este sentido consideramos que no todo trabajo a distancia es teletrabajo, como tampoco todo teletrabajo es trabajo a domicilio integrado en el «nuevo contrato de trabajo a distancia». El teletrabajo se presenta con

---

[12] PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, Francisco, "La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica", *RL*, Tomo I, 2005, p 1328.

[13] SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, Consejo Económico y Social, Sevilla, p. 145; SERRANO GARCÍA, Juana Mª, "La negociación colectiva europea y los acuerdos "libres": la vinculabilidad del Acuerdo europeo sobre el teletrabajo"; *RL,* núm. 20, 2002, p. 112.

[14] En CASAS BAAMONDE, María Emilia; RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel; "Las reformas de la reforma laboral de 2012 (La Ley 3/2012 y el RDL 20/2012)", *La Ley 16451/2012*, p. 12, estamos ante "reformas de adaptación que curiosamente no se llevan a tantísimos preceptos del ordenamiento laboral y de seguridad social, empezando por el Estatuto de los Trabajadores, que han quedado desactualizados, especialmente en materia de clasificación profesional".

[15] Véanse las Enmiendas al Proyecto de Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral núm. 40, firmante Joan Tardà i Coma (Grupo Parlamentario Mixto); núm. 128, Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUIA, CHA: La Izquierda Plural; núm. 493 Grupo Parlamentario Socialista; publicadas en el BOCG, Serie A, Proyectos de ley, de 27 de abril de 2012, núm. 4-6.

varias tipologías, y muchas de ellas con distintas manifestaciones, desde el momento en que puede compaginarse con la realización de la prestación de servicios por parte del trabajador en el mismo centro de trabajo o empresa[16]. Esto último permite que convivan, desde un punto de vista jurídico, dos categorías de teletrabajadores; por un lado los considerados como sujetos de una relación laboral común, y por otro los incluidos en la modalidad contractual del trabajo a distancia[17].

3. LA "DESREGULACIÓN" DEL CONTRATO DE TRABAJO A DOMICILIO

Consideramos que la actual redacción del art. 13 ET deja vacío de contenido normativo el contrato de trabajo a domicilio, al sustituirlo por el denominado trabajo a distancia como modalidad contractual. La nueva regulación viene a entender por trabajo a distancia la prestación de la actividad laboral realizada en el domicilio del trabajador u otro lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa[18]. Se trata de una denominación cercana a la aportada en el Convenio de la OIT, núm. 177 sobre el trabajo a domicilio, en cuanto que omite la nota caracterizadora del contrato de trabajo a domicilio, es decir, sin la vigilancia del empresario[19]. Pero también es una definición cercana a la aportada en el Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo, desde el momento en que un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular[20]. Entendemos que se produce un proceso de desregulación del tradicional contrato de trabajo a domicilio, cuya redacción originaria solamente incluía al teletrabajo no sujeto al control del empresario[21]. El nuevo art. 13 ET está pensado

---

[16] ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo" en AAVV, obra cit. p. 871.

[17] SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda, "Apoyo al empleo estable y modalidades de contratación", en MONTOYA MELGAR, Alfredo; GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Comentario a la reforma laboral de 2012,* Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2012, p. 86.

[18] En general, sobre los precedentes del contrato de trabajo, OJEDA AVILÉS, Antonio, "La genealogía del contrato de trabajo", *REDT,* núm. 135, 2007. En LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, "Trabajo a distancia", en CRUZ VILLALÓN, Jesús; GARCÍA PERROTE, Ignacio; GOERLICH PESET, José María; MERCADER UGUINA, Jesús, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 166, con la modificación del artículo 13 ET el teletrabajo se ajusta al régimen jurídico previsto para el trabajo a distancia.

[19] En el C. 177 de la OIT se entiende por trabajo a domicilio "el trabajo que una persona realiza en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador, a cambio de una remuneración, con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello...".

[20] En el AMET se define el teletrabajo como una "forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información (…) en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular".

[21] El contrato de trabajo a domicilio se definía como aquél en que la prestación de la actividad laboral se realizaba en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste y sin vigilancia del empresario. La verdadera característica del trabajo a domicilio y, por lo tanto, del trabajo a distancia es que se realiza en un lugar distinto sin la vigilancia directa e inmediata del empresario, en DE LA VILLA GIL, L. Enrique; GARCÍA NINET, J. Ignacio. "Contrato de trabajo a domicilio"; en BORRAJO DACRUZ, Efrén, (dir.), *El estatuto de*

principalmente para un trabajo a distancia determinado: el teletrabajo a domicilio alternativo con la realización de la prestación de servicios en el centro de trabajo o empresa. Sin embargo, aunque no deja al margen a otras formas de teletrabajo, sí excluye al propio contrato de trabajo a domicilio, máxime cuando contempla el trabajo a distancia como modalidad contractual. Así, por ejemplo, a fin de posibilitar la movilidad y promoción profesional de los trabajadores a distancia, el art. 13 ET contempla entre las obligaciones del empresario la de informar a éstos de la existencia de puestos de trabajo vacantes para su desarrollo presencial en sus centros de trabajo[22]. Es obvio que se está pensando únicamente en el teletrabajo o en el trabajo telemático, y se olvidan de las tradicionales formas de prestación de servicios a distancia en el domicilio del trabajador, que difícilmente permiten la realización de esa prestación de servicios en una empresa o centro de trabajo[23]. Piénsese en la existencia de empresas con tantos «centros de trabajo» como domicilios en donde los trabajadores realicen la prestación de servicios. También en los lugares de trabajo de empresas deslocalizadas, por no mencionar aquellas otras contratas y subcontratas o formas de organización en un proceso de descentralización o deslocalización productiva[24]. O bien, por ejemplo, en la realización de ciertas actividades o funciones de ciertos puestos de trabajo propias de la industria de la confección, que ha sido la desencadenante de la consolidación del trabajo a domicilio como forma productiva[25].

Teniendo en cuenta estas consideraciones, entendemos que es más acertada la denominación de «contrato de trabajo a distancia» que la del «trabajo a distancia»[26]. El trabajo a distancia es una forma de organización del trabajo que se ha incluido como modalidad contractual en el capítulo I, Sección 4ª del ET. Y así, consideramos que la reforma es manifiestamente insuficiente porque además de no regular el teletrabajo con suficientes garantías como vamos a ver a continuación,

---

los trabajadores, Comentarios a las leyes laborales, Tomo III, Edersa, 1985, p. 130; SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo,* obra cit., p. 59.

[22] En la Proposición de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, con objeto de regular el teletrabajo, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, BOCG de 19 de noviembre de 2010, Serie B, núm. 285-1 entre las obligaciones del empresario se contemplaba que debía informar al trabajador sobre eventuales restricciones en el uso del los equipos de trabajo, en particular las herramientas informáticas y los servicios de comunicación.

[23] En sus orígenes el teletrabajo se identifica con el trabajo a domicilio, SÁNCHEZ RODAS, Cristina, "Telemática, teleworking, telecommuting", en RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, Miguel (coord.), *El empleador en el Derecho del Trabajo,* XVI Jornadas Universitarias Andaluzas del Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 76 y ss.

[24] Sobre el tipo de responsabilidad empresarial en materia salarial en los supuestos de contratas y subcontratas no amparadas por el ordenamiento laboral, GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, "La tutela de los trabajadores en supuestos de descentralización productiva no regulados por el ordenamiento laboral", *TS,* núm. 198, 2007, p. 48.

[25] DE LA VILLA GIL, L. Enrique, *El trabajo a domicilio,* Aranzadi, Pamplona, 1966, p. 34.

[26] En el término adoptado en la Proposición de Ley de apoyo a los emprendedores presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B núm. 325-1, de 15 de julio de 2011. En esta Proposición dicen regular el teletrabajo acometiendo la reforma del contrato de trabajo a domicilio por el contrato de trabajo a distancia.

deja al contrato de trabajo a domicilio tradicional falto de regulación estricta. Tal y como queda la redacción aportada por la reforma del art. 13 ET, ésta parece pensada para una forma moderna de organización del trabajo, sin contar con aquella otra propia del trabajo tradicional, sobre todo porque el trabajo a distancia no es una modalidad contractual, sino una forma de organización de la actividad productiva empresarial. En este sentido, nos preguntamos por qué el legislador realiza una reforma del art. 13 ET tan desafortunada, adoptando la denominación del trabajo a distancia -y no la del contrato de trabajo a distancia- dentro de las modalidades contractuales, y mencionando el teletrabajo en la Exposición de Motivos. Se pretende contemplar el teletrabajo dentro del trabajo a distancia como forma de organización del trabajo y como modalidad contractual[27]. De todos son conocidas las ventajas del teletrabajo para el trabajador, como pueden ser una mayor flexibilidad en la determinación de la jornada de trabajo laboral, un aumento de libertad, tanto profesional como personal, una reducción de los desplazamientos y una mejora en la conciliación de la vida laboral y familiar[28]. Se ha llegado a afirmar que el teletrabajo representa una oportunidad inmejorable para los colectivos de difícil inserción laboral, tales como las personas con discapacidad[29]. No obstante, puede ser una "trampa" para el trabajador y para esos colectivos, en el sentido de que se convierta en un recurso que pueda repercutir negativamente en los derechos de los trabajadores si no se dota de las suficientes garantías que, hoy por hoy, no existen con la actual regulación[30]. Consciente de esta deficiencia normativa, el Ejecutivo se ha comprometido al desarrollo del teletrabajo y a adoptar las medidas necesarias para favorecer la conciliación de vida personal, familiar y laboral en el área del empleo[31]. No obstante, no creemos que la vía más adecuada sea la reforma planteada en el art. 13 del ET, sino más bien una Ley sobre el teletrabajo que recoja sus peculiaridades y la protección de los derechos de los teletrabajadores con garantías, como hemos mantenido en diversas ocasiones[32].

---

[27] Véanse las justificaciones de las enmiendas presentadas al Proyecto de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (procedente del Real Decreto-ley 372012, de 10 de febrero, BOCG, Serie A, 27 abril de 2012, núm. 4-6: Enmienda núm. 40, firmante Joan Tardà i Coma (Grupo Parlamentario Mixto); Enmienda núm. 128, firmante Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La izquierda Plural; Enmienda núm. 493, firmante Grupo Parlamentario Socialista. Así como también, en alguna medida, la Enmienda núm. 307, Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia.

[28] MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo", *AS,* núm. 11, 1998, p. 54.

[29] Ventajas recogidas en la Proposición de ley de modificación del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, con objeto de regular el teletrabajo, (BOCG, Serie B, 19 de noviembre, núm. 285-1).

[30] SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena, *El contenido de la relación laboral,* obra cit., p. 189. En contra, SERRANO GARCÍA, Juana Mª, "El teletrabajo parcial como instrumento para la conciliación en la negociación colectiva", *RDS,* núm. 45, p. 211.

[31] Compromiso adquirido por la Ministra de Empleo y Seguridad Social ante la Comisión de Empleo y Seguridad Social. Comparecencia a petición del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió). Número de expediente 213/000093), BOCD, Diario de Sesiones, 2012, X Legislatura, 7 de febrero de 2012, núm. 37.

[32] SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo,* obra cit., p. 63; También en "Teletrabajo: una aproximación al concepto y regulación jurídico-laboral", en AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo,* X Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid, 2000, p. 889.

4. LA NUEVA MODALIDAD DE CONTRATO DE TRABAJO: ¿TRABAJO A DISTANCIA?

El trabajo a distancia, o mejor dicho el contrato de trabajo a distancia, es aquél en que la prestación de la actividad laboral se realiza de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de la empresa. El legislador ha optado por una denominación amplia que presenta varias cuestiones que entendemos pueden ser conflictivas. En primer lugar, en relación con la pretensión del legislador de concretar cuándo estamos ante una actividad propiamente a distancia, utilizando un término indeterminado que debemos precisar: el de "preponderante". Y, en segundo lugar, en relación con el lugar de realización de esa actividad preponderante, es decir, el domicilio u otro lugar libremente elegido. En relación con la primera cuestión debemos tener en cuenta que la preponderancia hace referencia a algo «que prevalece o tiene cualquier tipo de superioridad respecto a aquello con lo cual se compara»[33]. Esto significa que debemos cuantificar la actividad no presencial y compararla con la actividad presencial, para observar si la primera es superior respecto a la segunda. En este sentido, la doctrina laboralista acuñó este término para referirse a todo tipo de actividad no presencial realizada en un 20% o más del tiempo ordinario de trabajo para referirse a uno de los rasgos caracterizadores del teletrabajo y común al trabajo a domicilio: el trabajo a distancia[34]. Hacemos referencia al teletrabajo, y no al trabajo a distancia, porque la exigibilidad del carácter preponderante de la actividad a distancia es un requisito que se trató sobre todo con respecto a esa forma peculiar de la organización de la actividad productiva. En la tramitación parlamentaria de la Ley 3/2012 se señala que «se considerará preponderante aquel trabajo que se realice, en un 20% o más del tiempo ordinario de trabajo, fuera de las instalaciones de la empresa[35]. Esta opción se retoma para darle al artículo 13 la nueva denominación, pero distinguiendo el contrato de trabajo a domicilio del teletrabajo. «Artículo 13. Trabajo a distancia: Contrato de trabajo a domicilio y Teletrabajo». Así, el primero conserva la anterior definición pero incorporando la modificación del C. 177 de la OIT sobre el trabajo a domicilio: «sin la vigilancia del empresario», y el segundo se refiere -con buen criterio- al teletrabajo como una forma de organización o realización del trabajo. Con ello se pretende dotar al teletrabajo de una definición legal, pero consideramos que con un grave error en el sentido de que el art. 13 ET contempla las modalidades del contrato de trabajo, por lo que creemos que deberían haber optado por la conceptualización del contrato de trabajo a distancia

---

[33] Diccionario de la Real Academia Española, <www.rae.es/drae/?val=preponderante>.

[34] CAMPODALL´Orto, Sergio; GORI, Máximo, "Telelavoro e flessibilitá: due sinonimi nell´odierna società dell'informazione, VACCÁ, Cesare (a cura di), *Regole giuridiche ed evoluzione tecnologica,* Edizioni giuridiche economiche aziendali dell´universitá Bocconi e giuffré editore, Milano, 1999, p. 316.

[35] Enmienda núm. 1, firmante Joan Tardà i Coma (Grupo Parlamentario Mixto), BOCG, Serie A, 27 de abril de 2012, núm. 4-6.

telemático, y un posterior desarrollo con todas las garantías legales[36]. El trabajo a distancia es un rasgo del teletrabajo que no supone novedad en el Derecho del Trabajo[37], ya que el teletrabajador no realiza la prestación de servicios acordada en el lugar típico de referencia o en los habituales espacios de la empresa[38].

En segundo lugar, otra cuestión que entendemos podría ser conflictiva puede estar relacionada con el lugar atípico donde desarrolla el trabajador a distancia la prestación de servicios, como puede ser el domicilio o, en su caso, otro lugar cualquiera que sea libremente elegido por el trabajador[39]. Por ejemplo, cuando el trabajo a distancia se lleva a cabo mediante el teletrabajo, el lugar de realización es importante porque va a determinar la modalidad de teletrabajo (teletrabajo a domicilio, en telecentro, itinerante o móvil), por lo que no cabe identificar el teletrabajo sólo con el trabajo a distancia, sino con el lugar "atípico" concreto. En este sentido, no se debe confundir con otras actividades como, por ejemplo, telemarketing, teleservicios o televenta que son realizadas con las nuevas herramientas de la información y telecomunicación pero en sedes empresariales, y en las que la prestación de servicios se ejecuta a distancia pero con respecto al cliente y no al empleador[40]. El contrato de trabajo a domicilio era un contrato que se caracterizaba por la realización de la actividad laboral en el domicilio del trabajador, o en el lugar libremente elegido por éste, y sin la vigilancia del empresario. Con ello la normativa concretaba un lugar atípico, el domicilio, y aquellos otros «indeterminados» pero que fueran libremente elegidos por el trabajador y que, por lo tanto, impedían la vigilancia realizada directamente por el empleador cuando la prestación de la actividad laboral se llevaba a cabo en un centro de trabajo o empresa. La reforma ha omitido este último requisito porque este tipo de contrato de trabajo se puede llevar a cabo con una vigilancia no sólo directa sino también más intensa mediante las tecnologías de la información y comunicación[41]como, por ejemplo, algunas manifestaciones del teletrabajo on-line[42]. Esta es una característica esencial, porque estamos hablando de un lugar de trabajo que no puede ser "impuesto", dado que los poderes de dirección no pueden ser ejercitados en un lugar que goza del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio

---

[36] Véanse la enmienda núm. 40, firmante Joan Tardà i Coma (Grupo Parlamentario Mixto), BOCG, Serie A, de 27 de abril de 2012, núm. 4-6. En parecidos términos la Enmienda núm. 76, firmante Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La izquierda Plural. En cambio, la enmienda núm. 7, firmante Grupo Parlamentario Socialista, realizando esta distinción entre el contrato de trabajo a distancia y el teletrabajo no entra a valorar si este último es una forma de organización del trabajo, sino que pasa directamente al tratamiento de la consideración del teletrabajo como actividad laboral preponderante fuera del centro de trabajo.

[37] DE LA VILLA GIL, L. Enrique, "La condición legal del teletrabajador, en AAVV, *Trabajar en la sociedad de la información. El teletrabajo: problema o solución, cómo contratarlo,* Colección Fórum Universidad-Empresa, Madrid, 1999, p. 190.

[38] PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, Francisco; THIBAULT ARANDA, Javier, *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico-laboral,* MTAS, Madrid, 2001, p. 19.

[39] Sobre las actividades donde se teletrabaja vid. RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, Miguel C., *Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva,* MTAS, Madrid, 2001.

[40] RIVERO LAMAS, Juan, "El teletrabajo en España: un nuevo yacimiento de empleo en los sectores público y privado", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2001, Monografía (IV), p. 310.

[41] THIBAULT ARANDA, Javier, *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral,* obra cit., p. 44 y ss.

[42] Vid. STSJ de Madrid 39 de septiembre de 1999 (Rec 2938/1999).

(art. 19.2 CE), y el ámbito de actuación de los poderes de dirección no se extiende a estos lugares cuando esté en juego el anterior derecho constitucional (art. 38 CE y 20 ET)[43]. El Derecho del Trabajo es un instrumento de equilibrio entre derechos de los trabajadores y poder de dirección del empresario en el sistema de libre empresa[44]. Es conocida la STS de 11 de abril de 2005 (RJ 2005\4060) que declaró la imposibilidad de imponer el teletrabajo a domicilio, ni por la vía del art. 41 del ET ni por acuerdo colectivo. Es cierto que no es posible imponer el domicilio del trabajador como lugar de trabajo ni siquiera por la vía del acuerdo colectivo porque, entre otros motivos, estamos ante una novación contractual que necesita el consentimiento del trabajador. No obstante, nos planteamos si por la vía del art. 41 del ET, sobre todo con su nueva redacción (Ley 3/2012), es posible que el empresario pueda imponer la realización de la actividad laboral en otro lugar, siempre que no sea el domicilio y, por lo tanto, no sea necesaria la conformidad del trabajador para trabajar en otro lugar que no sea el propio centro de trabajo o empresa distinto al domicilio en su acepción más amplia[45]. Consideramos que si el empresario tiene probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción puede proceder por la vía de art. 41.1 del ET y modificar esta condición, de modo que los trabajadores pasen a realizar la prestación de servicios en telecentros o centros de trabajo compartido o cualquier otro que no sea el propio domicilio[46]. Se trata de que alegue razones que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. Obviamente estamos hablando de una condición de trabajo sustancial que no viene expresamente mencionada, pero que cabe incluir entre la lista abierta del art. 41 ET[47]. La STS de 11 de abril de 2005 (RJ 2005/40/60) corrobora esta idea desde el momento que admitió que el entonces contrato de trabajo a domicilio y el teletrabajo no eran "conceptos coincidentes, porque el teletrabajo puede prestarse en lugar no elegido por el trabajador y distinto de su domicilio". En definitiva, si bien es cierto que el trabajo a domicilio es probablemente la modalidad de trabajo a distancia con mayor potencial de crecimiento no debemos olvidar que, independientemente de las personas que trabajan por cuenta propia, existen también trabajadores móviles que no trabajan en sus casas, sino en otros lugares de diversa índole (telecentros, locales de

---

[43] SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, obra cit., pp. 297 a 370.

[44] MONTOYA MELGAR, Alfredo, "Libertad de empresa y poder de dirección del empresario", en PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, Francisco (dir.). *Libertad de empresa y relaciones laborales en España,* Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, p. 147 a 154; OJEDA AVILÉS, Antonio, "Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa", *RDS,* núm. 35, 2006, pp. 29 y 30.

[45] SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo,* obra cit., pp. 86 y 87; LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, "Trabajo a distancia", obra cit., p. 91.

[46] SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo,* obra cit. pp. 36 y 37. En cambio para LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, "Trabajo a distancia", obra cit., p. 168, "la única vía de concertación del contrato a domicilio será el acuerdo con el trabajador".

[47] En contra, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda, "Apoyo al empleo estable y modalidad de contratación", obra cit. p. 93, señala que cuando hay un trabajo presencial precedente no es posible, por la vía del acuerdo previsto en el párrafo 2º del art. 13 ET, excluir que se pueda imponer por el empresario o que éste acuda al procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET); no es un cambio de lugar de la prestación (como condición de trabajo) ni del sistema de organización sino un cambio de la modalidad contractual, pasando de contrato de trabajo ordinario o común a uno a distancia.

los clientes, hoteles) y, por lo tanto, habrá que atender al concepto de domicilio en su acepción amplia[48]. Debemos recordar que con la nueva redacción del art. 13 ET los trabajadores pueden estar sujetos a un contrato de trabajo ordinario o al contrato de trabajo a distancia. Todo ello en función de cómo se manifieste el trabajo a distancia y, en este caso, el carácter alternativo de la actividad a distancia.

5. EL CARÁCTER ALTERNATIVO DE LA REALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD A DISTANCIA Y EL PODER DE CONTROL Y VIGILANCIA DEL EMPLEADOR

Cuando el legislador habla de realización de actividad preponderante está admitiendo que es posible compatibilizar la prestación de servicios a distancia con la presencia en el centro de trabajo. El trabajo presencial y el trabajo a distancia pueden combinarse como formas de prestación del servicio que el trabajador asume preponderantemente, y no de forma exclusiva[49]. Cabe el trabajo a distancia mixto, como por ejemplo el realizado en el domicilio del trabajador y en el local de la empresa[50], que se inserta en el proceso productivo de la empresa cuando la actividad carece de estructura empresarial, los materiales los facilita la empresa y el precio del resultado del trabajo lo estipula también la empresa[51]. No obstante, consideramos que el trabajo a distancia también se puede manifestar en su estado puro, como algunos tipos de teletrabajo móvil o itinerante. El requisito de la preponderancia se exige cuando el trabajo a distancia se alterna con la actividad presencial, y por lo tanto el legislador deja la puerta abierta a este tipo de manifestación del trabajo a distancia sin alternancia compartida. Piénsese en la gran cantidad de empresas virtuales cuyo espacio físico únicamente responde a obtener la razón social a efectos del cumplimiento de las obligaciones fiscales, administrativas o mercantiles. O en las empresas que han llevado a cabo la desaparición de sedes o centros de trabajo determinados en un proceso de reestructuración empresarial destinada a abaratar costes, y que pueden conllevar un cambio en la organización del trabajo presencial, siempre que la adaptación no suponga perjuicio en la formación profesional o menoscabo de la dignidad del trabajador[52] . En def-

---

[48] Sobre el mismo SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, obra cit., pp. 68 y 69; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda, "Apoyo al empleo estable y modalidad de contratación", obra cit., p. 90.

[49] López Balaguer, M., (2012), "Trabajo a distancia", en AAVV, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores,* Lex Nova, Valladolid, p. 165.

[50] STSJ Castilla y León de 29 de octubre de 1992, (AS 1992\4790).

[51] [STSJ C. Valenciana 12 de abril de 2011, (AS 2011\260667)].

[52] STSJ Cataluña de 8 de enero de 2003 (JUR 2003\54294). El Real Decreto 3/2012 suprimió la referencia al menoscabo de la dignidad profesional del trabajador. En general SSTSJ Extremadura de 26 de octubre 2010, Rec. 438/2010; Cantabria de 28 de febrero 2003, Rec. 128/2003; País Vasco 28 de septiembre de 2010, Rec. 1680/2010 y 10 de febrero de 2009, Rec. 2998/2008, Cantabria 15 de enero de 2002, REc. 1/2002; Andalucía (Granada) 7 de enero de 2010, Rec. 2391/2009; Cantabria 30 de octubre de 2002, REc. 1071/2002; Principado de Asturias de 12 de junio de 2009, Rec. 816/2009. No obstante, la reforma de 2012 ha suprimido entre las causas justificativas de la resolución causal a instancias del trabajador la modificación de condiciones de trabajo que

initiva, la alternancia conlleva cambio de un lugar de trabajo típico o presencial a otro atípico y a distancia[53].

En estos casos, el trabajo a distancia está sujeto a una relación laboral donde el empresario ejerce un poder de vigilancia y control conforme a las características y peculiaridades del trabajo a distancia. En general, el trabajo a distancia no altera la naturaleza de los poderes de dirección, sino en todo caso su forma de manifestación[54]. En el teletrabajo, la peculiaridad del poder empresarial radica, por ejemplo, en la posibilidad de transmitir órdenes por vía informática atendiendo a la modalidad de conexión (interactiva o no). En este sentido, consideramos que los cambios organizativos no afectan al contenido o naturaleza del poder de dirección, ni suponen la aparición de unas características distintas a las propias de una relación laboral presencial, sino que en realidad afectan al modelo de relaciones laborales en el lugar de trabajo, donde puede quedar potenciado el papel de la autonomía individual. Este nuevo papel se ve reforzado formalmente mediante la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo[55]. Estamos por tanto lejos de la defensa doctrinal de alcanzar un reequilibrio de los poderes colectivos en el seno de las organizaciones productivas, reforzando el papel gestional de los convenios y acuerdos colectivos para tratar materias que originariamente correspondían al empresario[56]. La flexibilidad en las relaciones laborales permite un amplio margen de disponibilidad empresarial y un reforzamiento de los poderes de dirección. Esto supone la adaptación del Derecho del Trabajo a los instrumentos de protección del trabajador y la aproximación a la lógica contractual. En este sentido el contrato pasa a configurarse como el instrumento de limitación de los poderes del empresario junto con el papel de la buena fe en el contrato de trabajo[57].

---

provocaba un perjuicio de la formación profesional del trabajador. Cambio que no afecta a las causas justificativas de resolución contractual sino más bien a la cuantía indemnizatoria, en el sentido de que no cabe obtener la cuantía correspondiente a los despidos improcedentes (33 días), sino exclusivamente la cuantía para la resolución prevista en el art. 41 ET (20 días con un tope de 9 meses), en CRUZ VILLALÓN, Jesús "Los cambios en materia de extinciones individuales en la reforma laboral de 2012", *RL,* núm. 23, La Ley 18636/2012.

[53] Véanse, por ejemplo, las STSJ del País Vasco de 1 de diciembre de 2009 (AS 2010\904) y Cataluña de 21 de diciembre de 2004 (AS 2005\55).

[54] SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, obra cit., p. 299.

[55] Véase el poder reconocido al empresario para modificar condiciones sustanciales de trabajo, incluso establecidas en convenio colectivo alegando causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en CASAS BAAMONDE, María Emilia RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel, "Las reformas de la reforma laboral de 2012", *RL,* núm. 15-18, La Ley 16451/2012, p. 4.

[56] MONEREO PÉREZ, José Luis; MORENO VIDA, Mª Nieves, *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 203 y 211. En general, un estudio sobre la negociación colectiva del teletrabajo en CALVO GALLEGO, Javier, "Negociación colectiva y nuevas actividades y sectores emergentes", en AAVV., *Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva,* XIV Jornadas de estudios sobre la negociación colectiva, Madrid 13 y 14 de junio de 2001, MTAS, Madrid, 2002.

[57] RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, "Poder de dirección y derecho contractual", en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (coord.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas,* La Ley, Madrid, 2005, p. 17.

No obstante lo anterior el poder de dirección, y en concreto el poder de vigilancia de la actividad a distancia, no es absoluto ni arbitrario sino que está sometido a límites[58]. Y, por lo tanto, el control telemático puede suponer un ataque a los derechos fundamentales del trabajador. Piénsese en la memorización y registro de las operaciones informáticas como medio de control empresarial del trabajo, en el momento en que afecte a la dignidad de la persona y a su intimidad[59]. Desde esta vertiente el poder de control empresarial tiene diversas manifestaciones, y aunque el art. 20.3 ET faculta al empresario para que "adopte las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control" de la actividad laboral, es necesaria la fiscalización y revisión por parte de los tribunales de justicia mediante el establecimiento de unos límites. El TC declaró que el contrato de trabajo no puede considerarse como titulo legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde esta condición por quedar inserto en el ámbito de organización productiva (STC 88/1985, de 19 de julio). Ahora bien, la ausencia de criterios legales que sirvan para identificar como legítimos los límites a los derechos fundamentales del trabajador, y a las exigencias del empresario, se ha cubierto con la aportación de un criterio basado en el principio de proporcionalidad[60]. Este principio atiende a la dimensión negativa del derecho a la intimidad del trabajador y, concretamente, en lo que afecta al trabajo a distancia telemático, no cubre la vertiente positiva del derecho a la intimidad (libertad informática o derecho de autodeterminación informativa con fundamento en el art.18.4 CE)[61]. La autodeterminación informativa es un derecho fundamental que garantiza a la persona un poder de control y de disposición sobre sus datos personales, que supone el derecho a ser informado sobre quien posee dichos datos y con qué finalidad, así como el derecho a oponerse a esa posesión y uso exigiendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de tales datos (STC 290/2000). Por otro lado, la actuación del empleador no debe suponer interferencias en la vida extralaboral del trabajador o violaciones de su dignidad[62]. La buena fe en el ejercicio del poder de control empresarial se manifiesta en el trabajo a distancia mediante la información al trabajador, y la consulta con los representantes de los trabajadores, de cualquier tipo de sistema de control a distancia que se instale, porque sobre el empresario pesa el deber de garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores y la obligación de respetarlos sin menoscabo de los

---

[58] SSTC 57/1994, de 28 de febrero y 143/1994, de 9 de mayo.

[59] APARICIO TOVAR, Joaquín; BAYLOS GRAU, Antonio, *Autoridad y democracia en la empresa,* Trotta, Madrid, 1992, pp. 31 y 32.

[60] Sobre la difícil traslación del principio de proporcionalidad a la solución de los conflictos entre derechos fundamentales y poderes empresariales, SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, "Derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales (1), *RL,* núm. 21, 2012, La Ley 17928/2012, pp. 5 a 12.

[61] FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª Fernanda, "La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo", en CASAS BAAMONDE, Mª Emilia; DURÁN LÓPEZ, Federico; CRUZ VILLALÓN, Jesús (coords.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer,* La Ley, Madrid, 2006, p. 622.

[62] FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis A., *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral,* Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 177 y 178.

mismos[63]. En definitiva, dado que el control a distancia mediante las herramientas telemáticas permite el almacenamiento y tratamiento de datos que se obtienen mediante los controles informáticos de la actividad laboral, entendemos que para determinar los límites del poder de vigilancia y control empresarial, la vía más adecuada es la normativa de protección de datos y, en concreto, la aplicación de una serie de principios, como los de legitimidad, proporcionalidad, información previa y finalidad compatible (LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, LOPD)[64]. En definitiva, la alternancia de la actividad a distancia supone que el poder de control empresarial se materialice singularmente en lugares externos al de la propia sede o centro de trabajo empresarial, y a los que el Derecho del Trabajo se extiende por tratarse de una prestación de trabajo subordinada en su acepción más amplia[65].

6. CONCLUSIONES

La reforma laboral de 2012 ha llevado a cabo una regulación del art. 13 ET que, en nuestra opinión, debería haberse realizado en los términos recogidos en el C. 177 de la OIT[66]. No obstante, la regulación del contrato de trabajo a domicilio no ha sido cubierta por la nueva regulación del trabajo a distancia. De la mención al teletrabajo en la Exposición de Motivos no cabe interpretar que estamos ante una regulación de esta forma de trabajo porque, entre otros motivos, no podemos identificar en todos los casos el trabajo a distancia con el teletrabajo, ya que ni todo trabajo a distancia es teletrabajo, ni todo teletrabajo es trabajo a domicilio. En este aspecto, los estudios que venimos realizando en materia de teletrabajo y, en general, sobre el trabajo a distancia, nos reafirman en la opinión de que es necesaria una regulación específica del teletrabajo, de rango estatal, y una regulación del contrato de trabajo a distancia que incluya al anterior contrato de trabajo a domicilio, para que por fin podamos hablar de un moderno Derecho del Trabajo con respecto al trabajo a distancia.

---

[63] GARCÍA VIÑA, Jordi, *La buena fe en el contrato de trabajo: especial referencia a la figura del trabajador,* CES, Madrid, 2001, p. 290.

[64] También debemos atender a las prescripciones de la LO 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (LORTAD).

[65] En general, sobre el nuevo marco del conflicto en la empresa virtual OJEDA AVILÉS, Antonio, *La deconstrucción del Derecho del Trabajo,* La ley, Madrid, 2012, pp. 430 a 472.

[66] Art. 1 "A los efectos del presente Convenio: a) la expresión trabajo a domicilio significa el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza: i) en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador; ii) a cambio de una remuneración; iii) con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador (…).

REFORMA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ¿HACIA DONDE VAMOS?

Antonio Costa Reyes
Profesor Doctor Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: PROPÓSITOS Y DESPROPÓSITOS
2. BREVES APUNTES SOBRE LOS ASPECTOS REFORMADOS
3. ¿*QUO VADIS* NEGOCIACIÓN COLECTIVA?

1. INTRODUCCIÓN: PROPÓSITOS Y DESPROPÓSITOS

Como ha venido subrayándose, las reformas laborales con incidencia en materia de Derecho colectivo desarrolladas durante los últimos años (particularmente, RD-L 10/2010y la posterior L. 35/2010; RD-L 7/2011, y RD-L 3/2012 y posterior L. 3/2012), mantienen entre ellas una línea de continuidad o conexión (SANGÜINETTI)[1], si bien ello no excluye que en el caso de la operada por el L. 3/2012 suponga a su vez una enmienda a las anteriores basándose en que las mismas no han conseguido lo pretendido (*vid*. EMM IV).

Esta línea de continuidad se manifiesta no sólo en cuanto a los objetivos se pretenden, sino también y en gran medida, tanto en el diagnóstico como en las justificaciones o exigencias generales que dichas normas utilizan para imponer tales cambios[2]. Respecto a los objetivos a los que sirven, se señala expresamente y una vez más, el reducir el desempleo (o más acertadamente, en 2012, crear "las condiciones necesarias para que la economía española pueda volver a crear empleo)", incrementar la productividad y mejorar la competitividad de las empresas (EMM L. 35/2010, RD-L 7/2011 y L. 3/2012), todo lo cual se consigue a través de mayores dosis de flexibilidad ("el objetivo es la flexiseguridad", EMM L.3/2012). Sobre la justificación última, la norma señala que responde en gran medida a exigencias externas altamente consensuadas: una reforma de envergadura –particularmente de la negociación colectiva– "debe servir para seguir consolidando la confianza externa (…) en la economía española" (EMM RD-L 7/2011), ya que "continúa siendo reclamada por todas las instituciones económicas mundiales y europeas que han analizado nuestra situación (y) por los mercados internacionales" (EMM I L 3/2012). Este aspecto nos parece importante subrayarlo, pues en nuestra opinión, la forma y modelo de reformas que se operan en nuestro marco laboral responde sobre todo y en primer término no a los objetivos que (en materia de empleo o de mejora del sistema negocial) se señalan expresamente, sino más bien a las imposiciones que desde esas instancias externas (los llamados *mercados* o la propia UE[3]), que reclaman de manera incesante proseguir en la reforma global, en este caso, de nuestro modelo negocial, con el objetivo de que la negociación colectiva sirva para aumentar las posibilidades de flexibilidad para la empresa (nivel prioritario en todo caso) o de que

---

[1] "¿Cuándo se jodió el Derecho del Trabajo? (A propósito de la reciente reforma laboral española)"; (en http://www.mintra.gob.pe/boletin/documentos/boletin_15/doc_boletin_15_01.pdf). Igualmente, NAVARRO NIETO, F., "La reforma del marco normativo de la negociación colectiva"; Ponencia en el **XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Donosti, 17 y 18 de mayo de 2012.**

Resulta particularmente criticable la normalización del uso del RD-L para proceder en materia laboral, GOERLICH PESET, J.M., "El Real Decreto-Ley 3/2012: aproximación general"; en AAVV, La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012; Tirant lo Blanch, 2012, págs. 11 y 12.

[2] RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto-Ley 3/2012"; Diario La Ley, Nº 7833, 2012.

[3] Vid. al respecto las conclusiones respecto de nuestro país de la Cumbre Europea de 23 y 24 de junio de 2011. Sobre la relevancia de la presión de ambos elementos, MONTOYA MELGAR, A., "La reforma laboral de 2012: los fines y los medios"; en AA.VV. (MONTOYA MELGAR/GARCÍA MURICA, Dir.) Comentario a la reforma laboral de 2012; Civitas/Thomson Reuters, 2012, pág. 9.

los salarios se conecten exclusiva o especialmente con la productividad (y no con el incremento del coste de la vida –IPC–)[4].

En cuanto al diagnóstico respecto a la situación del mercado laboral español, si bien en un primer momento las normas laborales reformadoras señaladas consideraban que los problemas de empleo en nuestro país derivaban sobre todo de nuestra estructura productiva y en algunas particularidades estructurales de (la regulación de) nuestro mercado laboral; finalmente se ha terminado concluyendo que esos problemas lo que evidencian es la "insostenibilidad" de nuestro modelo laboral (marco regulador), y en particular, de negociación colectiva. Sobre ésta, y en aras a concluir la necesidad de una reforma radical de la misma, se califica de obsoleta y alejada así de las necesidades del ámbito empresarial (algunos autores llegan a afirmar que es propia de la época *franquista*[5]), y por ende, responsable en gran medida de la falta de un mínimo u óptimo nivel de flexibilidad que necesita nuestro mercado de trabajo para no destruir empleo o reducir la segmentación existente (EMM L 3/2012).

En nuestra opinión, esta conclusión es a todas luces una simplicidad o en todo caso, parece carecer de unos mínimos criterios de objetividad[6], y por ello parecen responder a una idea preconcebida: hacer de la normativa laboral (y a la negociación colectiva en particular) el culpable último de los problemas señalados[7]. Con ello,

---

[4] Pese a que otra cosa pudiera deducirse del texto normativo, debe subrayarse que en nuestro país, "salvo raras excepciones, el crecimiento de los salarios brutos percibidos por los trabajadores en términos reales en la última década ha sido inferior al crecimiento de la productividad por ocupado (…)"; PÉREZ INFANTE, J.I., "La negociación colectiva y los salarios en España: un análisis económico agregado"; Cuadernos de Relaciones Laborales, Vol. 29, 2011-2, pág. 301.

Con todo, la pretensión es que la fijación de salarial vaya perdiendo su consideración político social, esto es, como valor del medio de vida fundamental de la mayoría de la población trabajadora, de manera que responda exclusivamente o al menos de manera preferente, a su vertiente coste de producción (y también macroeconómica –aunque sin incluir si quiera aquí tampoco su papel en la demanda y por ende en el crecimiento, como recuerdan BHADURI/ MARGLIN, "Unemployment and the real wage: theeconomicbasisforcontestingpoliticalideologies", Cambridge Journal of Economics,nº14,1990, págs. 375–393).

Adviértase los efectos, en términos de workingpoors, que este fenómeno lleva parejo, ya que es más que posible que en ocasiones el equilibrio oferta-demanda se encuentro por debajo de la exigida suficiencia salarial (art. 35 CE) o incluso de los mínimos vitales. Sobre el desarrollo de este fenómeno desde los años '80; BECK, U., Un nuevo mundo feliz; Paidós, 2000, pág. 94, y su relación con la pérdida del papel normativo la negociación colectiva en esta materia y por ende, en su función socio-política, vid., LUCIFORA, C., "WorkingPoors? An Analysis of Low Wage Employment in Italy"; 1997 (en www.feem.it/userfiles/attach/Publication/NDL1997/NDL1997-093.pdf)

[5] Criticando este argumento per se para justificar la reforma de la negociación colectiva, GOERLICH PESET, J.M., "La reforma de la Negociación Colectiva: procedimiento negociador y eficacia de los convenios", en AAVV, La reforma del sistema de negociación colectiva y el análisis de las cláusulas de revisión salarial; MTI, 2008, pág. 93.

[6] "Muchos de los análisis que ofrece la literatura internacional sobre los efectos macroeconómicos de los diferentes modelos nacionales de negociación colectiva adolecen de una definición heterogénea, con diferentes elementos, del concepto de centralización de la negociación, así como de formas dispares de estimación del parámetro que represente el concepto; habitualmente está definido en una escala ordinal, basándose en muchas apreciaciones subjetivas, interpretativas de la regulación específica, no apoyándose en definiciones previas de sus componentes, susceptibles de cuantificación"; AA.VV. (SANTOS RUESGA, Coord.), Análisis económico de la negociación colectiva; CCNCC-MTI, 2010, pág. 185.

[7] PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., "La versión política 2012 de la reforma laboral permanente. La afectación del equilibrio del modelo laboral"; en AA.VV. (García-Perrote/Mercader, Direc.) Reforma Laboral 2012; Lex Nova, 2012, pág. 37. En línea con el criticado planteamiento que pretende conectar creación de empleo y norma laboral, en extenso, LYON-CAEN, G., "¿Derecho del Trabajo o Derecho del Empleo?", en AA.VV.,

además, se pretende ocultar tanto el papel esencial que en la actual situación tienen otros responsables (mercado económico, empresas –y su escasa inversión en innovación–, la banca y la falta de financiación o crédito, etc.), como otros ámbitos de actuación donde debe incidirse (modelo productivo, sistema financiero, etc.)[8].

En resumen, se concluye, estas reformas son necesarias debido a que la crisis lo que ha evidenciado es que nuestro modelo laboral (regulación) es insostenible y por ende y en gran medida, causante de la situación de desempleo, la cual, reiteramos, precisa encauzarse a través de un cambio profundo de nuestro marco legal.

Sin embargo, debe señalarse que, pese a tales afirmaciones, la realidad es tozuda y expresa a las claras que los problemas de desempleo dependen sobre todo de aspectos que tienen que ver más con el modelo productivo y las políticas macroeconómicas que con la regulación laboral[9]. En este sentido, y en relación a nuestro país, como recuerda BAYLOS GRAU, tal afirmación "(…) no resiste la comparación histórica con los ciclos de creación y destrucción de empleo en nuestro país, ni puede explicar las diferencias abismales entre las distintas regiones españolas en razón del nivel de empleo correspondiente" (*v.gr*., País Vasco *vs* Andalucía, por ejemplo)[10]. Y al respecto no debe pasar por alto que en este aluvión de continuas reformas para alcanzar los objetivos que se marcan y nunca se consiguen "está el reconocimiento mismo de su fracaso (…), al tiempo que asienta un modelo económico de baja productividad" (CASAS BAAMONDE)[11].

Por concluir esta introducción, queremos subrayar las trascendencia que todo ello implica[12], pues en gran medida viene a querer simplificar el problema para con ello mutar el modelo de manera que los problemas no derivan del sistema de

---

Evolución del Pensamiento Juslaboralista. Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata, 1997, págs. 269 y 270.

[8] Cierto es, como señalábamos más arriba, que la reforma 2012 afirma no que la reforma legal de la normativa laboral permita crear empleo, sino que con ella se pretende crear las condiciones para ello, pero creemos que, por lo que señalamos a lo largo del texto y se infiere de otros apartados de la reforma así como de lo que precisamos en el párrafo siguiente, nada hace pensar que el legislador considere que para dicha creación la reforma laboral sea algo secundario o complementario (como parce inferir de aquella expresión MONTOYA MELGAR, A., "La reforma laboral de 2012…"; cit., pág. 13), sino más bien el central en este aspecto.

En este sentido nos parece revelador de lo que tratamos de señalar el contraste que en este aspecto existe entre la culpabilización y la dureza con la que la E.MM. L. 3/2012 se refiere al marco laboral como responsable principal de los problemas que nos afectan en términos de desempleo, falta de competitividad de las empresas, etc.; y la nula crítica que al respecto se hace al sistema bancario en el RD-L 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero, que son referidos no como responsables de la situación, sino como víctimas de la misma.

[9] GOERLICH PESET, J.M., "El Real Decreto-Ley 3/2012: aproximación general", cit., pág. 42.

Recuérdese que la OCDE (Employment Outlook, 2006, pág. 212) concluyó que "de nuestros análisis de los países de la OCDE podemos afirmar que el impacto de las medidas proteccionistas de empleo es estadísticamente insignificante para explicar el nivel de desempleo en un país de la OCDE".

[10] "Tiempos Difíciles (II) para el Derecho del Trabajo" (07/02/2012) (en http://baylos.blogspot.com.es/2012/02/tiempos-dificiles-ii-para-el-derecho.html).

[11] Discurso de investidura como Doctora Honoris Causa, Universidad Carlos III, enero de 2012. Sobre ese carácter fallido de las reformas, expresamente, EMM L. 35/2012.

[12] MOLINA NAVARETE, C., "La decretada reforma de la negociación colectiva: ¿el último «botín» de los mercaderes del templo?"; REF-DTSS, 340/2011, págs. 13 y 14.

relaciones laborales (cuya configuración depende en última instancia de la complejidad y diversidad de intereses, sujetos y elementos que lo componen, y por tanto, con múltiples "culpables" o "responsables"),sino simplemente del mal funcionamiento del mercado (de trabajo), y en concreto, de la normativa que lo regula[13]. Se comprende así la afirmación de que la reforma normativa es precisa para alcanzar la gestión eficaz de las relaciones laborales, la creación de puestos de trabajo, así como la estabilidad en el empleo (EMM L 3/2012). Adviértase que este cambio en la consideración conlleva aceptar que, como en todo mercado, lo esencial para resolver el problema del desempleo es el equilibrio dentro del mismo derivado del libre encuentro entre oferta y demanda, lo que se consigue (en línea con la simplificada visión liberal de la economía) a través del ajuste del precio o coste (en nuestro caso, las condiciones laborales), y si ese equilibrio no llega a producirse es debido a una regulación laboral que lo impide o dificulta en gran medida[14].

Se entiende así la afirmación contenida en Ley 3/2012 (EMM), de que, por un lado, el problema de la competitividad de las empresas españolas se resuelve facilitando (a través de la norma) la reducción de costes (laborales)[15], y por otro, que las reformas normativas en las instituciones laborales (particularmente la regulación en materia de negociación colectiva) han de servir al objetivo de que las mismas sean un instrumento de adaptabilidad para facilitar el desempeño empresarial y por ende, concluyen, para crear empleo[16].

2. BREVES APUNTES SOBRE LOS ASPECTOS REFORMADOS

Conviene comenzar subrayando que la necesidad de cambios en el marco de la negociación colectiva venía siendo admitido y diagnosticado desde hacía tiempo por los propios agentes socioeconómicos[17]. De ahí que también nos resulte "especialmente llamativo que haya sido la primera ocasión, dentro de nuestra larga experiencia de reformas laborales, en la que el Gobierno no ha abierto un previo

---

[13] Este cambio corre paralelo de la diferencia entre empleo y trabajo que tan acertadamente expresara LYON CAEN (citado en RASO DELGUE, J., "Derecho del Trabajo y Derecho del Empleo: de la protección del trabajo subordinado a la tutela de los trabajos" (en <www.sindominio.net/afe/dos_rentabasica/dertrabajo.pdf>). Y en este sentido, no debe pasar por alto en nuestro país el cambio nominal del Ministerio de Trabajo a Ministerio de Empleo.

[14] Vid. al respecto FEDEA, "Propuesta para la Reactivación Laboral en España", mayo de 2009.

[15] Con una crítica rotunda al respeto, afirma VALDÉS DAL-RÉ ("La reforma de la negociación colectiva de 2012"; ; RL, 23-24/2012, pág. 254): "no parece aventurado afirmar que la reforma de 2012 ha recuperado esa cruel, devastadora y avejentada práctica del dumping social".

[16] Criticando esta visión del Derecho del Trabajo, LYON-CAEN, G., "¿Derecho del Trabajo o Derecho del Empleo?", en AA.VV., Evolución del Pensamiento Juslaboralista. Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata, 1997, págs. 269 y 270.

[17] Vid. Declaración para el Dialogo Social 2004. Competitividad, Empleo Estable y Cohesión Social; julio de 2004, especialmente, III-11. También, OLARTE ENCABO, S., "La reforma legal de la negociación colectiva y el cambio de modelo productivo"; en AA.VV. (CASTIÑEIRA, Coord.), Relaciones laborales y nuevo modelo productivo. XXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales; Monografías de Temas Laborales, 48/2011, pág. 238.

proceso de consultas, ni siquiera de información, a las organizaciones sindicales y empresariales respecto de los objetivos, contenidos y efectos de las medidas que se contienen en (*la reforma de 2012*), especialmente cuando se trata de medidas cuya efectividad depende en gran medida de las actitudes posteriores de quienes las aplican y de quienes negocian los convenios colectivos"[18]. Tanto más criticable si, a diferencia de lo sucedido en las reformas de 2011 y 2012, en esta ocasión se disponía de propuestas consensuadas por patronal y sindicatos en aspectos clave de la reforma (*v.gr*., estructura, flexibilidad interna, etc.), y sobre las que además hacen una declaración expresa considerando que corresponden "fundamentalmente al espacio bilateral de negociación"[19].

En todo caso, como sabemos, la reforma de 2012 entra también en esas materias pero obviando dichos acuerdos bipartitos, y lo hace, como en las anteriores reformas, no tanto a través de una regulación directa (si bien en algunas cuestiones sí impone normas de derecho necesario absoluto)[20], sino mediante una regulación legal supletoria, que en todo caso favorece el ámbito y poder empresarial, consciente quizás, por un lado, de la dificultad de una intervención legal más directa como consecuencia de los importantes límites constitucionales en este ámbito (particularmente, el derecho a la autonomía colectiva); y por otro, que en la práctica y como ha venido constatándose, esa supletoriedad de la solución legal deviene en la práctica en la regulación aplicable[21]. En definitiva y en línea con lo señalado más arriba sobre el nuevo objeto del Derecho del Trabajo (en este caso, en materia de negociación colectiva), lo que en gran medida hace la reforma es cambiar el centro de atención de la norma laboral, preferenciando ahora el interés empresarial en lo que antes se establecía –también supletoriamente– en favor de la parte social[22].

---

[18] CRUZ VILLALÓN, J. "Una profunda reforma laboral" (en http://jesuscruzvillalon.blogspot.com.es/2012/02/una-profunda-reforma-laboral.html). En la misma línea, GOERLICH PESET, J.M., "El Real Decreto-Ley 3/2012: aproximación general", cit., pág. 15.

[19] Vid. Acuerdos bilaterales ("Documento sobre el diálogo social bipartito entre el 9 de noviembre de 2011 y el 9 de enero de 2012") y II AINC 2012-2014 (BOE 06/02/2012). Adviértase que con ellos se evidenciaba una aceptación implícita de los objetivos y planteamientos planteados por el RD-L. 7/2011, al menos en materias tan relevantes como estructura y contenidos (en especial, el impulso de la flexibilidad interna). También, BAYLOS GRAU, A., "El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario"; RDS, 57/2012, págs. 10 y 11.

[20] VALDÉS DAL-RÉ, F. "La reforma de la negociación colectiva de 2012"; cit., págs. 229 y 230.

[21] CRUZ VILLALÓN, J., "Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva", cit., pág.33.

[22] VALDÉS DAL-RÉ, F. "La reforma de la negociación colectiva de 2012"; cit., págs. 253 y 254.

Como muestra, puede verse el claro efecto advertido en el reducido número de convenios renovados desde estas reformas (2010-2012), lo que parece explicarse por el interés empresarial en no renegociar y esperar a que concluyan los periodos de ultraactividad o forzar con ello una mejor posición por su parte (no en vano se constata que el incremento salarial en los convenios nuevos es sensiblemente inferior –menos de la mitad- a los renovados, vid. UGT, Informe de situación de la negociación colectiva hasta diciembre 2012; 2013, págs. 2 y 3), con lo que además, en este caso, lejos de favorecer lo que se afirma en ellas pretender (una negociación dinámica ágil y rápida), lo que se está provocando es precisamente un vacío de regulación colectiva, que viene afectando a un creciente número de trabajadores (vid. Informe Estadístico de la Negociación Colectiva en Andalucía 4/2012; CARL, págs. 6 y 7). No nos parece razón suficiente acharar esa disminución a una mera continuidad de la tendencia derivada de la crisis (como se señala el Boletín del Observatorio de la negociación colectiva, nº 36 y 37, CCNCC-MESS, 2012, pág. 2), por cuanto que si se observan con

Entrando en las materias concretas sobre las que las reformas de 2010-2012 han operado, y en línea con el consensuado diagnóstico sobre cuáles son los elementos esenciales de la negociación colectiva que precisaban de reforma, se incide en: estructura de la negociación colectiva y reglas de concurrencia; legitimación negocial, con la finalidad de resolver el problema de la falta de adecuación de las reglas existentes a la realidad empresarial, económica (sectores emergentes) y de organización de la producción (ante el desarrollo de la descentralización); el proceso negociador, ante el interés por favorecer procesos más dinámicos de negociación y de rápida adaptación de lo negociado a la realidad cambiante[23]; y su contenido, para resolver lo que entiende como falta de un óptimo nivel de flexibilidad y adaptabilidad a la concreta realidad empresarial. En esta materia también cobra especial interés la función que se pretende para los instrumentos y procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos, y que no iría tanto en la lógica de que las partes resuelvan sus discrepancias y favorecer así la autocomposición, sino facilitar la decisión empresarial; lo que sin duda puede dañar la credibilidad de aquellos[24].

De manera muy resumida, señalan las normas reformadoras, se pretende, por un lado, superar la criticada atomización y descoordinación entre las diversas unidades de negociación, y por otro, favorecer la descentralización y particularmente, el nivel empresarial, y para ello además excluye la posibilidad de que los agentes socioeconómicos con representatividad puedan cambiar esa orientación, por entender (EMM L. 3/2012) que se trata de aquella que mejor permite velar por la defensa productividad tal y como deriva del art. 38 CE, y en definitiva, porque subyace la idea de que se trata de un modelo más eficiente[25].

Adviértase que, de esta forma, se configura el ámbito empresarial como un espacio autosuficiente en la regulación de las relaciones laborales, ajeno a intervenciones externas (legales, administrativos y en particular, vía convenios –provinciales– sectoriales, que han de perder su actual centralidad)[26], al entender que es la

---

detenimiento los datos se constata una caída sin parangón tras 2011, por lo que parece razonable entender que debería pensarse en otras causas adicionales.

Diversos autores han destacado que el sistema anterior, pese a sus problemas, trajo consigo importantes beneficios en términos de paz social o escasa conflictividad social, moderación salarial, etc.; en extenso, AA.VV. (SANTOS RUESGA, Coord.), Análisis económico de la negociación colectiva; CCNCC-MTI, 2010, especialmente, págs. 185 y sgs.

[23] Vid. nota anterior (22).

[24] SÁNCHEZ TRIGUEROS/SEMPERE NAVARRO, "Caracterización formal del Real Decreto-Ley"; en Convenios y negociación colectiva tras el RD-Ley 7/2011, de 10 de junio; AS 5/2011 (BIB 2011/1156).

No puede pasar por alto en este sentido la poca consideración que la reforma de 2012 hace del importante esfuerzo de los negociadores en esta materia, plasmado en el V ASAC, ya que pese a ser firmado antes (7 de febrero) de dicha reforma, desconoce los resultados ahí alcanzados; VALDÉS DAL-RÉ, F. "La reforma de la negociación colectiva de 2012"; cit., págs. 238.

[25] Resumiendo las tesis que lo sustentan, IZQUIERDO/JIMENO/THOMAS, "La relación entre el grado de centralización de la negociación colectivay la tasa de desempleo: nuevos resultados"; Boletín Económico del Banco de España, Febrero 2012, pág. 60 y sgs

[26] De forma más gráfica y contundente, se afirma que con este planteamiento se está "rescatando del baúl de la memoria (…) la figura del empresario como el "Señor de su casa", en principio propio de sistema autoritarios y que se suponía desterrado en nuestro marco constitucional con la cláusula del art. 1.1 CE del

mejor manera de favorecer la tan manida adaptabilidad-flexibilidad[27]. Sin embargo, habría que señalar varias cuestiones que me parecen de especial relevancia en estos momentos: por un lado, que no existe ninguna evidencia que acredite que una mayor descentralización como la impuesta (empresarial) pueda "conferir al sistema un mayor grado de eficiencia en términos macroeconómicos"[28]. Por otro lado, que teniendo en cuenta la dimensión general de las plantillas de nuestro país (85% de las empresas tienen menos de 10 trabajadores y el 75% menos de 5), posiblemente podamos concluir que el convenio de empresa no es una solución real (para dar cobertura cierta a empresas y, particularmente, trabajadores afectados)[29], y si a ello añadimos que el mecanismo de representación *ad hoc* de los trabajadores previsto de manera general para proceder a derogaciones de acuerdos o convenios colectivos en empresas que carezcan de representantes legales (art. 41.4 LET) no responde a la idea de contrapoder colectivo (al punto que ni siquiera se les reconocen derechos de información y garantías para quienes negocian)[30]; parece acertado concluir que el carácter de *negociada* de dicha flexibilidad sólo podría llevarse a cabo realmente en la mayoría de casos, desde el nivel sectorial (si bien como señalaremos posteriormente, con la regulación de 2012 no se pretende ya que la flexibilidad sea *negociada*). Y en la misma línea, debe señalarse que es difícilmente aceptable que se pretenda potenciar ese dinamismo negocial y la ágil respuesta de los negociadores, por cuanto que, por ejemplo, la regulación de los plazos en lo que deben tener lugar los procedimientos de consultas en los procesos de reestructuración (modificación sustancial, descuelgue, despido colectivo, etc.), hacen que quede más que cuestionado que realmente puedan permitir tal negociación (ESCUDERO RODRÍGUEZ)[31].

Obviamente, a nadie escapa que este profundo cambio va a suponer, entre otros aspectos, por un lado, una mayor dificultad en el gobierno de nuestro sistema de relaciones laborales ante el previsible desarrollo de una fuerte atomización negocial (que es ya un problema en nuestro modelo, *vid*. EMM RD-L 7/2011), y paralelo a ello, una menor eficacia de los denominados "*pactos en la cumbre*", esenciales para favorecer un cierto nivel de estabilidad macroeconómica que tan

---

Estado social y democrático de Derecho, VALDÉS DAL-RÉ, F. "La reforma de la negociación colectiva de 2012"; RL, 23-24/2012, pág. 223.

[27] MERINO SEGOVIA, A., "La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: Las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos"; RDS, 57/2012, págs. 250 y 252.

[28] AA.VV. (SANTOS RUESGA, Coord.), Análisis económico de la negociación colectiva; CC-NCC-MTI, 2010, especialmente, pág. 185; y MOLINA NAVARRETE, C., "De las <<reformas laborales>> a un nuevo, e irreconocible, <<Estatuto del Trabajo Subordinado>>"; CEF-RTSS, 348/2012, págs. 141 y 142.

[29] A modo de ejemplo y gráficamente, pueden verse los datos del Informe Estadístico de la Negociación Colectiva en Andalucía 4/2012; CARL, pág. 12 (en www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document_library/get_file?uuid=d2bd3f7c-a662-43c6-94f0-0ad2057002ae&groupId=10128).

[30] NAVARRO NIETO, F., "La reforma del marco normativo de la negociación colectiva"; cit. Concluyendo que con este sistema de representación ad hoc de los trabajadores en la empresa se "hace presumible una menor oposición al acuerdo de inaplicación hasta casi hacer desaparecer a una de las partes (señaladamente la laboral)"; GUERRERO VIZUETE, E., "El régimen jurídico del descuelgue empresarial tras la reforma laboral de 2012"; Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 33/2013, pág. 106.

[31] ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., "El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva", en AA.VV. (Escudero, Coord.), La negociación colectiva en las reformas de 2010, 2011 y 2012, Ed. Cinca, 2012.

buenos resultados se afirma han conseguido (SANTOS RUESGA)[32]. Y por otro lado, no sólo una nueva crisis –quizás definitiva– del valor normativo del convenio estatutario, sino incluso el de la propia eficacia jurídica de la negociación colectiva en general (art. 37 CE –también en relación al art. 28 CE–)[33], ya que se admitirá la alterabilidad esencial del mismo por otras fuentes y otros sujetos (incluso por decisión unilateral del empresarioy sin que tan si quiera sea preciso ya la apertura de un periodo de consultas, *ex* art. 41.2 LET)[34].

3. ¿*QUO VADIS* NEGOCIACIÓN COLECTIVA?

Si bien no se llega a explicitar, de lo señalado hasta el momento podemos concluir que, desde nuestro punto de vista, las reformas operadas pretenden en el fondo mutar el modelo constitucional (BAYLOS GRAU) tanto de relaciones laborales en general (participadas, *ex* art. 129 CE), como de negociación colectiva en particular, que no olvidemos parte de la idea de promoción de la autonomía colectiva (en todas sus manifestaciones: autoorganización, art. 7 y 28.1 CE; autonormación, art. 37 CE; y autotutela, arts. 28.2 y 37.2 CE), y en especial del fenómeno sindical (*ex* conexión del art. 7 y 28 CE)[35].

Dicho modelo constitucional viene a subrayar, en nuestra opinión, los valores o elementos definidores de la negociación colectiva en nuestro país (MOLINA NAVARRETE), de manera que la misma no puede considerarse sólo como una institución más al servicio del correcto funcionamiento del mercado (de trabajo), como parecen reflejar las recientes reformas (particularmente la reforma de 2012,

---

[32] AA.VV. (SANTOS RUESGA, Coord.), Análisis económico de la negociación colectiva, cit., págs. 185 y 186.

[33] Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F., "La eficacia jurídica del convenio colectivo: un intento de reconstrucción histórico-sistemática y comparada"; R.L., nº 21 (I), y 22 (II), 2004.

[34] Respecto a la posible modificación unilateral de lo contenido en pactos colectivos (incluidos los convenios extraestatutarios) distintos a los convenios estatutarios o los acuerdos de empresa supletorios de los mismos –favorable, LLANO SÁNCHEZ, M., "La negociación colectiva"; en AA.VV. (MONTOYA/GARCÍA, Coord.), cit., pág. 348–, vid. la crítica a la jurisprudencia (y doctrina) al respecto (enredada quizás en una errada mezcla entre eficacia y naturaleza jurídica, VALDÉS DAL-RÉ, F., La negociación colectiva, entre tradición y renovación"; Comares, 2012, especialmente págs. 90 y sgs.), en ROMÁN DE LA TORRE, M.D., Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Aspectos sustantivos y procesales; Comares, 2000, págs. 107 y sgs., y GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., "La modificación sustancial de las condiciones de trabajo establecidas en convenios colectivos extraestatutarios: un aspecto más de la conflictiva figura del convenio colectivo extraestatutario"; REDT 94/1999, págs. 221 y sgs.

Con el nuevo sistema se traspasan las líneas rojas que sobre la cuestión del alcance en la modificación del convenio preveían incluso los defensores de un modelo descentralizado y flexible: modificar vía acuerdo de empresa lo previamente pactado en un convenio de dicho ámbito, o utilizar dicho instrumento para de manera sistemática alterar lo pactado en convenio o pacto supraempresarial; por todos, DURÁN LÓPEZ, F., "Negociación colectiva y sistema de relaciones laborales"; Economía y Sociología del Trabajo, 18/1992, págs. 13 y 14.

[35] BAYLOS GRAU, A. "¿Defender los derechos laborales es franquista?" (en http://baylos.blogspot.com.es/2012/02/defender-los-derechos-laborales-es.html). A modo de ejemplo, vid. STC 74/1996, de 30 de abril. También, VALDÉS DAL-RÉ, F. "La reforma de la negociación colectiva de 2012"; cit., pág. 252-253, y LÓPEZ LÓPEZ, J, "Elementos de definición del modelo de relaciones laborales por las normas de OIT y Comunitarias: la desestabilización por la reforma laboral (2012)"; en AA.VV. (Baylos, Coord.) Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma de 2012; Bomarzo; 2012, pág. 52 y sgs.

que la considera una pieza/instrumento de dicho mercado), al punto de procurar que la función principal de la misma sea la eficiencia económica y la gestión flexible del trabajo, esto es, mejorar la competitividad y productividad empresarial[36]. Frente a ello, como decimos, pensamos que el referido modelo constitucional la concibe de manera más amplia, como un *sistema social*, donde su necesaria atención a la eficiencia, no debe olvidar sus funciones básicas: favorecedor de la cohesión y la paz social, y distributiva, esto es, reflejo de un pacto entre partes con intereses propios (arts. 7 CE, y 37 CE) y en pro del desarrollo social, entendido éste como mejora de los derechos y posición sociolaboral de los trabajadores[37]; lo que tradicionalmente suponía que a través de tal instrumento se garantiza que la competencia entre empresas no lo sea sobre la base de los costes laborales (DURÁN LÓPEZ). Funciones estas que se venían garantizando de algún modo a través de una cierta estabilidad y uniformización de las condiciones de trabajo y el reconocimiento de una fuerte eficacia del instrumento negocial[38].

En definitiva, queremos subrayar que nuestro modelo constitucional afirma el protagonismo de la negociación colectiva en materia laboral y la potenciación y ampliación permanente de los ámbitos de actuación de la misma en detrimento del intervencionismo legal[39]. Y precisamente en las circunstancias actuales, debe reiterarse la centralidad de la negociación colectiva en la determinación de las condiciones de trabajo, ya que no debemos olvidar que es ella la que ocupa espacios y papeles que hasta tiempos recientes realizaba la ley.

Ciertamente, para entender esta última afirmación consideramos importante recordar ahora el carácter ambivalente del Derecho del Trabajo, pues si bien, por un lado, pretende la tutela o más acertadamente, un mínimo equilibrio ente los contratantes de la relación laboral a través del reconocimiento de ciertos derechos mínimos a la parte contratante débil (*v.gr*., arts. 35 y 28 CE); por otro lado, también viene a garantizar y legitimar el sistema de producción capitalista y por ende, el trabajo por cuenta ajena (*v.gr*., art. 38 CE). Al respecto, debemos subrayar cómo en los últimos años asistimos a la pérdida del protagonismo de la norma laboral "en cuanto instrumento central de la tutela del trabajo dependiente"[40], lo que se ve intensificado por el progresivo "desplazamiento del objeto del tradicional Derecho del Trabajo, la tutela del trabajo, a la tutela de la empresa y de la «productividad«" (como se observa, por ejemplo, en la alegación que la EMM IV L. 3/2012 hace para justificar el arbitraje obligatorio en caso de no alcanzar acuerdo para la inaplicación del convenio –art. 82.3 LET–: la necesidad de que los poderes públicos velen por la productividad *ex* art. 38 CE)[41].

---

[36] MOLINA NAVARRETE, C., "La decretada reforma de la negociación colectiva: ¿el último 'botín' de los mercaderes del templo?"; RTSS, 340/2011.

[37] Vid. AA.VV. (SANTOS RUESGA, Coord.), Análisis económico de la negociación colectiva; CCNCC-MTI, 2010, especialmente, págs. 185 y sgs.

[38] DURÁN LÓPEZ, F., "Negociación colectiva y sistema de relaciones laborales"; Economía y Sociología del Trabajo, 18/1992, pág. 8.

[39] VALDÉS DAL-RÉ, F., La negociación colectiva, entre tradición y renovación; Comares, 2012, págs. 7-9.

[40] BAYLOS GRAU, A., "El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario"; RDS, 57/2012, pág. 9.

[41] RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "Flexibilidad interna y externa…, cit.; y RODRÍGUEZ-PIÑERO/VALDÉS/CASAS, "La nueva reforma laboral"; RL 5/2012, págs. 3 y 4

Consecuentemente, tras el repliegue legal en la determinación de las concretas condiciones de trabajo, las exigencias de seguridad jurídica y de cobertura o tutela concreta se plasman no tanto en la ley cuanto por la negociación colectiva[42]. Adviértase pues el problema que originan unas reformas que también permiten dejar sin efecto real lo pactado en convenio.

Y junto a ello, los referidos cambios en esta materia suponen potenciar la función "gestional" (organización del trabajo) o contractual de la negociación colectiva, en detrimento de su función homogeneizadora-normativa, justificándose en lo que viene siendo un lugar común: la crítica a nuestro sistema de negocial por ser responsable en gran medida de la falta de un nivel adecuado de flexibilidad que precisan las empresas –y por ende, afirman, del mantenimiento del empleo–. Y es precisamente por ello, se concluye, que los cambios que se introducen en su configuración "responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa" (EMM IV L. 3/2012).

No obstante, pese a esta crítica, los estudios que superan la mera generalización y una visión simplista de la negociación colectiva tienden a concluir, en contraposición al ya señalado consenso en su diagnóstico que afirman las reformas laborales, tanto una valoración positiva de su papel[43], como un cuestionamiento respecto a la generalización de ciertas críticas al modelo negocial[44], y confirman la existencia de una diversidad de situaciones en cuanto a la asunción de los cometidos que se le reclaman (cambios en la estructura, contenidos y funciones). Con lo señalado queremos simplemente subrayar que lo que se observa o concluye es que la norma no es la que principalmente condiciona los resultados, sino sobre todo la cultura negocial de los concretos agentes socioeconómicos[45].

Ciertamente, nuestra negociación colectiva, con las diferencias y limitaciones señaladas, va asumiendo progresivamente (particularmente desde las reformas de 1994)[46] esas nuevas funciones de acomodación (adaptabilidad) de la organización del trabajo a las cambiantes y concretas circunstancias empresariales[47], lo que se traduce en un cierto protagonismo de este ámbito o nivel negocial[48]. Ahora bien dichas

---

[42] CRUZ VILLALÓN, J., "Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011"; en AA. VV. (García-Perrote/Mercader, Dir.) La reforma de la negociación colectiva; Lex Nova, 2011, pág. 20

[43] CRUZ VILLALÓN, J., "Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011"; cit., pág. 20; y MOLINA NAVARRETE, C., "La decretada reforma de la negociación colectiva: ¿el último 'botín' de los mercaderes del templo?"; RTSS, 340/2011, págs. 38 y 39.

[44] AA.VV. (SANTOS RUESGA, Coord.), Análisis económico de la negociación colectiva: CC-NCC-MTI, 2010, especialmente, págs. 183-185. De opinión contraria, afirmando que "nada ha cambiado", MERCADER UGUINA, J.R., "Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios en el Real Decreto-Ley 7/2011"; en AAVV (GARCÍA-PERROTE/MERCADER, Dir.) La reforma de la negociación colectiva; Lex Nova, 2011, págs. 72 y 73.

[45] SALA FRANCO, T., "La reforma de la negociación colectiva"; en AAVV, La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012; cit., págs. 44, y NAVARRO NIETO, F., La estructura de la negociación colectiva: marco jurídico y disciplina contractual; Bomarzo, 2009, págs. 83 y sgs.

[46] Las razones para ello, vid. DURÁN LÓPEZ, F., "Negociación colectiva y sistema de relaciones laborales"; cit., págs. 9

[47] A modo de resumen, VALDÉS DAL-RÉ, F. "La reforma de la negociación colectiva de 2012"; cit., págs. 226 y 227

[48] Al respecto, MONTOYA MELGAR, A., "La reforma laboral de 2012…"; cit., pág. 13 y sgs.

funciones flexibilizadoras habían sido llevadas a cabo, en menor medida al menos hasta ahora, vía convenio de empresa y sobre todo, a través del mecanismo de los acuerdos de empresa (descuelgue o modificación de las condiciones de trabajo)[49]; lo que por otro lado, ha supuesto una importante crisis del valor normativo del convenio estatutario, de su equilibrio interno –ya que vía acuerdo puede ser derogado en las más importantes materias–, y en definitiva, de su eficacia jurídica (*fuerza vinculante*, art. 37 CE).

Dicho modelo se ha visto profundizado en las últimas reformas, de manera que si bien inicialmente esos acuerdos derogatorios de la norma convencional se admitían de manera excepcional, al objeto de atender a empresas en circunstancias especiales (dificultades reales o crisis), progresivamente ha ido reduciendo garantías y límites y ampliando las materias y circunstancias que justifican tal derogación (desde meras dificultades en el funcionamiento de la empresa, a simplemente evitar con ello problemas sobre el empleo en la empresa), hasta el punto de llegar a poder admitirse incluso en situaciones de gestión ordinaria, o al menos sin necesidad de que existan problemas actuales (carácter preventivo)[50]. Y junto a ello, la centralidad y preferencia del convenio empresarial, inmune a actuaciones externas vía art. 83.2 LET en materias o condiciones de trabajo clave (de gestión y organización del trabajo), se explica nuevamente para con ello permitir que su rápido y continuo cambio en su contenido (en cualquier momento y con independencia de que exista cobertura convencional supraemprearial), y deviene en complemento añadido a esa función para aquellas estructuras empresariales que puedan alcanzarlos.

Se constata así una tendencia de convergencia (particularmente en la reforma de 2012) entre la denominada negociación colectiva formal o institucional (convenio colectivo), y la informal (vía acuerdos de empresa modificativos del convenio)[51], en aras a favorecer en todas ellas la función organizacional, gerencial o contractual propia del llamado "modelo convencional productivista"[52].

En definitiva, la lógica de las reformas podría ser resumida en los siguientes términos: la negociación colectiva debe actuar principalmente como un instrumento al servicio del interés empresarial, pues con ello "se espera una mejora en la economía que permitirá a las empresas crear y mantener empleo"[53]. De este modo, partiendo de una realidad profundamente inestable, debido a las llamadas circunstancias cambiantes del mercado, la conclusión será un sistema negocial

---

[49] LLANO SÁNCHEZ, M., "La negociación colectiva"; cit., pág. 354.

[50] Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F. "La reforma de la negociación colectiva de 2012"; cit., págs. 234 y sgs. También, MERINO SEGOVIA, A., "La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012…; cit., pág. 252.

[51] Adviértase, en este sentido, que el procedimiento previsto en el reformado art. 41 LET no puede ser calificado en sentido estricto de negociación colectiva –a diferencia del previsto en el art. 82.3 LET–, sino de mera participación de los trabajadores en la empresa (STC 92/1992). Ciertamente, entendida la participación en su sentido genuino, lo previsto en el art. 41 LET respecto a las modificaciones colectivas no alcanza tal consideración ya que no deja de ser un mero mecanismo de información y consultas. Sobre estos conceptos, PEDRAZZOLI, M., "Partecipazione, costituzione económica e art. 46 dellaConstituzione. Chiose e distinzionisul declino di un'idea"; RIDL, 4/2005, págs. 437 y sgs.

[52] MOLINA NAVARRETE, C., "La decretada reforma de la negociación colectiva…", cit., págs. 30 y 31

[53] RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "Flexibilidad interna y externa…, cit.

cuyas manifestaciones (particularmente el convenio colectivo), sea igualmente inestable, variable, flexible y menos controlador/limitador del poder empresarial, al objeto de servir más adecuadamente a su pretendida función protagónica, esta es, la organizacional o gerencial[54]. Como reverso de todo ello, pierde centralidad la función normativa y distributiva[55], y por ende los efectos que de ella se derivan: cohesión y paz social (procurando que el conflicto capital trabajo se mantenga dentro de unos límites aceptables), y que el coste (condiciones) del trabajo no sea un elemento para la competencia entre las empresas[56]. En conclusión, supone un cuestionamiento claro de "la función primigenia de la negociación colectiva", hasta el punto de que la flexibilidad, como criterio de orientación de las reformas, "acaba por incidir profundamente en la morfología del sistema, en su marco institucional, en las funciones del sistema negocial y en el sistema normativo"[57].

Obviamente, este cambio, como ya hemos adelantado, corre paralelo a considerar que existe un interés objetivo que merece una especial tutela y sobre el que debe gravitar la norma laboral (incluido el convenio): la competitividad y la adaptabilidad, que deja así de considerase interés de parte (empresarial), para elevarse a la categoría de general (*ex* art. 38 CE), y que por tanto, justifica el sacrificio de los interés propios (que a estos efectos, se refiere a los que pretendería defender el sindicato, art. 7 CE, –y en general, los representantes de los trabajadores *ex* arts. 37 y 129 CE–)[58].

Siendo pues ese interés, ahora general, digno de tutela preferente, se explicará que se elimine lo que lo limite u obstaculice (*v.gr*., excluyendo la intervención pública o impulsando mecanismos que impidan el bloqueo de la decisión empresarial en caso de que sea precisa la aquiescencia de los representantes de los

---

[54] VALDÉS DAL-RÉ, F. "La reforma de la negociación colectiva de 2012"; cit., págs. 225 y sgs.

[55] Fenómeno que con especial incidencia acontece paralelamente o con mayor incidencia, en países como Italia; ROMAGNOLI, U., "Perché l'articolo 8 è una norma da cancellare" (en <www.inchiestaonline.it/lavoro-e-sindacato/umberto-romagnoli-%c2%abperche-l%e2%80%99art-8-e-una-norma-da-cancellare%c2%bb/>); y "Dalla cancellazionedell'art. 8 allaricostruzione del diritto del lavoro" (<www.dirittisocialiecittadinanza.org/Documenti/Dalla%20cancellazione%20dell%27art.8%20alla%20ricostruzione%20del%20diritto%20del%20lavoro.pdf>).

[56] MOLINA NAVARRETE, C., "De las <<reformas laborales>> a un nuevo, e irreconocible, <<Estatuto del Trabajo Subordinado>>"; CEF-RTSS, 348/2012, pág. 125. Y VALDÉS DAL-RÉ, F. "La reforma de la negociación colectiva de 2012"; cit., págs. 225 y 226.

No deja de ser revelador de lo pretendido el hecho de que a partir de los años '80, precisamente cuando mayor desarrollo comienza a tener esta función gerencial de la negociación colectiva, se produce una creciente caída de la participación de las rentas del trabajo en relación a la renta nacional (que en España pasó del 60% a representar en torno al 45% en el año 2009), fenómeno que además corre paralelo a la creciente desigualdad salarial entre niveles profesionales y entre sexos. En extenso, OIT, Informe mundial sobre salarios 2010/2011.Políticas salariales en tiempos de crisis; 2010, especialmente, págs. 26 y sgs. y 39 y sgs. Sobre este particular, debemos subrayar el papel de la negociación colectiva como corrector de esos efectos y AA.VV. (SANTOS RUESGA, Coord.), Análisis económico de la negociación colectiva; CCNCC-MTI, 2010, especialmente, págs. 186 y sgs.

[57] NAVARRO NIETO, F., "La reforma del marco normativo de la negociación colectiva"; Ponencia en el XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Donosti, 17 y 18 de mayo de 2012.

[58] RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "Flexibilidad interna y externa…, cit. Adviértase que el pleno desarrollo de la libertad sindical (art. 28 CE) comporta la garantía de su actividad negocial, que presupone la existencia de intereses contrapuestos, y este aspecto queda claramente en peligro desde el momento en que la exigida colaboración en la gestión empresarial se basa en la tutela y unilateralidad del interés empresarial; PEDRAZZOLI, M., "Partecipazione, costituzione económica e art. 46 della Constituzione. Chiose e distinzionisul declino di un'idea"; RIDL, 4/2005, pág. 446.

trabajadores); y al mismo tiempo, el fortalecimiento de todo aquello que mejor permita su cumplimiento (el poder unilateral del empresario)[59].

Adviértase también el cambio en este aspecto, pues frente quienes consideraban que la flexibilidad supondría un aumento de las fórmulas de participación de los trabajadores y por tanto, un sistema de relaciones de trabajo más libre y participativo[60] (dando lugar a la llamada flexibilidad *negociada* –así denominada expresamente en las reformas de 2010 y 2011–); lo cierto es que, de nuevo, la tozuda realidad, expresada en el L. 3/2012, prescindiendo de tal calificativo (*negociada*), "incrementa el riesgo de la ausencia de un contrapoder colectivo en las pequeñas empresas en los procesos de gestión de la flexibilidad"[61], y en gran medida confía tal flexibilidad, esencialmente, al poder unilateral del titular de la empresa[62].

Por concluir, reiteramos que desde nuestro punto de vista el nuevo modelo reformista subraya la preponderancia del papel de la negociación colectiva como instrumento para la gestión (flexible) de las relaciones de trabajo[63], con el consiguiente debilitamiento de su hegemonía y centralidad en el gobierno de las relaciones laborales, al quedar sometido a una constante inestabilidad y vulnerabilidad (e incluso la ruptura de su equilibrio interno)[64]. Añádase además a lo indicado que las continuas reformas de los último años no han establecido un equilibrio mínimo entre la denominada flexibilidad interna y la de los extremos (de entrada, contratación, y de salida, despido), ya que se han favorecido ambas y singularmente el papel del poder empresarial en ellas, y ante esta circunstancia cabe plantearse cómo pudiera ser negociada tal flexibilidad, pues no queda espacio para el tradicional intercambio entre los sujetos colectivos (v.gr., más flexibilidad interna a cambio de menor flexibilidad en los márgenes)[65].

---

[59] Sería también aplicable en nuestro caso la idea de que "(…) Ildirittodeilavoratori di parteciparealla gestione delleaziende si è impercettibilmentemutatoneldiritto di collaborarealla gestione delleaziende", PEDRAZZOLI, M., "Partecipazione, costituzione económica…, cit., pág. 443.

[60] DURÁN LÓPEZ, F., "El futuro del Derecho del Trabajo"; REDT, nº 78, 1996, págs. 609 y sgs.

[61] NAVARRO NIETO, F., "La reforma del marco normativo de la negociación colectiva"; cit.

[62] PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., "La versión política 2012…; cit., págs. 47 a 49; y VALDÉS DAL-RÉ, F. "La reforma de la negociación colectiva de 2012"; RL, 23-24/2012, págs. 222 y 223. También, LLANO SÁNCHEZ, M., "La negociación colectiva"; en AA.VV. (MONTOYA/GARCÍA, Coord.). cit., pág. 346.

Como señalara RODRÍGUEZ CRESPO (La administración del convenio colectivo; CES-Andalucía, 2006, pág. 30): "La potenciación del mecanismo de colaboración pasa por la imposibilidad de reintroducir la discrecionalidad empresarial en el ámbito de las relaciones laborales, dejando siempre al margen de las decisiones de gobierno a la autonomía individual".

[63] Vid. especialmente, E.MM. IV de la L. 3/2012. Favorable a este rol del convenio, DURÁN LÓPEZ, F., Prólogo al libro de RODRÍGUEZ CRESPO, M.J., La administración del convenio colectivo; CES-Andalucía, 2006, pág. 19.

[64] Y como efecto práctico de lo afirmado, un evidente empeoramiento de las condiciones de trabajo, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., "Una propuesta de análisis sistemático y periódico de la negociación colectiva"; RL, 2005-I.

[65] VALDÉS DAL-RÉ/LAHERA FORTEZA, La flexiseguridad laboral en España; Fundación Alternativas, 2010, pág. 49 (en <www.falternativas.org/en/content/download/14088/423097/version/4/file/Doc157.pdf>).

PODERES EMPRESARIALES Y TAREAS DE TENDENCIA EN LA RECIENTE DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS[1]

Fco. Javier Calvo Gallego (*PTU*)
Universidad de Sevilla
Iluminada R. Feria Basilio (*BFUP*)
Universidad de Huelva

SUMARIO

1 INTRODUCCIÓN
2 LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
2.1. El punto de partida: la doctrina previa de la Comisión Europea de Derechos Humanos
2.2. La primera quiebra: los aspectos "formales", procedimentales y de justificación. A vueltas sobre el asunto Cordero y la necesidad de una justificación de la decisión de la Confesión o Iglesia
2.3. Segunda quiebra: libertad sindical e Iglesia. La no asunción de la *ministerial exception* norteamericana
2.4. La matización fundamental: los límites a los deberes de lealtad y la elaboración de una serie de criterios en la ponderación de derechos

[1] Trabajo cerrado en el mes de noviembre de 2012.

2.5. El contrapeso: los límites a la tutela del trabajador. A vueltas sobre la tutela de la tendencia en los casos Obst, Siebenhaar y Fernández
3. UN INTENTO DE CONSTRUCCIÓN DE UNA "HOJA DE RUTA" EN ESTOS CASOS

1 INTRODUCCIÓN

Es un dato generalmente aceptado, tanto por nuestra doctrina como por la propia jurisprudencia, que en el ámbito laboral los poderes empresariales encuentran su última justificación y legitimación constitucional en el derecho a la libertad de empresa reconocido en el art. 38 CE. De hecho, ha sido este el anclaje y esta la perspectiva desde la que, de forma más o menos explícita, tanto los Tribunales del orden social, como el propio Tribunal Constitucional español, han ido elaborado una amplia y conocida doctrina sobre los límites y los equilibrios existentes en el seno de la relación laboral entre los poderes empresariales y el ejercicio en la empresa –y fuera de ella– de los derechos constitucionales, tanto específicos como, sobre todo, inespecíficamente laborales, de los trabajadores.

Ahora bien, si esta conexión entre poderes empresariales y libertad de empresa no plantea dudas en relación con la mayor parte de sectores o actividades, en las que cabe deducir sin dificultad la existencia de una clara finalidad productiva y/o económica –lo que la conecta inevitablemente con esta libertad cívica–, no es menos cierto que en otros casos –como por cierto, señaló rápidamente nuestro propio Tribunal Constitucional[2]– la cabeza de capítulo o la conexión constitucional de estos poderes parece dirigirse prioritariamente hacia otras normas constitucionales, dotadas de una mayor protección y que, por tanto, parecen suscitar la necesidad de un distinto equilibrio entre los derechos y valores constitucionales en juego.

Sin duda el ejemplo más claro de cuanto decimos son las denominadas empresas y tareas de tendencia; un concepto y una terminología que, con un origen claramente alemán, han acabado por extenderse a la mayor parte de países europeos, e incluso, como veremos, a la propia normativa comunitaria[3].

No es este evidentemente, el lugar apropiado para retomar en profundidad esta cuestión. Por ello nos limitaremos a señalar cómo estas organizaciones, que se caracterizan por ser expresión y plasmación del pluralismo religioso, ideológico o sindical de una determinada sociedad, suelen ser igualmente las titulares en

---

[2] STC 5/1981, de 13 de febrero, F.jco. 8: *"el derecho que el art. 34 de la L.O.E.C.E. reconoce a los titulares de los centros privados para «establecer un ideario educativo propio dentro del respeto a los principios y declaraciones de la Constitución», forma parte de la libertad de creación de centros, en cuanto equivale a la posibilidad de dotar a éstos de un carácter u orientación propios. Esta especificidad explica la garantía constitucional de creación de centros docentes que, en otro caso, no sería más que una expresión concreta del principio de libertad de empresa que también la Constitución (art. 38) consagra"*.

[3] Más ampliamente nos remitimos a lo que ya señalamos en F,J. Calvo Gallego, *Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y Organizaciones de tendencia*. Consejo Económico y Social, Colección Estudios, Madrid, 1995.

el plano colectivo –y, por tanto, la plasmación del ejercicio del derecho por parte de los titulares individuales–, de derechos fundamentales que, en muchas ocasiones sirven de autolimitación y, a la vez, de conexión del ordenamiento estatal con otros ordenamientos, por ejemplo religiosos, presentes en la misma sociedad. Son organizaciones, por tanto, necesarias para el desarrollo del pluralismo pero que, por ello mismo, suelen exigir para su propia existencia, reconocimiento y credibilidad, una homogeneidad en la respectiva parcela del pensamiento, lo que las caracteriza como organizaciones condicionalmente abiertas al seguimiento o acatamiento de ese credo o carácter propio de tal entidad[4].

El problema, como decimos, surge cuando el contrato de trabajo se va abriendo camino dentro de estas organizaciones y los problemas derivados de un comportamiento individual compatible con la credibilidad del mensaje de la entidad escapan del ámbito asociativo interno para imbricarse en el seno de una relación laboral en la que de forma progresiva –y al hilo de la eficacia inmediata y horizontal de los derechos fundamentales– se van reconociendo al asalariado derechos constitucionales simétricos a los que justifican la propia existencia de la organización. Es desde esta perspectiva, de autonomía de tales organizaciones frente al Estado, de utilización en ellas de una relación contractual cuya regulación escapa –aunque con matizaciones según los países-a dicha autonomía y de exigencia por parte "empresarial" de una actitud de "asunción", "respeto" o lealtad por parte de sus trabajadores a la orientación de la organización, desde la que surgen los consiguientes problemas, ya sea en el plano de limitación de los derechos colectivos de sus empleados, ya sea –sobre todo entre nosotros– por la tradicional "exigencia" de un equilibrio más complejo con los simétricos derechos constitucionalizados de sus empleados.

Obviamente, y como decimos estas cuestiones no son propias exclusivamente del ordenamiento español. Es más, seguramente –y por razones obvias–, nuestro sistema llegó a esta controversia con bastante retraso frente a lo que ocurría en otros países europeos[5] o incluso en Norteamérica[6], en donde, o bien existían normas que limitaban los derechos colectivos en este tipo de empresas, o bien se reconocía la existencia de singularidades, ya sean legales o jurisprudenciales, que suponían una mayor compresión o incluso una auténtica excepción del posible ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores –y, en especial, de sus "ministros"–. Las Sentencias de los Tribunales Constitucionales italiano o alemán en los conocidos casos Cordero[7] y Rommelfanger[8] fueron sin duda un buen

---

[4] Véase, por ejemplo, desde la perspectiva norteamericana el conocido caso Boy Scouts of America v. Dale (99-699) 530 U.S. 640 (2000), disponible en <http://www.law.cornell.edu/supct/html/99-699.ZS.html> referencia comprobada el 28/11/2012.

[5] Permítasenos, por brevedad, remitirnos en relación con la experiencia en Alemania, Italia y otros países como Suecia a nuestro estudio F.J. Calvo Gallego, *Contrato de trabajo..,* cit., p. 35 y ss.

[6] Amplia y recientemente C. Evans, A. Hood, "Religious autonomy and Labour Law: a comparison of the jurisprudence of the United States and the European Court of Human Rights" en *Oxford Journal of Law and religion*, 2012, p. 1 y ss., a quienes se reenvía para una más amplia referencia bibliográfica y jurisprudencial.

[7] Sentencia de la Corte Constitucional n. 175 del año 1972, de 14 de diciembre, disponible en <http://www.giurcost.org/decisioni/1972/0195s-72.html> (consulta realizada el 28 de noviembre de 2012).

[8] Sentencia del Bundesverfassungsgericht de 4 de junio de 1985, 2 BvR 1703, 1718/83 y 856/84, disponible en <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv070138.html> el 28 de noviembre de 2012.

ejemplo de unas limitaciones que, inevitablemente acabaron igualmente por llegar al propio Derecho comunitario[9].

Pues bien, es este el contexto, en el que progresivamente ha empezado a asumir un papel cada vez más relevante un nuevo actor jurisprudencial: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya doctrina supone –implícita y en ocasiones explícitamente– una suerte de "revisitación" de la doctrina de los Tribunales Constitucionales nacionales antes mencionada; un análisis –quizás sea conveniente resaltarlo aquí– centrado en el posible impacto de estas decisiones sobre varios de los derechos reconocidos por el Convenio –y no ya sólo la libertad de pensamiento, conciencia y religión reconocida en el art. 9, sino también en relación con el respeto a la vida privada y familiar del art. 8, el derecho a la libertad de expresión del art. 10, el derecho a un proceso equitativo del art. 6 o la prohibición de discriminación del art. 14– y que puede llegar a provocar –como veremos– un cierto cambio de orientación en la posición de la jurisprudencia laboral en alguno de estos países –el caso alemán es paradigmático[10]–, constituyendo, de este modo, un importante elemento a la hora de buscar criterios y orientaciones en los complicados conflictos entre derechos que igualmente se están planteando, con especial intensidad durante estos últimos años, en nuestro país. Pero vayamos por partes.

2 LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

2.1. El punto de partida: la doctrina previa de la Comisión Europea de Derechos Humanos

En este sentido, y para comprender la situación actual, quizás debamos partir de algunas ideas previas.

La primera, y sin duda fundamental, es que para la Comisión Europea de Derechos Humanos, la alegación del ejercicio de un derecho reconocido en el Convenio, y en especial, de la libertad de religión y creencias no permitiría excluir sin más la responsabilidad contractual, incluido el despido extraordinario,

---

[9] En primer lugar –y siguiendo paradójicamente el orden de estas cuestiones en otros ordenamientos nacionales– al configurarla como una posible excepción o singularidad en las sucesivas directivas relativas a los derechos de representación de los trabajadores en la empresa –véanse por ejemplo el art. 8.3 de la Directiva 2009/38/CE, de 6 de mayo de 2009, el art. 3.2 Directiva 2002/14/CE de 11 de marzo de 2002 o el art. 8.3 de la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001–. Y, en segundo lugar, al incorporar, de un lado, en su Declaración n° 11 adjunta al Acta final del Tratado de Ámsterdam, el "respeto" de la Unión el estatuto reconocido, en virtud del derecho nacional, a las iglesias, las organizaciones filosóficas y no confesionales, y, del otro, al posibilitar, en el art. 4.2 de la 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, la licitud de distinciones por estos motivos *"cuando se tratase de un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización"*, así como la posibilidad de exigir a sus trabajadores una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización. Sobre esta excepción nos permitimos la remisión al trabajo conjunto con Fernández López, "La Directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones ideológicas: una ampliación del marco material comunitario", en *Temas Laborales*, 2001, n. 59, p. 125-164.

[10] BAG 8 de septiembre de 2011 2 AZR 543/10 en relación con un superintendente médico tras su divorcio y nuevo matrimonio civil.Véase igualmente J.V.DER VYVER, "State Interference in the Internal Affairs of Religious Institutions", en *Emory International Law Review*, Vol. 26.

que estuvieran justificados por los incumplimientos que, en el marco de dicha relación laboral y del conjunto obligacional deducido del contrato, hubieran pretendido justificarse por necesidades ligadas, básicamente, al ejercicio del derecho a la libertad religiosa. Dichas extinciones –basadas, por ejemplo, en el abandono del lugar de trabajo durante el Sabbath tras una alteración de creencias[11] o por la necesidad de acudir el viernes a la mezquita durante horas de trabajo[12]– no supondrían para la Comisión una violación de la libertad religiosa –como, obviamente, tampoco supondría una violación del derecho a la intimidad y a la vida familiar la exigencia de acudir los domingos al trabajo[13]– ni, consiguientemente, una discriminación basada en las creencias o la religión del empleado. Y ello ya que, para la Comisión –con una argumentación que recuerda claramente a la que ya en su momento utilizara nuestro Tribunal Constitucional en un caso semejante[14]–, dichos despidos no estarían motivados por las convicciones religiosas del empleado, sino por el rechazo a cumplir sus obligaciones laborales, voluntariamente aceptadas, pudiendo, además, el trabajador, en todo momento dimitir y, por tanto, retomar el pleno ejercicio de este derecho, voluntariamente limitado cuando se aceptaron las obligaciones contractuales que ahora se pretenden incumplir o alterar[15].

Desde esta perspectiva, el segundo dato de interés para comprender la base de estas últimas resoluciones, y su significado, es el hecho de que la Comisión, cuando tuvo que enfrentarse con el primero de los dos casos constitucionales antes reseñados –el conocido asunto Rommelfanger–, apoyó claramente la posición del Tribunal Constitucional alemán al rechazar que en estos supuestos existiera realmente una violación del derecho, en este caso, a la libertad de expresión garantizado en el art. 10 del Convenio[16].

Como es bien sabido, en este caso se trataba del despido –o más bien, de una serie de despidos– de un médico alemán de un centro hospitalario perteneciente a una entidad caritativa religiosa que, en último termino, estuvieron motivados por su apoyo a un manifiesto colectivo –posteriormente publicado en un periodo de

---

[11] CEDH, Asunto Tuomo Konttinen v. Finland, de 3 de diciembre de 1996, n. 24949/94.

[12] CEDH Asunto X v. The United Kingdom, de 12 de marzo de 1981, n. 8160/78. Recientemente, en relación con la petición de un abogado de que determinados actos procesales no se colocaran en fiestas judías que le impidieran su participación véase la STEDH de 3 de abril de 2012, Asunto, Francesco Sessa v. Italy, recurso 28790/08.

[13] CEDH Asunto Louise Stedman v. United Kingdom, de 9 de abril de 1997, n. 29107/95, en un caso en el que se alegó tanto la tutela de la libertad religiosa como el derecho a la intimidad y al respeto a la vida privada y familiar.

[14] STC 19/1985 de 13 de febrero. Obsérvese, no obstante, que en algunos de los casos antes mencionados el empresario previamente sí intento una razonable adaptación de la prestación, imposible por la *undue hardship* que la misma conllevaba.

[15] Más recientemente sobre el intento de amparar incumplimientos contractuales bien en "dilemas morales" o en el pretendido ejercicio de otros derechos de la Convención, véanse SSTEDH asunto Klaus Blumberg v. Alemania, de 6 de mayo de 2003, n. 14618/04 y Asunto Gillberg v Sweden de 4 de abril de 2012, n. 41723/06. Especialmente interesantes, en relación con la posible existencia de una objeción de conciencia frente a cuestiones ligadas a las parejas o relaciones homo o bisexuales, son los asuntos Ladele y Mcfarlane v. the United Kingdom, n. 51671/10 y 36516/10, pendientes aún de resolución.

[16] Decisión de la Comisión de 6 de septiembre de 1989, asunto Rommelfanger, n. 12242/86.

tirada nacional–, en el que se disentía abiertamente sobre la percepción religiosa de la entidad empleadora en relación con la interrupción voluntaria del embarazo. Y en segundo lugar, por las opiniones igualmente vertidas por este médico, tras su primer despido, en un espacio de la televisión alemana, reiterando esta misma opinión. Para la empleadora tales manifestaciones constituyeron un incumplimiento grave de la obligación de lealtad del trabajador, teniendo en cuenta que –como por lo demás es frecuente en este tipo de empleadores en Alemania[17]–, contractualmente se habían incorporado a la relación una serie de obligaciones –la base, seguramente, de las tradicionales llamadas al carácter propio de nuestra primera legislación postconstitucional– que permitían el despido extraordinario sin notificación por serias ofensas contra los principios morales de la Confesión.

Tras diversas resoluciones judiciales favorables al trabajador, el Tribunal Constitucional Alemán dio finalmente la razón a la entidad religiosa considerando, en primer lugar, que la autonomía de la Iglesia se extendía igualmente a estas entidades a través de las cuales desarrollaba sus funciones, en este caso caritativas[18]. Y en segundo lugar, que el uso de un contrato de trabajo no excluía la posibilidad de que la Confesión impusiera, en ejercicio de su autonomía, cláusulas contractuales que requirieran al trabajador la observancia, al menos, de los principales principios dogmáticos y morales de la Iglesia en interés de la credibilidad de su mensaje. Eso sí, el Tribunal Constitucional Federal exigió que en estos casos tales exigencias fueran compatibles con la prohibición de arbitrariedad, con la moral y con el orden público.

Pues bien, la CEDH –que ya en su momento habría apoyado inequívocamente la autonomía de las Iglesias frente a otras reclamaciones "profesionales" de sus ministros[19]– parte en este caso de la premisa antes señalada; esto es, de la posibilidad de que contractualmente se limite voluntariamente el ejercicio de estos derechos, –en este caso, el de la libertad de expresión–, de tal modo que su posterior violación permitiría en su caso la extinción incluso de la relación. Pero, junto a otras cuestiones ciertamente interesantes, la Comisión da un paso más allá, al señalar también la necesidad "*de asegurar la libertad de expresión del trabajador frente a peticiones no razonables del empresario, aunque estas fueran el resultado de un contrato de trabajo válido*". Ello suponía, por tanto, el reconocimiento explícito de que la simple voluntad de las partes no permitía cualquier tipo de limitación en el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador –en este caso, la cuestión se centró en su libertad de expresión tutelada en el art. 10–, lo que implícitamente suponía exigir en estos casos una justificación añadida de los más intensos o especialmente extensos poderes empresariales.

---

[17] Ampliamente sobre la situación de estos trabajadores –que superan el millón– en Alemania, véase, por todos, G. Robbers, *Religion and Law in German*, Kluwer Law International, 2010.

[18] Sobre la doctrina jurisprudencial norteamericana y los criterios de delimitación del ámbito de la excepción contemplada en la Sec. 702 de la Civil Right Act, véase C. Evans, A. Hood, "Religious autonomy…", cit. , p. 7.

[19] Véase el CEDH, asunto Karlsson v.Sweden de 8 de septiembre de 1988, n. 12356/86 en un caso en el que la petición de acceso a un puesto de vicario fue rechazada por la Confesión al valorar la incompatibilidad de sus posiciones sobre la ordenación de mujeres. En un sentido similar, poco después, en un caso con el mismo substrato, la Comisión igualmente señalará que "*the Commission recalls that it has previously held that, where the requirements of a church are in conflict with a clergyman's beliefs, his freedom of thought, conscience and religion is maintained whilst he can leave his office"* –véase CEDH, asunto Williamson v, United Kingdom, de 17 de mayo de 1995, n. 27008/95.

Desde esta perspectiva, la segunda aportación de esta decisión es que, en estos casos, la singular naturaleza del empleador –una "*organización basada en ciertas convicciones y valores*"– podría cubrir dicha justificación al requerir también una protección adecuada de su propia libertad de expresión[20]. Sería, en definitiva, esta misma protección la que justificaría la posibilidad de establecer estos incrementados deberes de lealtad –*loyalty*– de sus empleados, sin los cuales no podría ejercer esta misma libertad.

Pero obsérvese, en tercer lugar, que desde aquella primera decisión, dichos deberes no eran ilimitados: para la propia Comisión, y en cualquier caso, debería asegurarse que "*there is a reasonable relationship between the measures affecting freedom of expression and the nature of the employment as well as the importance of the issue for the employer. In this way it protects an employee against compulsion in matters of freedom of expression which would strike at the very substance of this freedom*".

Pues bien, más allá de otras cuestiones, resulta evidente el impacto que esta decisión tuvo, no sólo sobre la propia construcción del Derecho comunitario, sino también, y sobre todo, en la doctrina judicial de algunos países, fundamentalmente Alemania. El apoyo expreso a la decisión del Tribunal Constitucional Alemán, en un caso, además respecto a un ente no directamente religioso, sino caritativo, y en unas funciones no directamente ideológicas, sino fundamentalmente médicas, potenció una interpretación tradicional y ciertamente expansiva que centraba aparentemente la atención en la autonomía de la Iglesia, relegando o casi olvidando, al menos a nuestro juicio, la necesidad, señalada expresamente en el núcleo del razonamiento de la Comisión, de un adecuado equilibrio de derechos.

Era este, en definitiva, el sustrato en el que, como decimos, se elaboró la Directiva 2000/78, y que prácticamente se mantuvo inalterado hasta estos últimos cuatro años; un periodo este en los que una intensa serie de decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos va a permitir la construcción una doctrina más clara y completa sobre esta materia; una doctrina que supone recordar la existencia de ciertos límites en el equilibrio de intereses entre los derechos de las Confesiones Iglesias y los de sus trabajadores y que, por cierto, no es siempre coincidente con la elaborada por la jurisprudencia norteamericana sobre esta misma materia. Pero vayamos por partes.

2.2. La primera quiebra: los aspectos "formales", procedimentales y de justificación. A vueltas sobre el asunto Cordero y la necesidad de una justificación de la decisión de la Confesión o Iglesia

La primera de estas Sentencias, tanto cronológica como contextualmente, es la que aborda el asunto Lombardi Vallauri[21]. Y ello, no sólo por la singularidad del

---

[20] De hecho, ya bastante antes, la propia CEDH en un caso, nuevamente, de disputas entre ministros e Iglesias –Decisión de la CEDH de 8 de marzo de 1976 en el asunto X v. Dinamarca, n. 7374/76–, había señalado expresamente que "*under Art . 9, the church itself is protected in its right to manifest its religion, to organise and carry out worship, teaching practice and observance, and it is free to act out and enforce uniformity in these matters*".

[21] Sentencia de 20 de octubre de 2009 (definitiva el 20 de enero de 2010), asunto Lombardi Vallauri c. Italia, n. 39128/05.

derecho objeto de análisis –avanzamos ya, el derecho a un proceso equitativo del art. 6 del Convenio en relación, eso sí, con la libertad de expresión del art. 10–, sino también porque supone, si tan siquiera sea implícitamente, una cierta revisión –aunque limitada– de la otra gran decisión constitucional que marcó esta cuestión durante los años setenta y ochenta en la Europa occidental: la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 14 de diciembre de 1972 en el ya mencionado caso Cordero.

Como se recordará, en aquel momento, y en virtud del art. 10.3 de la revisión del Concordato entre la Santa Sede y la República Italiana[22], el nombramiento de los profesores de esta Universidad, de fines clara y estatutariamente católicos, estaba condicionada a la aprobación (*gradimento*) del candidato por la autoridad eclesiástica competente; en este caso la Congregación para la Educación Católica, órgano de la Santa Sede. En este supuesto la controversia se originó por el hecho de que, tras una entrevista con el demandante, de cuyo contenido no existía documentación oficial, dicha Congregación comunicó a la Facultad de Derecho la imposibilidad de la contratación del Pr. Lombardi, justificando su decisión en el sólo y escueto hecho de que ciertas posiciones del mismo se opondrían con la doctrina católica. En este marco, el Consejo de la Facultad –eso sí, por escasa mayoría– no solicitó, como alguno de sus miembros reclamaron, aclaración alguna sobre los hechos o aspectos concretos en los que se basaba dicha decisión, rechazando sin más la solicitud, en una acto que posteriormente fue ratificado por las instancias internas italianas, amparándose, como no podía ser menos, en la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional en el caso Cordero hacía ya más de treinta años.

Pues bien, lo primero que debe destacarse es que la correspondiente Sentencia señala expresamente[23] que "*souscrit aux considérations exposées dans l'arrêt no 195 de la Cour constitutionnelle en date du 14 décembre 1972…. Elle estime donc que cette partie du grief est dépourvue de fondement et doit être rejetée*".

Pero en cambio, y en segundo lugar, esta aquiescencia se alterará cuando se aborda la cuestión desde una perspectiva básicamente procedimental y formal, de justificación al menos de la decisión. Y es que en este punto el Tribunal recuerda que una limitación como esta de la libertad de expresión, en relación con el derecho a un proceso equitativo, no puede justificarse sin más mediante una simple declaración genérica, vaga e imprecisa que impide al afectado conocer en qué hechos u opiniones concretos y específicos se funda la Congregación para negar el *gradimento*. Es cierto que el Tribunal incidentalmente señala la necesidad de que el Estado excluya todo intento de apreciación sobre la legitimidad de las convicciones religiosas o de sus modalidades de expresión[24], pero ello no puede llegar –concluye el Tribunal– a eliminar la esencia misma de las garantías formales al impedirles conocer las causas concretas de la decisión.

---

[22] Firmado el 18 de febrero de 1984 y ratificado por la Ley n. 121 de 25 de marzo de 1985.

[23] Punto 78.

[24] Punto 5º con cita del asunto Bessarabie v. Moldavia n. 45701/99, punto 117.

Esta construcción podría parecer ciertamente artificiosa[25] en la medida en la que la argumentación de la Sentencia parece exigir una mínima justificación de la decisión de la Confesión, tras haber declarado, inmediatamente antes, que el Estado y, por tanto, sus órganos jurisdiccionales, no podría entrar en la valoración del fondo de tales hechos y su compatibilidad o no con las creencias de la confesión. Pero si se observa bien, esta justificación no es en absoluto innecesaria o utópica ya que, más allá de la, a nuestro juicio, inadmisible valoración por un órgano no eclesiástico de la adecuación o no de las mismas a la fe de la Confesión, lo que esta argumentación –que, obsérvese, no valora las reglas procedimentales internas de la organización, sino una mínima justificación u orientación externa[26]– permite es que al menos se focalice en estos aspectos religiosos el *non placet*, evitando, por ejemplo, que fueran otros motivos ajenos a lo religioso, pero igualmente posibles –por ejemplo, la actividad sindical del afectado– los que realmente motivaran la decisión. Ello parecería indicar que, al menos en principio, los empleadores debían aportar un mínimo indicio de hechos reales, concretos y constatables en su existencia y que permitieran constatar la conexión entre la medida adoptada –que, obsérvese, no sólo alcanza a la extinción, sino también a la no contratación, con el consiguiente y correlativo impacto sobre el área que el empleador sí puede analizar y valorar de la personalidad del aspirante[27]– con los aspectos ideológicos propios de la organización, de una forma similar a lo que parece asumir la jurisprudencia norteamericana –al menos más allá del círculo más intenso de la denominada excepción ministerial[28]–. Pero no avancemos acontecimientos

2.3. Segunda quiebra: libertad sindical e Iglesia. La no asunción de la ministerial exception norteamericana

De hecho, esta cuestión, implícita en Lombardi, va a ser finalmente el objeto nuclear de una muy reciente y, todavía no definitiva, resolución que, al menos a nuestro juicio, viene a reflejar igualmente las progresivas grietas en la vieja concepción monolítica del impacto que la autonomía de la Iglesia pudiera llegar a tener sobre el conjunto de los derechos de los trabajadores. Se trata, como decimos, del caso Pästorul Cel Bun v. Rumania, de 31 de enero de 2012, trasladado, como ya hemos señalado, a la Gran Sala el 9 de julio de ese mismo año[29].

---

[25] Como de hecho destaca, junto a otros aspectos, el voto disidente del Juez Cabral Barreto que califica la posición de la mayoría de poco realista.

[26] Sobre las diferencias de esta perspectiva con la asumida en la jurisprudencia norteamericana C. Evans, A. Hood, "Religious autonomy…", cit., p. 21.

[27] A contrario, por lo que se refiere al resto de actividades, véase la STEDH de 21 de febrero de 2008, Asunto Alexandridis v. Grecia, recurso 21924/05. No obstante véase en relación con cierta información con efectos fiscales que el trabajador debe transmitir en Alemania la STEDH de 17 de febrero de 2011, asunto Wasmuth v. Germany, recurso 12884/03.

[28] Sobre el tema no remitimos por brevedad, nuevamente, a C. Evans, A. Hood, "Religious autonomy…", cit., p. 4 y ss. Sobre esta excepción, muy recientemente, *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission et al* , 565 U.S. (2012) disponible en <http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-553.pdf> (visitada el 28/11/2012). Véase, igualmente L. PERONI, U.S. "Supreme Court and ECtHR: Conflicts between Religious Autonomy and Other Fundamental Rights", *Strasbourg Observer*, disponible en <http://bit.ly/zh9ckR> (tomado el 28/11/2012).

[29] n. 2330/09.

En esencia, la cuestión se centraba en la denegación de la posible inscripción de un sindicato de religiosos –vinculados, al parecer, mediante contratos individuales de trabajo– justificada por la ausencia de una autorización de la jerarquía de la Iglesia Ortodoxa, exigida en la normativa interna, propia de dicha confesión.

Pues bien, para la Sección Tercera del Tribunal –asumiendo el contenido de fallos anteriores sobre, los que no obstante, volveremos inmediatamente– el hecho de que se trate de trabajadores de la Iglesia no podría "clericalizar" de tal modo la relación que quedara exonerada de todas la reglas del derecho común o civil. Para la Corte, sería así cierto que, asumiendo Rommelfanger, y bajo el Convenio, un empleador cuyo *ethos* estuviera basado en la religión podría imponer especiales deberes de lealtad a sus empleados, que correlativamente podrían limitar el ejercicio de sus derechos de ser aceptados aquellos contractualmente. Pero también sostiene que cuando los Tribunales analizan una sanción impuesta por una violación de tales deberes no pueden abstenerse de aplicar un adecuado equilibrio entre los intereses en juego de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Y, desde esta perspectiva, concluye que resultaría inaceptable sostener que la simple formalización de un contrato de trabajo en este ámbito conlleve una implícita limitación del "*right to organize*" de los empleados, máxime cuando dicha cláusula no está expresamente incorporada en los contratos, los fines de la organización parecen centrarse en los aspectos laborales y no en el *ethos* de la organización, y una limitación de este tipo no parecería admisible en relación con otros documentos relevantes, como la Directiva 2000/78[30].

Es cierto, como decimos, que la decisión aún no es definitiva, y que contó con el voto disidente de dos de los siete magistrados. Pero no deja de ser llamativa como reflejo de un interpretación que, al menos a nuestro juicio, supone, en primer lugar, un claro rechazo a la amplísima excepción que en el ámbito jurisprudencial norteamericano ha llevado a excluir de su control buena parte de la aplicación de la normativa estatal al colectivo –por cierto, aún no uniformemente delimitado– habitualmente denominado como "*minister*". Y una interpretación que, además, y en segundo lugar, analiza la cuestión –sobre todo, y como veremos, cuando se trata de laicos– no ya tanto desde una perspectiva centrada en esta idea de autonomía religiosa y de no interferencia estatal en este ámbito, sino desde otra perspectiva más concreta y compleja, que traslada el epicentro de la cuestión al simple conflicto de dos o más derechos recogidos en la Convención, analizando y resolviendo desde el principio de proporcionalidad.

2.4. La matización fundamental: los límites a los deberes de lealtad y la elaboración de una serie de criterios en la ponderación de derechos

Esta línea jurisprudencial tiene, sin duda, su *leading case* en la conocida Sentencia de 23 de septiembre de 2010, asunto Schüth contra Alemania[31]. En esta

[30] Aunque resulta curiosa la ausencia de toda mención del Tribunal a las referencias singulares y excepciones que sobre derechos colectivos de los trabajadores se hacen en los asuntos mencionados en la nota n. 8.

[31] Sentencia n. 1620/03. Sobre las posteriores vicisitudes de este mismo proceso y la indemnización final por daños morales puede consultarse la STEDH (quinta sección) de 28 de junio de 2012.

ocasión la controversia se centraba en el despido de un organista y maestro del coro de una Iglesia Católica en Essen, motivado por su futura paternidad, fruto de una relación extramatrimonial, dos años después de su separación. Sin poder detenernos en un análisis exhaustivo del tratamiento que recibió esta cuestión por los órganos jurisdiccionales alemanes, nos limitaremos a señalar cómo, finalmente, el Tribunal Federal de Trabajo consideró este despido justificado aplicando básicamente la doctrina elaborada en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de junio de 1985, previamente descrita.

Pues bien, en su decisión unánime, la Quinta Sección del Tribunal Europeo parte ciertamente –tras otras observaciones de interés que, por brevedad no es posible aquí contemplar– de la ya conocida aseveración, de acuerdo con la cual, bajo la Convención un empleador cuyo *ethos* esté basado en la religión o en una creencia filosófica puede imponer deberes de lealtad a sus empleados que, libremente aceptados por las partes, se incorporarían al contrato. Pero a continuación, y esto es lo novedoso frente a la doctrina Rommelfanger, el Tribunal asume, en primer lugar, implícitamente que dicha imposición no puede ser absoluta e ilimitada al señalar que la firma del contrato no puede ser interpretada como una garantía personal e inequívoca de mantener una vida de abstinencia, incluso en caso de separación o divorcio, ya que una interpretación de este tipo podría afectar al mismo núcleo del derecho a la intimidad.

Y, en segundo lugar, y lo que sin duda es más importante, señala literalmente que "*a decision to dismiss based on a breach of such duty cannot be subjected, on the basis of the employer's right of autonomy, only to a limited judicial scrutiny exercised by the relevant domestic employment tribunal without having regard to the nature of the post in question and without properly balancing the interests involved in accordance with the principle of proportionality*". Esto es, incluso focalizado el conflicto en la propia libertad religiosa o en otros derechos inevitablemente conectados –la vida privada en este caso– la autonomía de las Iglesias no permitiría o autorizaría al Tribunal nacional a validar sin más la decisión de la Confesión. Sería necesario, por tanto, ir más allá para realizar un equilibrio o balance entre todos los intereses en juego[32]. Y, lo que es incluso más importante, la misma sentencia señalaba, con mayor o menor claridad, una incipiente serie de factores que deberían ser valorados; elementos como:

- La intensidad de los deberes de lealtad, que inevitablemente estaría conectada –aunque esto lo avanzamos nosotros– con el tipo de tarea que desarrolla el trabajador, su conexión con la transmisión del credo de la organización, la imagen de la entidad y la credibilidad de su mensaje.
- En segundo lugar, la publicidad o difusión de los actos, en especial el hecho de que diera o no conscientemente publicidad a sus posiciones en contra de

[32] Sobre la trascendencia de esta perspectiva frente a la anterior posición C. Evans, A. Hood, "Religious autonomy…", cit., p. 22.

la doctrina del empleador –lo que diferenciaría, por ejemplo, este caso del anterior asunto Rommenlfanger–.

- En tercer igual, y quizás influido por el concepto y los juicios típicos del despido socialmente injustificado, pero también con el fin de conocer realmente el impacto de la extinción sobre la situación del ciudadano, el TEDH señala como elementos de "particular importancia" las mayores, menores, o casi nulas posibilidades de que el trabajador, por su singular cualificación y la posición predominante que la Confesión pueda tener en el sector, encuentre posteriormente empleo.
- Y todo ello sin olvidar otros elementos igualmente mencionados como la duración previa de la relación o el hecho que de no se hayan abandonado las creencias, sólo errado en su cumplimiento, en un aspecto además que, en este caso concreto, señala el Tribunal, nace en el mismo núcleo de la vida privada del individuo.

La consecuencia de todo ello es que, llamativamente, el TEDH, al declarar en este caso que los Tribunales alemanes habían fracaso en el establecimiento y exteriorización de dicho equilibrio, rompe con la anterior visión monolítica que de facto otorgaba una supremacía a la autonomía de la Iglesia en estos casos de conflictos ideológicos, provocando, no sólo una notable reacción entre los propios Tribunales nacionales –a los que ahora parece reclamárseles una actuación bastante más activa–, sino también estableciendo una serie de criterios o factores –que obviamente pueden adoptar distinta importancia en cada caso concreto– y que van a volver a ser utilizados en la jurisprudencia coetánea y posterior del Tribunal para alcanzar, eso sí, la conclusión opuesta a la de este fallo.

2.5. El contrapeso: los límites a la tutela del trabajador. A vueltas sobre la tutela de la tendencia en los casos Obst, Siebenhaar y Fernández

Y es que de hecho, tras este primer caso, las posteriores decisiones de la Corte han venido a reconocer en todos los litigios la licitud de tales extinciones, haciendo que algunos comentaristas incluso se planteen si las mismas no suponen la progresiva aceptación por el Tribunal de la doctrina judicial Norteamérica de la "*ministerial exception*"[33].

En el primero de ellos, Obst v. Alemania[34], se abordaba el despido extraordinario de un alto cargo de la Iglesia Mormona en Alemania –Director del Departamento de Relaciones Públicas en Europea–, tras haber declarado la existencia de una infidelidad matrimonial. Obviamente, en este caso –coetáneo, no cabe olvidarlo al asunto Schüth–, las decisiones de los Tribunales alemanes estuvieron fuertemente condicionadas por la tantas veces mencionada Sentencia del Tribunal

[33] Véase S. SMET, Fernández Martínez v. Spain: Towards a 'Ministerial Exception' for Europe?, disponible en <http://strasbourgobservers.com/2012/05/24/fernandez-martinez-v-spain-towards-a-ministerial-exception-in-europe/> (consultado el 28 de noviembre de 2012).

[34] De 23 de septiembre de 2010, n. 425/03.

Constitucional Alemán de 1985. Lo aparentemente llamativo es que, en este caso, y a diferencia de Schüth, la Corte Europea rechazó la reclamación. Ello podría plantear la duda sobre la existencia de una hipotética contradicción entre los fallos. Pero en realidad esto no es así.

Y ello porque, en este caso, basta una lectura de la argumentación de la Corte para detectar la reiterada trascendencia que en la misma se da al importante puesto –puntos 48, 50 y 51– que dentro de la organización ostentaba el empleado. Fue esta "importante posición" la que provocaría el fortalecimiento de los deberes de lealtad –p. 51– al conectarse con la credibilidad del mensaje de la Entidad. Si a ello se une la trascendencia otorgada por la propia Confesión al deber violado, la juventud del empleado, la escasa antigüedad en el empleo y la plena conciencia de la gravedad de la infracción, se comprende que la Corte aceptase el equilibrio planteado por los Tribunales alemanes –y, obsérvese, que incluso en este tipo de tareas dicho equilibrio, aunque matizado, debe realizarse– considerando dicha pérdida como la desaparición de un requisito profesional en relación con el art. 4.2 Directiva 2000/78. Y todo ello sin que, en este contexto, pudiera otorgarse la suficiente trascendencia a otro factor, que aún así es mencionado y valorado, como es la ausencia de cobertura mediática o repercusión pública que sí existía en el caso Rommelfanger –punto 51–.

Por otra, similares elementos de valoración son los utilizados nuevamente en el siguiente caso: el asunto Siebenhaar contra Alemania[35]. Se trataba ahora del despido extraordinario de una maestra en un jardín de infancia regentado por una parroquia protestante tras ser informada anónimamente de que dicha profesora era miembro de otra comunidad religiosa en la que impartía cursos de iniciación, si bien esta información era accesible para cualquiera al constar en la documentación de los mencionados cursos.

En este caso, es cierto que la sentencia no destaca de forma tan reiterada como en Obst la naturaleza de las tareas desarrolladas por la demandante. Pero sí lo hace implícitamente a lo largo de buena parte de su argumentación al resaltar el impacto que este cambio de creencias y la impartición de cursos en el mismo local del jardín de infancia de la Iglesia protestante pudiera tener sobre la credibilidad del mensaje de la Iglesia, y, por tanto, sobre el propio desarrollo del trabajo contratado. Si a ello se suman nuevamente otros factores –ya conocidos– como la edad/juventud, la escasa duración del contrato, el hecho de que en este caso no haya inobservancia sino abandono de la fe de la entidad, y que estos datos son accesibles fácilmente por el público, tendremos en definitiva, una ponderación de equilibrios que, al menos para el Tribunal, son suficientes para considerar superado este test.

Finalmente el último caso, al menos por ahora, de esta intensa serie de decisiones, es la relativa al conocido asunto Fernández Martínez c. España[36]. Como se recordará, este supuesto abordaba la no renovación como profesor de religión de un sacerdote secularizado, posteriormente casado, cuyo *placet* fue retirado

[35] De 3 de febrero de 2011, n. 18136/02.
[36] STEDH de 15 de mayo de 2012, n. 56030/07.

tras hacerse público en un medio de comunicación social su pertenencia al movimiento pro celibato opcional. En dichas declaraciones se reclamaban *"el celibato opcional, así como una Iglesia democrática y no teocrática",* además de exponer su desacuerdo con la posición de la Iglesia en relación con el aborto, el divorcio, la sexualidad o el control de la natalidad.

Pues bien, también en este caso, y tras la reiteración de declaraciones similares a las ya señaladas anteriormente, el Tribunal comienza su argumentación señalando un dato que, a su juicio, distinguiría este supuesto de los antes abordados: el hecho de que no nos encontremos ante un laico como en Obst, Schüth o Siebenhaar, sino ante un sacerdote secularizado. Ya hemos señalado cómo, en general, el Tribunal ha sido extraordinariamente reacio a tutelar los posibles derechos de los ministros frente a sus confesiones al intensificarse en este ámbito el campo de necesaria limitación derivado de la autonomía de la Iglesia[37]. De ahí que el Tribunal acoja también en este caso esta misma perspectiva y que, además, retomando nuevamente el criterio de la trascendencia de la tarea realmente desarrollada, considere *"no irrazonable"* exigir al afectado una obligación de lealtad acrecentada, máxime cuando los destinatarios directos de la enseñanza son –de acuerdo con el Tribunal– menores vulnerables e influenciables[38]. Si a ello se une la difusión mediante un medio de comunicación social de las declaraciones contrarias a la doctrina oficial de la Iglesia –otro de los criterios tradicionales desde Rommelfanger– se comprende cómo, a pesar de la opinión parcialmente disidente del Juez Saiz Arnaiz, el Tribunal acabe por reconocer la legitimidad de los deberes de lealtad acrecentados, destinados –al menos teóricamente– a *"preservar la sensibilidad del público y de los padres de alumnos del Instituto"*.

3. UN INTENTO DE CONSTRUCCIÓN DE UNA "HOJA DE RUTA" EN ESTOS CASOS

Llegados a este punto parece evidente que, a diferencia de lo que ocurría a principios de los años noventa, en la actualidad sí contamos con un número de decisiones del TEDH que permiten construir un cierto *corpus* doctrinal en este punto, por mucho que dicho marco conceptual resulte aún escueto, parcial y, en algún caso, todavía provisional.

Intentando sistematizarlo en pocas líneas podríamos decir, en primer lugar, que el punto de partida para el Tribunal es siempre la amplia libertad que en la apreciación de estos conflictos debe darse a los Tribunales nacionales, máxime si,

---

[37] Véase, por todas, la STEDH de 23 de septiembre de 2008, caso Athinen v. Finland, n. 48907/99 y las Decisiones en los casos Baudler, Reuter y Müller contra Alemania, todas ellas de 6 de diciembre de 2011 n. 38254/04, 39775/04 y 12986/04, respectivamente. Anteriormente, Decisión de 8 de marzo de 1976, asunto X v. Dinamarca, recurso 7374/76; Decisión de 8 de marzo de 1985 Knudsen c. Noruega, recurso 110/45/84.

[38] Esta misma valoración sirvió también para aceptar –en la Sentencia Dahlab c. Suiza, de 15 de febrero de 2001, recurso 42393/98– la inexistencia de violación de la libertad religiosa de una profesora de una escuela infantil suiza a la que se le exigió que no portara un pañuelo sobre la cabeza.

como reconoce el propio Tribunal, no existe un criterio homogéneo en todos los Estados[39]. Ello supone que el Tribunal no intenta establecer una doctrina rígida en este campo, aunque sí unos ciertos límites o fronteras –por ejemplo, de necesaria explicitación de los factores tenidos en cuenta en la búsqueda del equilibrio entre los derechos[40]– que, aunque amplios, deben vincular a los Tribunales nacionales y que de hecho, en la práctica, ya los están influenciando.

La segunda idea es que, aún sin llegar a los "extremos" de la *ministerial exception* norteamericana, es evidente que la actitud del Tribunal es ciertamente diferente en función de la naturaleza de la relación[41] y del tipo de tareas desarrolladas. Así, por ejemplo, cuando los conflictos surgen en las relaciones entre ministros y su Confesión, la autonomía de las Iglesias cobra toda su fuerza y el control, aún existente, es mínimo[42]. Ahora bien, en este caso, y a diferencia de la doctrina norteamericana, el Tribunal –obsérvese, en una decisión no definitiva– no extiende esta "excepción" a derechos o causas de discriminación distintas a la religiosa, por ejemplo la sindical[43]. No obstante, el hecho de que en ninguno de estos asuntos se haya planteado un motivo que pudiera conectarse con el género –discriminación por embarazo fuera del matrimonio, en casos en los que, sin embargo, no se haya provocado esta misma reacción empresarial, aunque sea notoria, la existencia de compañeros que mantengan relaciones sexuales fuera igualmente del matrimonio– deja en el aire la posición que en este punto adoptaría el Tribunal.

En cambio, cuando nos encontramos ante un laico, la naturaleza de las tareas realizadas y su importancia en la gestión[44] y en la transmisión del credo de la Confesión[45], cobran una enorme importancia en la medida en la que podrían justificar, o no, la existencia de una serie de deberes de lealtad incrementados, con la consiguiente restricción de los derechos del empleado[46].

En tercer lugar, el Tribunal otorga igualmente un claro valor al hecho de que estas discrepancias o críticas se realicen públicamente, especialmente cuando se realizan a través de medios de comunicación social[47].

---

[39] Asunto Schüth, puntos 55 y 56; asunto Siebenhaar, punto 39; asunto Obst puntos 41 y 42; asunto Fernández Martínez, puntos 78 y 79. En relación con otra cuestión –presencia de crucifijos en centros escolares públicos–, véase la STEH (Gran Sala) de 18 de marzo de 2011, asunto Lautsi v. Italia, recurso 30814/06.

[40] Especialmente, asunto Schüth, puntos 67, 73 y 74. La percepción contraria –suficiente justificación y explicitación– en el asunto Obst, punto 49, o en el asunto Siebenhaar, punto 45.

[41] Véase, por ejemplo, la referencia a la *"nature of the employment"* en Rommlefanger. Igualmente, véase caso Pästorul Cel Bun, punto 78, en el que se califica esta cuestión como de *"particular importancia"*, así como lo ya indicado en relación con el asunto Fernández Martínez, punto 83.

[42] Véase supra nota n. 36.

[43] Véase el caso Pästorul Cel Bun, antes citado, punto 86. Obsérvese igualmente cómo en el asunto Fernández Martínez, puntos 81 y 84 destaca la naturaleza estrictamente religiosa de las circunstancias que han motivado la no renovación.

[44] Asunto Obst, punto 48.

[45] Por ejemplo, asunto Schülth, punto 69. Destacando las diferencias del caso con las denominadas tareas neutras, asunto Fernández Martínez, punto 85.

[46] Asunto Obst, puntos 50 y 51; asunto Fernández Martínez, punto 85.

[47] Así, por ejemplo, véase los asuntos Rommelfanger y Fernández Martínez, punto 86. En sentido opuesto, destacando esta ausencia, Schüth, punto 72. En cambio, el Tribunal no otorgó un valor decisivo a la ausencia de esta publicidad en el Asunto Obst, punto 51.

E, igualmente, y en cuarto lugar, se otorga valor –aunque condicionado por la propia posición de la Confesión– a la trascendencia o gravedad del incumplimiento[48], al hecho de que el afectado sea claramente consciente de la misma[49], por ejemplo, como consecuencia de que expresamente no se contemple tal limitación en el contrato[50] y, obviamente al impacto que la misma puede tener sobre la credibilidad del mensaje de la entidad[51], lo que conecta con la posibilidad de considerar estas exigencias como requisitos profesionales legítimos, necesarios y proporcionales en los términos de la Directiva[52].

Finalmente, y a efectos de valorar adecuadamente el impacto de la decisión extintiva sobre la situación personal del afectado, el Tribunal utiliza igualmente otros factores como la edad[53], la duración previa de la relación –valorando, por ejemplo, a efectos de otorgar una menor protección, la escasa duración previa de la relación[54]–, así como las posibilidades posteriores de encontrar rápidamente una ocupación adecuada[55], lo que obviamente se encuentra condicionado a la concreta cualificación del empleado e, incluso, a la posición dominante que ciertas Iglesias tienen en relación con ese segmento del mercado de trabajo, por ejemplo, en Alemania[56].

En definitiva, una serie de criterios de eficacia relativa en función del caso, que conducen a un sistema menos categórico, claro y seguro que el norteamericano, pero, a la vez, más casuístico, flexible y, al menos a nuestro juicio, justo, en el que curiosamente adquiere igualmente valor interpretativo la redacción, los límites y las exigencias del art. 4.2 de la Directiva 2000/78[57], en un proceso que seguramente será bidireccional, en la medida en la que estos fallos probablemente también influirán en la interpretación de esta misma norma comunitaria.

---

[48] Asunto Obst, punto 48.

[49] Asunto Fernández Martínez, punto 86.

[50] Asunto Păstorul Cel Bun, punto 82; asunto Obst, punto 50; asunto Siebenhaar, punto 46.

[51] Asunto Obst, punto 48; asunto Siebenhaar, puntos 44 y 46.

[52] Asunto Obst, punto 51; asunto Siebenhaar, punto 46; asunto Fernández Martínez, punto 87.

[53] Asunto Obst, punto 48; asunto Siebenhaar, punto 44.

[54] Asunto Obst, punto 48; asunto Siebenhaar, punto 44.

[55] Implícitamente, o a mayor abundamiento, en el asunto Fernández Martínez, punto 88.

[56] Asunto Schüth, punto 73.

[57] Asunto Păstorul Cel Bun, punto 83. Más contextualmente, véanse, por ejemplo, las menciones a esta norma en el asunto Lombardi, punto 40, o en el asunto Schüth, punto 70.

CRISIS ECONÓMICA Y DESPIDOS ECONÓMICOS. CONEXIONES INSTITUCIONALES Y JUICIO DE RAZONABILIDAD

Francisco Alemán Páez
Catedrático Acreditado
Universidad de Córdoba

Juan de Dios Camacho Ortega
Magistrado Titular del Juzgado de lo Social nº 1 (Córdoba)

"*Paucis natus est, qui populum aetatis suae cogitat*"
Quien limite el pensamiento a sus contemporáneos, solo influirá en unos pocos (Schopenhauer A "El mundo como voluntad y como representación" L. IV).

SUMARIO

1. LA "HIPERCRISIS" Y LA "FINANCIARIZACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES". CONEXIONES Y EFECTOS EN LA DESTRUCCIÓN DE EMPLEO Y EN LA IDEOGRAFÍA DEL DESPIDO ECONÓMICO
2. DESPIDO ECONÓMICO Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA CRISIS: CÓDIGOS EMERGENTES Y CANON DE "SOCIALIDAD"
3. EL JUICIO DE RAZONABILIDAD EN LOS DESPIDOS ECONÓMICOS. PUNTOS CRÍTICOS Y BASES PARA SU EVALUACIÓN

1. LA "HIPERCRISIS" Y LA "FINANCIARIZACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES". CONEXIONES Y EFECTOS EN LA DESTRUCCIÓN DE EMPLEO Y EN LA IDEOGRAFÍA DEL DESPIDO ECONÓMICO

El despido económico es una pieza central de la arquitectura normativa del derecho del trabajo y una clave neurálgica del funcionamiento de los sistemas de relaciones laborales, de suerte que su tratamiento jurídico, y la concepción dominante de dichas figuras, condiciona inercias contractivas o activadoras de las contrataciones y de los procesos de reajustes de plantillas. En la concepción de tales categorías prima un código de doble faz que anuda los conceptos "coste" (económico) vs. "rigidez" (normativa), cuyo binomio se recaba en el terreno contra-argumental cuando se justifica la utilización de dicha categoría extintiva, sin embargo la valencia de dichos códigos se redimensiona en tiempos de crisis, máxime si ésta adquiere magnitudes desconocidas. Ciertamente, uno de los aspectos diferenciales de la actual *hipercrisis financiera*[1] consiste en la sangría de puestos sufrida en un espacio de tiempo tan breve, sobre todo en el caso Español merced a un desempleo destructivo que en apenas un lustro ha cambiado la fisonomía y el comportamiento del mercado del trabajo envolviéndolo en una espiral de ajustes estructurales de muy compleja remoción y afrontamiento. Los años 2007-2012 marcan un desplome agudísimo del empleo cuyas causas van más allá de la contracción económica y de la regulación jurídica, con el dato agravante de hipostasiarse un horizonte recesivo muy dilatado en el tiempo que augura nuevas reformas en esta temática, según recomendaciones de la propia OCDE, para facilitar aún más la flexibilidad interna y externa, incluso con rebajas subsiguientes en el régimen de las indemnizaciones.

Aunque son muchas las causas explicativas del hundimiento de nuestro mercado laboral, colacionaremos una tríada de factores. El primero de ellos hunde sus raíces en el recrudecimiento de la globalización y de la competencia internacional. La entrada en escena de nuevos países en el comercio mundial, facilitadas por las políticas liberalizadoras y desreguladoras, junto a los efectos del cambio sistémico, con la difusión de fuentes de energía alternativa, gobernanza de internet y la eclosión de la revolución digital, son elementos que en su conjunto conminan a los agentes institucionales y económicos a contar con estructuras adaptables y a renovarlas continuamente para actuar en un escenario hiperglobal sobremanera competitivo, radicando aquí un primer déficit dimanante de las características estructurales de nuestras empresas y de la falta de inversión –ya crónica- en I+D+I. El segundo factor estriba en la hegemonía de la industria financiera dentro del sistema capitalista y su desenvolvimiento en una espiral de retroalimentaciones y burbujas económicas.

---

[1] Sobre la construcción teórica del término "hipercrisis" al hilo del RDL 3/2012, vid Alemán/ Estévez/ Grau, "El encuadramiento profesional en la reforma de 2012: un ejemplo del derecho del trabajo de la hipercrisis", AS nº 4, 2012, p. 209 y ss; en igual línea crítica, vid Molina Navarrete C. "De la "flexibilidad laboral" al "ajuste social total": lo que el "Austeritario" Real Decreto-Ley 20/2012 se llevó, de momento", RTSS, CEF nº 356, 2012, pp. 5 a 120.

El establecimiento de tipos de interés bajos lleva a los especuladores a idear productos financieros sin control (v.gr. pactos de recompra, valores con tasa de subasta, préstamos subprimes o preferenciales, etc) amparándose en una banca en la sombra para obtener liquidez a corto plazo. Frente al otrora peso específico del trabajo como factor productivo y de los patrones clásicos de acumulación de beneficios, el capitalismo financiero permite generar ganancias al margen del trabajo material y de los canales tradicionales de intercambio (comercio y producción de mercancías). Pero el problema es que la mentada financiarización económica despliega unos efectos adyacentes en la *financiarización de las relaciones laborales*[2]. Los Estados salen al rescate de los bancos a costa de detraer del presupuesto partidas que luego se restan de las dotaciones sociales. Además, el trabajo se concibe asépticamente como un factor productivo más intercambiable y/o desechable. Se acometen reformas que refuerzan el poder directivo, se incoan dialécticas negociadoras inclinadas del lado empresarial, y se realizan desmantelamientos de servicios públicos que pasan a gestionarse por agentes privados. Finalmente, el tercer factor abarca un conglomerado de elementos idiosincrásicos que convergen en el fracaso -o gestión despilfarradora- de las políticas activas de empleo y en su anudamiento con una defectuosa articulación del Estado Autonómico. El elenco de factores descritos se anudan al decrecimiento económico, empero, con la gran particularidad de infligir al dato jurídico una valencia desorbitada, tanto en lo que atañe a su posible papel causante del desempleo como sobre todo, y muy especialmente, respecto del papel que puede llegar a asimilar la ley laboral para encauzar la recuperación económica.

Las ramificaciones del modelo institucional del despido económico extraen importantes inferencias teórico-prácticas y en clave sistémica. Su régimen plantea un doble pivote normativo cuya aplicación pende del número de trabajadores afectados por la medida (arts. 51 y 52 ET), empero su radio de acción es circunstante pues co-implica a numerosos vectores institucionales, algunos de cuyos elementos se incorporan a su estructura institucional. Entre dichos elementos, destaca la existencia de la causa real del cese y la acreditación del nexo de funcionalidad entre dicho efecto y la justificación del despido. Sobre este nexo se enhebra, precisamente, el control jurisdiccional de la decisión extintiva, o *juicio de razonabilidad,* al objeto de valorar si los efectos de dicha medida guarda la debida proporcionalidad con los cambios producidos en la empresa y las finalidades perseguidas (STS 8/1/00). La reforma operada mediante la Ley 3/2010 ha introducido importantes modificaciones que alteran los centros de gravedad de dicha modalidad extintiva, tanto en sus aspectos sustantivos como adjetivos, y dentro de esto último al hilo del margen que ostentan los órganos jurisdiccionales cuando valoran tales medidas, para lo cual analizaremos tales aspectos desde un triple plano: contextual, institucional y analítico (epígrafes 1, 2 y 3, respectivamente, de la Comunicación).

Los ordenamientos de nuestro entorno construyen el despido económico combinando cuatro elementos esenciales. El dato central consiste en requerir una "causa

---

[2] El neologismo proviene de S. Ruesga "La financiarización de las relaciones laborales", Cuadernos de Relaciones Laborales, Vol. 30, nº 2, pp. 407 y 411.

justa", variando la formulación de dicho requisito según los casos (causa "seria", "auténtica", "real", "justificada", etc)[3]. A ello se anuda un régimen de prohibiciones, que en nuestro país enlazan con los motivos de nulidad por violación de derechos fundamentales. Las premisas materiales descritas se enhebran con los aspectos rituarios y de procedimiento, para finalmente abordarse las consecuencias económicas del despido. A estos cuatro elementos debemos añadir uno más: el papel adjudicado a algún órgano externo con competencias verificadoras, autorizadoras o fiscalizadoras del despido. Como podemos ver, el esquema descrito pende, en fin, del juicio de necesidad de la extinción contractual, lo cual conlleva, de un lado, la posibilidad de exigir al empresario una justificación del despido demostrando que se trata de una medida razonable, necesaria y proporcionada, y, de otro, la posibilidad de verificar dichos presupuestos y la existencia del propio juicio de necesidad. La regulación comparada coincide en presumir la justificación del despido cuando resulte ser una medida necesaria, o dicho de otro modo, se cierra la posibilidad de despedir cuando sea una medida discrecional del empresario relativa a la gestión ordinaria del negocio. Con esta premisa, mientras algunos sistemas consideran dicha práctica judicial como un elemento de orden público atribuyendo al juez amplias competencias apreciativas (caso Francés), nuestro ordenamiento no ceja de dulcificar dicho canon verificativo. En efecto, el modelo implantado tras la Ley 3/2012 minusvalora la exigencia que el despido sea necesario y la justificación de su razonabilidad, lo cual deja en el aire un espacio de discrecionalidad empresarial sobre el que apenas late control. Tampoco se prevé ninguna regla de proporcionalidad entre la reducción de la facturación, ventas o volumen de ingresos en relación con el número de trabajadores despedidos. Contamos con una reciente regulación reglamentaria que aclara algunos aspectos del procedimiento de despido colectivo, pero, como veremos oportunamente, éste termina pivotando sobre la decisión última del empleador.

El primer dato a resaltar es que los cambios legislativos efectuados en esta materia no han atajado la tendencia devastadora de empleo, al contrario, la destrucción de puestos ha aumentado un 13 % en términos generales. El RDL y la Ley 3/2010 trenzaron un doble eje de actuación reordenado los mecanismos de flexibilidad interna (movilidad, modificaciones, descuelgues, suspensiones) de consuno con los dispositivos de flexibilidad externa (abaratamiento y facilitación rituaria del despido). Todo ello, según reconocía la Exposición de Motivos, en previsión que las empresas decantaran sus preferencias por las medidas de movilidad interna como alternativa pragmática a la extinción, sin embargo las cifras demuestran una realidad muy distante de lo pretendido merced a la decantación empresarial por el segundo eje antedicho en disfavor del primero de ambos. Cabe pues inferir un *uso táctico y estratégico* de la reforma cuyos efectos se dosifican y suceden en el tiempo y en ámbitos que sobrepasan el dato jurídico. El derecho, no lo olvidemos nunca, es un sistema auto-referencial que traduce instrumentalmente una determinada acción política, o lo que es igual, acciones políticas determinadas por adscripciones

[3] Vid al efecto "El modelo de despido en la Unión Europea. Elementos clave para la comparación de los modelos de despido en la UE", Fundación Primero de Mayo, Madrid, 2012.

ideológicas, intereses corporatistas y de partido, anteponiéndose unas necesidades sobre otras en cada contexto y a tenor de un orden de preferencias abierto a la elección. Los principios de legalidad y jerarquía trazan, claro está, unas bases elementales al ponerse en práctica dicho esquema de acción, pero siempre cabe una discriminación asimétrica de opciones mediante la acción política y de gobierno. En nuestro caso, nada menos, dotando de efectos jurídicos a decisiones de marcadísimo cariz económico y protectoras de intereses empresariales, insertándose así en el ordenamiento un esquema operativo y axiológico bajo un marchamo de objetividad merced al rango e inmediatez aplicativa de la norma jurídica.

El más inmediato e importante de esos efectos ha consistido en la activación de un proceso de racionalización general de las plantillas y de las estructuras productivas, primeramente, y sobre todo, en términos cuantitativos gracias a un esquema binario de extinciones y ajustes de sueldos, para desde ahí desplegarse, a modo de variable dependiente, las facetas "cualitativas" de dicha modificación legal, como es el caso de las medidas de movilidad y las reordenaciones funcionales, en su amplitud institucional. De lo aseverado da muestra el acusadísimo repunte del desempleo y de los expedientes autorizados, justo en los meses de marzo y junio, meses que escenificaron la incoación del RDL 3/2010 y su convalidación ulterior parlamentaria. No obstante, nuestra aseveración adquiere mayor consistencia si examinamos los datos estadísticos, cuyo análisis proporciona una ideografía de las particularidades estructurales que vienen envolviendo la aplicación del instituto extintivo, amén de confirmar la divergencia entre los objetivos prioritarios de la reforma y los resultados obtenidos hasta la fecha. Para empezar, dicho examen estadístico confirma la prioridad empresarial por las extinciones cuando acometen medidas de ajuste y de reducción de costes[4]. Los dos grandes cambios incoados con la reforma para facilitar y abaratar los despidos tuvieron por objeto la "clarificación" de las causas económicas y la eliminación de la autorización administrativa en los expedientes de regulación de empleo. Pues bien, la combinación de ambas medidas ha provocado aumentos de hasta un 53% en los despidos individuales por causas objetivas y del 33% en el número de trabajadores despedidos mediante EREs. En análogo plano valorativo se subraya el papel de los expedientes de suspensión y de reordenación de la jornada, cuya trayectoria comparativa al hilo de la aplicación de la reforma sólo los sitúa algunos meses por encima de las extinciones colectivas. Entre las causas alegadas al efecto, sobresale el predominio de los motivos económicos, siguiendo a bastante distancia las causas técnicas y, con mucho menor relieve, las organizativas, las de producción y la fuerza mayor, ésta última casi testimonialmente. A su vez, dentro de las causas económicas predominan los problemas de tesorería y de financiación, siguiéndole las restricciones en la demanda y en el volumen de contratos, la quiebra, las suspensiones de pagos por deudas, y la baja productividad. También

[4] Por razones de espacio y de apoyatura metodológica, sólo recabaremos una ideografía general de tales datos con valores medios o absolutos sin entrar en cifras pormenorizadas. La fuente no es otra que las fichas oficiales elaboradas por el Ministerio de Empleo (Reg nº 2, 6, 15, 16, 17, 22, 28, 34). Los indicadores se han operacionalizado en noviembre del presente año, con datos cerrados en la página web del ministerio a septiembre del 2012.

se observa una prevalencia de los expedientes pactados frente a los terminados sin acuerdo, en un ratio de ¾. Por último, las estadísticas evidencian la vulnerabilidad de nuestro tejido productivo y el peso predominante de las Pymes al ser dichas unidades económicas las que han sufrido las consecuencias más devastadoras de la destrucción de empleo. En efecto, los trabajadores de empresas de pequeñas dimensiones han engrosado las cifras de paro de forma mayoritaria, sobre todo las unidades que ocupan entre 1 y 10 trabajadores, lo cual subraya un proceso devastador de cierre de pequeñas empresas por las dificultades de acceso al crédito bancario y las congelaciones en la liquidez monetaria.

Los datos desvelan una reforma-oportunidad para incoar un caudal de despidos gracias a las facilidades dadas al respecto, a modo de efecto de anticipación de indicadores económicos contractivos. En verdad, la Ley 3/2010 ha legitimado un macro-plan de saneamiento de las estructuras empresariales públicas y privadas mediante duros procesos de reajustes y de amortización de puestos. Asistimos a un *trueque estructural de empleo estable por empleo precario y menos ventajoso* cuyas consecuencias se irradiarán temporalmente en nuestro tejido socioeconómico, de manera que las medidas actuales irán desplegando una espiral de retroalimentaciones venideras, visto el escenario de hipercrisis, recesión económica y reactividad empresarial por los contratos estables. Se engrosa un caudal de empleos des-espacializados con trabajadores cuya *volatilidad sociolaboral* les lleva a aceptar retribuciones infra-mileuristas en condiciones de sumisión y ultra-disponibilidad, y cuyas cosmovisiones resultantes relativizan los cánones de subordinación y ajenidad del tipo general Estatutario. La crisis no mina el trabajo, lo que en puridad dinamita es el empleo, de hecho siguen y seguirán existiendo requerimientos funcionales desde otros esquemas de afrontamiento y de realización material, por ende bajo patrones no arquetípicos de uniformidad jurídica y sin estabilidad vinculativa.

El segundo fin táctico de la reforma consiste en su instrumentación como mecanismo de devaluación macroeconómica y de elevación de la competitividad valiéndose de los mecanismos proporcionados por el derecho del trabajo. Tras las medidas descritas late la imposibilidad de actuarse gubernalmente sobre el tipo de cambio monetario, de ahí que los recortes, unidos a las reducciones salariales ex arts. 41 y 82/3 ET, estén sirviendo de instrumentos devaluadores del costo del factor trabajo y de elevación diferida de las exportaciones. La reforma ha allanado, pues, el terreno del *subempleo* para que un conglomerado de trabajadores acepten ocupaciones cuyos salarios son inferiores a los que podrían recibir en otras circunstancias, ahora bien, la contención y reducción de las rentas salariales es un elemento coadyuvante de la competitividad cuyo alcance es parcial y coyuntural. Los efectos de la devaluación interna dentro del mercado Europeo vía devaluaciones retributivas pseudo-pactadas, que es por donde se han fortalecido las exportaciones equilibrando algo nuestra balanza de pagos, se diluirán prontamente si no se acomete una verdadera unión fiscal y un perfeccionamiento de la Unión monetaria. Paradójicamente, la urgencia conferida a las reformas laborales y a los recortes draconianos contrasta con decisiones que eluden los verdaderos ejes neurálgicos de la hipercrisis. Un

ejemplo lo ilustra la postergación de la unión bancaria Europea o la oposición Alemana a que el MEDE (Mecanismo Europeo de Estabilidad) recapitalice la banca española con carácter retroactivo[5]. Estas medidas, que repetimos son la llave de la recuperación económica y de la confianza social, tropiezan con una "Euroburbuja líquida" y una "Eurocracia" enrocada burocráticamente que obvia los mecanismos reales de cohesión y unión política o los da por supuestos con un mercado laboral de escasa movilidad interior (si no descapitalizado por la emigración de jóvenes fuera de las fronteras europeas) o con medidas que no cejan de enfatizar en la integración económica vía equilibrio monetario y control de la inflación. En suma, el "conglomerado Europeo" (más que Unión en sí), da lugar a una irresponsabilidad fiscal sobremanera diversificada y escasa solidaridad hacia los países más castigados por la crisis. La rebaja de los costes por despido en momentos de hipercrisis genera de inmediato una proclividad empresarial por la extinción sin apenas considerar otras fórmulas alternativas[6], con el problema inmediato de derivar sus "externalidades prestacionales" al Estado, lo cual lastra aún más la reactivación económica con un volumen de parados que paulatinamente irán agotando las redes de protección por desempleo. El subempleo y el deterioro del mercado de trabajo ahondarán la segmentación entre trabajadores fijos y temporales y las rotaciones sin vínculos estables. La dialéctica flexibilidad interna/externa no es dicotómica, visto el peso específico de la segunda alternativa y la mixtificación de la flexiseguridad[7], lo cual confirma el posicionamiento ideológico de la última reforma y la instrumentación de la ley laboral por el partido con responsabilidades de gobierno[8]. Frente a la narcolepsia de brotes verdes hipotecados en un mar de corrupción institucionalizada y de mensajes manipuladores de una pronta salida de la crisis, el horizonte otea un escenario cortoplacista de seis millones de parados en el 2013-14 y cifras del 26-27% de la población activa, mientras que a largo plazo las previsiones de la OCDE para España marcan un escenario gris de *15 años* para volver a los niveles de paro existentes antes de la crisis[9]. Más bien, se abre un largo

---

[5] El diktät germánico de austeridad y su neuroticismo -proveniente del período de entreguerras- por controlar la inflación y mantenerla inmaculada, implica que cada Estado miembro asumirá los activos negativos pendientes a la creación del supervisor único, lo cual generará graves revuelcos en las finanzas públicas, nuevos maquillajes contables y nuevas restricciones presupuestarias bajo el susodicho canon de austeridad. Pensemos que, si bien estas medidas no computan en primera instancia como déficit público, sí lo serán a medio plazo con el pago de intereses derivado del incremento de deuda. Por lo demás, y según declaraciones del propio Ministro de Economía (Bruselas 12/11/12), cada subida en 100 puntos de la prima de riesgo conlleva un lastre de un 0.5 de decrecimiento económico en términos de PIB.

[6] Defendiendo esta tesis, vid más ampliamente Ballester Pastor A, en "La flexibilidad interna en el marco de las relaciones laborales", Ponencia del XXII Congreso de DTSS, San Sebastián, 17-18/5/2012 (ejemplar multicopiado), pp. 6 o 18, o Alemán Páez F. "La flexibilidad y la movilidad interna. Notas críticas y mixtificaciones al hilo de las últimas reformas legislativas (Ley 3/2012, de 6 de junio)", REDT (en prensa).

[7] El nuevo paradigma es la "*flexifabricación*", ya presente en el sector Español de automóviles, el cual supedita funcionalmente el convenio colectivo, en su integridad, a las evoluciones mercadológicas.

[8] Más ampliamente respecto de las vertientes político-ideológicas de la hipercrisis y desde varios enfoques disciplinares, vid Alemán Páez "La hipercrisis global y financiera y sus efectos en las relaciones laborales", AS (en prensa).

[9] Diario El País 26/5/11 y 28/11/12. La OCDE estima que el decrecimiento económico, las restricciones de crédito y el plan de consolidación impedirá al gobierno alcanzar sus objetivos de déficit. Se auspicia además

período recesivo y/o de estabilización (o de "crecimiento negativo", utilizando la eurojerga del ministro de economía) con elevadísimas tasas de paro que, precisamente, permitirá afrontar un proceso de contención y/o reducción salarial en pro de la competitividad, cuando sus verdaderas claves no están en el derecho del trabajo sino en factores extramuros al mismo (p.ej. estilos de dirección empresarial, inversión en formación real -no credencial-, políticas transparentes de promoción interna, remoción de jefaturas tóxicas, o asentamiento de una auténtica responsabilidad social corporativa).

Las políticas de contracción y el paradigma de la austeridad son una "contraditio in terminis" con los potenciales de crecimiento de cualquier país y de su sistema económico. Una vez irradiado estructuralmente el apalancamiento o "leverage" (deuda ascendente en comparación con los ingresos o activos), la ecuación resulta insalvable: más deuda con menos ingresos no pude dar otra cosa que más déficit, y ello además en una espiral de infraconsumo, desempleo y decrecimiento del PIB. La sucesión de desvíos presupuestarios al alza afianzarán dicha circularidad, cuyo afrontamiento vendrá dado a golpe de recortes y retrocesiones en prestaciones educativas o sanitarias. Las consecuencias de la hipercrisis y de las políticas de austeridad se hipostasian pues letales merced al aumento del precariado, la vulnerabilidad y la exclusión, luego las hipotecas al "programa reformista" resultan ser, más bien, "liquidacionistas" en desmantelamientos autotélicos del bienestar, en pérdidas o retrocesiones venideras de derechos y en minoraciones dosificadas de las prestaciones públicas. La gran paradoja es que sea finalmente la clase media trabajadora quien asuma el coste anímico y socioeconómico de los excesos realizados por una oligarquía financiera sin escrúpulos acometiendo además el rescate indirecto de la avidez bancaria. Por si alguien dudaba del carácter poliparadigmático de nuestra disciplina y del solapamiento de la dialéctica capital/trabajo, son axiomas más reverdecientes que nunca dada la prevalencia del conflicto frente al consenso, lo que de todos modos no oculta la ocultación del primer axioma entre la nebulosa del precariado, la retrocesión de derechos, el desempleo o subempleo masivo, o la consigna regimental "esto es lo que hay". En esta misma línea, la rama social del derecho invierte sus esquemas protectores ontogenéticos e incluso subvierte muchas de sus lógicas operativas en pro de la supervivencia de las empresas, entre ellas facilitando el despido económico como mal menor al cierre. Si en tiempos de crisis la táctica es idear paradigmas y chivos expiatorios, tal como ha venido aconteciendo con las diversas versiones de la flexibilidad en su maridaje con el derecho del trabajo, en tiempos de hipercrisis la referida expiación se recrudece y en términos maximalistas. Es entonces cuando afloran los dinteles de una estrategia neoliberal sutilmente orquestada entre tácticas variopintas de contabilidad socio-normativa, eficientismo en la gestión

que en caso de generarse turbulencias en la zona euro se agravará la recesión en nuestro país y el déficit. La OCDE certifica las contradicciones de las recetas neoliberales mediante salvajes recortes presupuestarios, es más, el objetivo marcado en la reforma de recuperar la confianza en los mercados financieros será otro objetivo inane más ya que los nuevos recortes dañarán todavía más la actividad económica y el deterioro en la percepción de España a cargo de los referidos mercados. Vista la alta probabilidad de tales hipótesis, habrán pues nuevos argumentos para seguir ahondando en el abaratamiento del despido.

económica, *recortes de democracia* (desprecio al diálogo social, manipulaciones en los medios de comunicación y en la opinión pública), e involuciones en los mecanismos de participación (desafectación institucional, desaparición de consejos económicos y sociales autonómicos, etc).

2. DESPIDO ECONÓMICO Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA CRISIS: CÓDIGOS EMERGENTES Y CANON DE "SOCIALIDAD"

Si el despido económico es una medida excepcional sometida a un régimen reforzado de controles y garantías, sus claves se redimensionan en situaciones de crisis, dado el papel de la flexibilidad externa como mecanismo de racionalización de plantillas, optimización organizacional y ahorro de costes laborales. La actual, para mayor abundamiento, ha venido acompañada de una alteración del papel otorgado hasta ahora a los dispositivos jurídicos y al reparto de roles de los poderes Estatales cuando éstos abordan las estrategias nomotéticas de afrontamiento. Por una parte, es el Estado central quien asume el protagonismo de tales actuaciones, y ello mediante un uso desmedido del RDL, amén de recurrir a otras materias para abordar colateralmente el cuadro de acciones normativas (leyes de presupuestos, figuras impositivas, etc)[10]. En segundo lugar, hemos visto que la acción legislativa viene catapultada por circunstancias atinentes al sistema financiero, y muy en particular debido a la reordenación de las cajas de ahorro y a sus defectos flagrantes de gestión y corrupción, circunstancias que además deben contextualizarse en clave Europea, desde cuyas instancias proviene la reforma del art. 135 CE y las contenciones de gasto que dicho precepto conmina al conjunto de las administraciones del Estado. Finalmente, nos encontramos con disposiciones normativas que combinan un carácter de coyunturalidad y estructuralidad. En principio, se presentan como acciones expeditivas motivadas por circunstancias de especial gravedad socioeconómica sin embargo cuentan con reenvíos a períodos ulteriores cuyas bases propenden asentarse con tales instrumentos normativos. En nuestra materia, tanto el legislador como el poder ejecutivo no han cejado de aducir una "ética sacrificial" que ampara el acometimiento de tales acciones en espera de resultados provisorios pero las dudas surgen de inmediato ante el agravamiento de la crisis y del incumplimiento de las previsiones que vienen marcándose en una pluralidad de planos, lo cual nos lleva a hipostasiar otros motivos de fondo latentes en las medidas propuestas y en su escenificación institucional.

A nuestro entender, el tratamiento dado a la ordenación jurídica de la rama social del derecho integra opciones concretas de política legislativa que abstrae un marco de valores y de intereses dominantes en la formulación de los preceptos y

[10] Sobre estos elementos nomotéticos diferenciadores, vid Embid Irujo "La constitucionalización de la crisis económica", en AA.VV "La Constitución económica", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 223, 2012, pp. 133 a 143.

categorías laborales. La racionalidad jurídica podrá objetivar dicho orden axiológico con mayor o menor éxito cuando construya el tratamiento sustantivo y/o adjetivo del despido, sin embargo siempre hay márgenes de operatividad en dicha ordenación nomotética, máxime cuando el contexto conmina a revisar ciertos códigos para entronizar otros bajo argumentos economicistas y empleabilizadores. Justamente son estas situaciones de profundización en los desequilibrios institucionales cuando en puridad afloran presiones multifacéticas tendentes a reformular los cánones jurídicos para, de ese modo, reforzar los intereses de clase, corporatistas y de dominación socioeconómica. La Ley 3/2012 personifica la situación descrita debido al espectro de categorías que han sido modificadas y la teleonomía rectora de su régimen jurídico. En efecto, expresiones tales como "mejora de la eficiencia del mercado de trabajo", "gestión de los recursos humanos", "fortalecimiento de los mecanismos de adaptación", "mitigar las rigideces", "marcos más ágiles y flexibles", son códigos muy repetidos en la Exposición de Motivos como preocupaciones medulares del legislador. El argumento es que dicho cuadro de reformas, y en particular el régimen del despido, mitigan la dualización de nuestro mercado de trabajo[11], sin embargo los hechos demuestran que, lejos de mitigar dualidades, éstas se han polarizado aún más ahondando la segmentación laboral, concepto éste de mucha mayor entidad y gravedad. Si antes de la reforma habían tres escenarios laborales concatenados: trabajadores con empleo estable (integración) frente a un marco coagente de vulnerabilidad (temporalidad) y exclusión (paro), ahora tenemos segmentaciones más marcadas y corrimientos muy intensos desde el espacio intermedio (vulnerabilidad) hacia el extremo (exclusión) con simbiosis mutuas entre ambos marcos de acción. Hoy día, nuestra disciplina se encuentra en un punto inflexivo pues, de ser un ordenamiento limitador del poder directivo, no ceja de ampliar las facultades empresariales bajo el paraguas de la crisis y la competitividad en aras de una seguridad exánime y una estabilidad fútil, a fuerza de generar retrocesiones continuas en la plataforma de derechos y en prestaciones básicas. Por lo demás, resulta ilustrativo que cuando la Exposición de Motivos recaba cobertura constitucional para amparar la reforma, traiga a colación el art. 14 CE (punto V, a efectos de ponderar la rebaja de las nuevas indemnizaciones por despido), el art. 86 CE (punto VII, para amparar el recurso del DL) pero sobre todo, y muy especialmente, el art. 38 (punto IV). En suma, asistimos a un economicismo cada vez más hegemónico a golpe de reforma en los dispositivos jurídicos y que se refuerza con la entronización de la libertad de empresa como subsiguiente canon conminatorio.

---

[11] "Las medidas referidas a la extinción del contrato de trabajo se refieren también a las indemnizaciones y otros costes asociados a los despidos. Así, se considera necesario para mejorar la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral acercar los costes del despido a la media de los países europeos" (Punto V). En esta misma línea de ironías acumuladas, resulta disparatado que el legislador justificase la reforma del despido objetivo por la prevalencia de una "concepción meramente defensiva de estos despidos como mecanismo para hacer frente a graves problemas económicos" y que las empresas hayan llevado a cabo un uso masivo de lo que pretendía evitar preventivamente. O que el "refuerzo de los elementos sociales que deben acompañar a los despidos", según declara cáusticamente la E.M, haya basculado en las prioridades de permanencia de determinados colectivos y de los planes de recolocación externa en las empresas de más de cien trabajadores, cuando las extinciones se han condensado en las unidades económicas de pequeñas dimensiones.

Para desvelar el empuje de estos códigos, conviene recabar un examen panorámico de las directrices constitucionales. Sabemos que las Constituciones edifican la arquitectura normativa de cada sistema político, y en nuestro caso ponderan dos grandes vectores -capital/trabajo- que se encuentran en constante desequilibrio. En lo que respecta a nuestro objeto analítico, debemos ubicarnos en el art. 38 CE, como expresión instrumental que es de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad en el marco de una economía de mercado[12]. Ciertamente, la competencia económica es una expresión del pluralismo multifacético de la libertad empresarial en el marco de la economía de mercado, y goza de un reconocimiento formal desde un doble plano ora privado (art. 38 CE) y público (art. 128/2 CE). Cuando la Carta Magna instituye dicha libertad está pensando en un sistema económico confiado, en esencia, a la iniciativa privada, lo cual suscita dos consideraciones inmediatas. Para empezar, hemos dicho que lo es "en esencia", o sea, no de forma exclusiva. En efecto, la actividad económica puede canalizarse por empresas pero no necesariamente pues caben otros actores económicos que no ostenten la condición de empresa ni de empleador laboral. La segunda idea es que la construcción de dicha libertad no viene dada en términos omniabarcantes aunque el tenor constitucional propenda a sostener lo contrario. Conviene resaltar este aspecto teniendo en cuenta las corrientes liberistas tendentes a ahondar en la política de recortes y de retrocesiones de derechos laborales gracias a versiones amplificadas del referido derecho bajo pragmatismos varios y contabilidad socio-jurídica, mixtificándose su objetividad y neutralidad para encubrir los intereses realmente dominantes.

En efecto, la libertad de empresa es una garantía institucional de carácter circunstante pues depende del contexto socio-jurídico y del tejido productivo existente alrededor suyo, o dicho de otro modo, es un derecho que, por trascender sobremanera del plano económico, debe compatibilizarse con una amalgama de códigos externos e internos. Respecto de lo primero, hemos visto que se trata de una libertad "sui generis"[13] que opera en distintos planos mediante un juego de contrapesos con el conjunto de valores y libertades constitucionales, sean éstas individuales o colectivas (p.ej. arts. 35, 28, o 37 CE), por tanto debe interpretarse conforme a ese cuadro de principios y derechos (v.gr. arts. 1, 10, 128 o 131 CE). Además, desciende estructuralmente desde poderes y facultades de ámbito general a manifestaciones concretas. El mejor ejemplo de ello es la ordenación jurídica del poder directivo, las potestades que éste comprende y los controles arbitrados en su ejercicio material. En otras palabras, la libertad de empresa es un derecho versátil y coagente, y, por ello mismo, fuertemente condicionado. Sus límites los ultima el legislador amén de quedar a expensas de otros valores superiores inspiradores del ordenamiento jurídico, dentro de lo cual, no lo olvidemos, adquiere un papel predominante el "*canon general de socialidad"* ex art. 1 CE. El peso específico de la referida libertad pende,

---

[12] Sobre dicha temática, vid Cidoncha A. "La libertad de empresa", Thomson-Civitas, 2006; o los análisis de Aragón Reyes "Constitución económica y libertad de empresa", en "Libertades económicas y Estado Social", Mc Graw Hill, 1995, o "El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa", en Pérez de los Cobos (dir), Instituto de Estudios Económicos, 2005.

[13] Pérez Royo J. "Curso de derecho constitucional", Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 431.

pues, de un complejo juego de relaciones insertas en el propio texto constitucional y bajo ciertas asimetrías de base y de códigos axiológicos en puridad disjuntos[14].

La libertad económica parte del reconocimiento a los particulares de una libertad de actuación y de decisión, y se concreta en una serie de derechos subjetivos al objeto de poder iniciarse actividades, sostenerlas o cesar en ellas. Actuar en el mercado conlleva, por ejemplo, contratar los factores de producción, vender los bienes o servicios producidos, la transmisión del negocio o el cese del mismo[15]. La tríada entrada/ permanencia/ salida, con la que estructuralmente suele caracterizarse el desarrollo diacrónico de la relación de trabajo, guarda un cierto paralelismo con el ámbito material de la libertad de empresa. Esta abarca la libertad de acceso, establecimiento y circulación en el mercado, la libertad de decisión, y la libertad de cesación en el ejercicio de la actividad. Visto así, los poderes relativos a la movilidad interna se encuadrarían en un espacio intermedio decisional de ámbito coextenso, ubicándose respectivamente en sendos extremos, y con un régimen gradual de limitaciones, la inserción laboral y el sistema de contratación, y el cuadro de dispositivos y medidas extintivas. Desde el prisma de la rama social del derecho, el código matriz de la libertad de empresa consiste en la *autonomía organizativa.* Esta presupone un poder de autoorganización con vistas al establecimiento de los elementos internos y estructurales[16], y también apareja unos poderes de dirección relativos a la gestión económica, dentro de lo cual se inserta estructuralmente la contratación del personal y el régimen del contrato de trabajo[17]. Ya dijimos antes que la referida libertad desciende desde su concepción abstracta hasta sus manifestaciones concretas, siendo en este nivel ulterior donde en verdad operan las limitaciones del legislador y donde se revela el margen de maniobra que éste detenta dando prevalencia a unos intereses sobre otros para asentar orden axiológico determinado. Así, la libertad de empresa conlleva el poder de seleccionar a los trabajadores, libertad de contratación ésta que, como sabemos, no es absoluta, como tampoco lo es el régimen del despido[18]. También implica la libertad para concretar las condiciones de trabajo y los aspectos retributivos respetando los límites legales y convencionales establecidos al efecto[19]. Y por ende, se extiende al poder sancionador, en la versatilidad institucional del mentado poder[20].

---

[14] La doctrina constitucionalista reconoce las dificultades que conlleva la teorización de la libertad de empresa, sobre todo a la hora de articular su contenido esencial. Por lo demás, no contamos con demasiadas sentencias del Tribunal Constitucional que hayan abordado dicho derecho. Entre ellas, colacionaremos por orden cronológico las resoluciones siguientes: SSTCO 22/1981, 227/1983, 83/1984, 49/1988, 92/1992, 125/1995, 109/2003, 208/2003, 225/1993, 192/2003. La libertad de empresa solo puede concebirse en un sentido amplio en cuanto no cabe una prohibición genérica o absoluta de la actividad económica por parte del legislador, siendo éste quien ultima las formas de incoarse las actividades y las limitaciones a las condiciones de ejercicio del mentado derecho; para confrontar el carácter limitado de la referida libertad, vid SSTCO. 83/1984 (F.Jco.3 y 5) ó 227/1983 (F.Jco.4).

[15] STCO 109/2003 (F.Jco. 8).

[16] STCO 49/1988 (F. Jco. 12).

[17] STCO 208/1993 (F.Jco. 4).

[18] STCO. 192/2003 (F. Jco 4).

[19] STCO. 34/1984 (F.Jco nº 2).

[20] STCO. 125/1995 (F.Jco nº 6).

De lo expuesto hasta ahora destacaremos algunas consideraciones aplicadas a la conceptuación del despido económico al hilo de su anclaje constitucional. Para empezar, y despejando de plano las reivindicaciones del sector empresarial que hipostasian crecimientos espectaculares del empleo en caso de contar con un régimen de despido libre, éste se encuentra absolutamente vetado por imperativo de las normas internacionales (Convenio nº 158 OIT o Directiva 98/59/CE) y constitucionalmente, lo cual erige la justa causa en requisito "sine qua non" de la extinción[21]. La libertad, digamos no absoluta, de despido es una manifestación interna del ejercicio del poder directivo y un límite intangible a la autonomía organizativa de la actividad económica. Según sentencia el propio Tribunal Constitucional, del derecho a la libertad de empresa "no puede deducirse ni una absoluta libertad contractual ni tampoco un principio de libertad "ad nutum" de despido"[22]. Por el contrario, es un acto que justifica y requiere la intervención del legislador sustrayendo del poder directivo el establecimiento de las sanciones para que los órganos judiciales puedan controlar un correcto ejercicio del poder disciplinario[23]. El art. 38 CE debe pues colacionarse con otros preceptos constitucionales que operan a modo de vasos comunicantes: es el caso del art. 35 CE y, sobre todo, su anudamiento con la concepción de nuestro sistema político como un Estado social, democrático y de derecho ex art. 1 CE[24]. Expuesto más contundentemente, es la Carta Magna quien impone unos "diques de contención"[25] a la libertad económica y al despido ordenando el ejercicio del mismo y limitando su recurso. Lo es así desde el canon general de "*socialidad*" definido en el mentado art. 1 CE y desde la prevalencia de los intereses generales colectivos ex art. 128/1 CE. En este sentido, y como veremos seguidamente, debe prevalecer una defensa del empleo como bien jurídico protegido, máxime si consideramos la escasez estructural del referido valor. La ratio Constitucional es clara cuando proclama dicho canon de socialidad preliminarmente y cuando lo plasma a lo largo de su articulado, lo cual contraría el peso otorgado a "lo económico" y a lo "empresarializador" en las políticas sociolaborales y en su ordenación jurídica resultante, incluyendo aquí las pautas teóricas y doctrinales deseosas de amplificar "sine delectu" las libertades económicas. El planteamiento debe ser en sentido inverso a las tendencias en ciernes para revalorizar así el derecho a la continuidad en el empleo y la estabilidad del vínculo. No en vano, el principio de razonabilidad y la causalidad del despido económico se inserta en tales cánones hermenéuticos, cuyas repercusiones, en caso de adolecer de un régimen falto de garantías y de controles inadecuados, se antojan sustancialmente graves para las condiciones materiales del trabajador

---

[21] STCO. 22/1981 (F.Jco nº 1). Sobre la virtualidad aplicativa de la normativa internacional antedicha, vid. Miñarro Yanini, M. "La causa del despido colectivo en el Convenio nº 158 de la OIT y en la Directiva 98/59/CE", AL nº 8, 2011, pp. 928 y ss.

[22] STCO 192/2003 (F.Jco. nº 4).

[23] STCO. 125/1995 (F.Jco. nº 6).

[24] La jurisprudencia Constitucional suele realizar dicho anudamiento normativo; por todas, vid STCO 192/2003 (F.Jco. nº 4).

[25] Font Galán, J. "Constitución económica y derecho de la competencia", Tecnos, 1987, p. 162; vid. asimismo, Bassols Coma, M. "Constitución y sistema económico", Tecnos, 1985.

despedido, para su proyección vital y para las expectativas profesionales y promocionales lastradas por la hipercrisis financiera.

3. EL JUICIO DE RAZONABILIDAD EN LOS DESPIDOS ECONÓMICOS. PUNTOS CRÍTICOS Y BASES PARA SU EVALUACIÓN

La sustanciación del despido económico ante los órganos jurisdiccionales y la valoración de la voluntad empresarial extintiva deben partir de la invocación de causas puramente objetivas, sean éstas económicas, técnicas, organizativas o productivas ex art. 52.c y art 51/1 ET, y junto a estos cánones la jurisprudencia ha venido requiriendo una conexión funcional entre tales causas y el despido. Sin esta vertebración, la extinción no estaría justificada devaluándose de antemano el control ulterior jurisdiccional. Como sabemos, las sucesivas reformas no han dejado de introducir previsiones dulcificadoras en una línea de paulatina permisividad y flexibilidad. En este sentido, el RDL 3/2012 y su desarrollo reglamentario (RD 1483/2012, de 29 de octubre) propenden tesis debilitadoras del "test de razonabilidad", hasta el extremo de quererse amputar a los órganos jurisdiccionales facultades de ponderación de otros elementos representativos de la situación empresarial que infieran una situación económica negativa proclive a la extinción. Para mayor abundancia, la entrada en vigor de la reforma ha venido acompañada de numerosos pronunciamientos judiciales que decretan la nulidad de los despidos, lo cual justifica nuestra atención a dicho asunto.

A nuestro entender, el logos de "*lo razonable*" es un pre-requisito indispensable de cualquier argumentación jurídica y de toda lógica formal que precie serlo. Por vía digamos positiva, dicha lógica enhebra una decisión valorativa con unos contenidos dados, mientras que por vía negativa permite inferir las consecuencias de su opuesto cuando el margen de apreciación admisible sobrepasa los límites normativamente permitidos. Pues bien, en este epígrafe final abordaremos dos aspectos. De una parte, realizaremos una reconstrucción analítica del "iter" que inclina la procedencia del despido, cuya resolución pende de un examen ordenado y recolector de vestigios, sobre todo fáctico/normativos, aunque no sólo ello, según tendremos oportunidad de analizar. Paralelamente, mantenemos la virtualidad del juicio de razonabilidad vertebrándolo, además, en dos elementos estructurales: el juicio de funcionalidad, o pertinencia económica, y el juicio de proporcionalidad o pertinencia numérico-extintiva entre la decisión empresarial de despido y la finalidad –económica- a la que propende la extinción y la amortización del puesto. Metodológicamente, trazaremos un examen parcial tomando en consideración medidas extintivas de naturaleza económica y dentro del marco analítico de un despido no colectivo, referido, esto es, a un trabajador sin estatuto especial (no representante) que eleva al juez una particular, motivada y efectiva respuesta jurídica. Del mismo modo, tendremos como referencia el canon "*non liquet*", o sea, barajando la hipótesis que el órgano judicial pueda no inferir un conocimiento suficientemente claro de las circunstancias fácticas a fuerza de emitir el pronunciamiento oportuno.

1) En primer término, interesa colacionar unos cánones generales que a nuestro entender deben encauzar dicho marco de actuación. Y es que, en efecto, el despido económico, conviene recordarlo, es una *excepción a los criterios generales que rigen en el derecho de obligaciones*. Más allá del deseo explícito empresarial o implícito del legislador, la facultad que autoriza la extinción de la relación laboral es una crasa excepción al principio general del derecho de los contratos que impide dejar su cumplimiento al arbitrio de una de las partes (art. 1256 CC), por mucho amparo normativo que recabe la referida potestad resolutoria[26]. No deja de ser paradójico que las normas generales del código civil, otrora observadas con recelo por la doctrina por dar encaje a las tendencias centrífugas del tipo general Estatutario, sean ahora las que proporcionen una protección elemental a los trabajadores despedidos. Ciertamente, el despido es un acto que quiebra el nexo vinculativo entre trabajador y empresario y la relación sinalagmática misma, luego el análisis debe acometerse desde posicionamientos hermenéuticos de excepcionalidad, más allá de la "normalización" que se propende de tales decisiones bajo el paraguas de la hipercrisis y de su conexión funcionalizante con los resultados económicos. Además, son medidas que quiebran axiomas medulares de la rama social del derecho, como el principio de continuidad de la relación laboral y el principio de estabilidad en el empleo, cuyo encaje constitucional se inserta nada menos que en el art. 35.1 CE, según vimos en el epígrafe anterior[27]. Considerando las importantísimas funciones que entraña el desempeño de un trabajo para la convivencia y el sostén vital de los ciudadanos, dejar en manos de la empresa la llave de la continuidad o finalización del vínculo supone abdicar de un poder exorbitante, máxime con el actual contexto de hipercrisis. El *desempleo destructivo* conmina, de contrario, a valorizar esta pauta hermenéutica, so pena de precarizar a extremos insospechables la fuerza de trabajo y de ahondar en la quiebra de la estabilidad social, con deterioro parejo del sistema de pensiones debido a la poquedad de sujetos cotizantes. Estas premisas iniciales nos llevan a mantener exégesis cautelosas y restrictivas, cuyos cánones deben estar presentes en la práctica judicial del despido económico valorando su uso razonado y el control no discrecional por el empleador.

2) Igual valorización atribuimos al principio *de buena fe*. Como sabemos, dicho canon forma parte esencial del contrato de trabajo no sólo como axioma hermenéutico de la voluntad de las partes reflejada en el consentimiento sino también como una fuente de integración de contenidos normativos y obligacionales al nexo contractual. Tan meritado criterio condiciona y limita el ejercicio de los derechos subjetivos de las partes contratantes al objeto

---

[26] Suscribimos sin ambages el recordatorio de Alarcón Caracuel, M.R. en "Reformas relativas a la extinción del contrato de trabajo", Actum Social nº 47, enero del 2011, p. 2.

[27] En esta línea, vid STCO 22/1981 cit; recogiendo teóricamente dicha tesis, vid. Alemán Páez, F. "Curso de Derecho del Trabajo. La relación individual de trabajo", Ed. Tecnos, 2011, p. 204.

de frenar ilícitos y comportamientos abusivos con lesión o riesgo para los intereses de ambos sujetos, de suerte que el negocio jurídico se desenvuelva conforme a las reglas de lealtad, probidad y confianza mutua[28]. Estamos ante un principio general erigido en modelo de comportamiento ético y en valor jurídicamente protegido, no en vano ha sido un elemento revalorizado ante los cambios operados en el despido colectivo que traspasan el centro de gravedad desde la otrora autorización administrativa al régimen de consultas con los representantes de los trabajadores[29]. Por tanto, nos encontramos ante un criterio exigible en dichas pautas de acción y que debe valorarse convenientemente en el control judicial del despido pues infiere conductas que las partes deben acometer y respetar en el cumplimiento de sus obligaciones recíprocas, ora durante la ejecución del contrato y muy particularmente cuando se extingue el vínculo por la voluntad "ad nutum" del empresario.

3) Centrándonos en el "iter" procesal en sí, creemos que la resolución judicial pende en primer término de un basamento material cuya naturaleza es heterogénea aunque por razones sistemáticas lo dividiremos en dos clases de apoyaturas, con los dispositivos jurídicos correspondientes. El primer basamento presenta un trasfondo *estructural* y una trascendencia sustancialmente fáctica o *fáctico/normativa*. Su punto de referencia partiría de la carta entregada por el empresario al trabajador notificándosele su despido. El contenido y el tenor literal de dicho documento deben dar cumplido detalle de las causas económicas directamente motivadoras de la decisión extintiva, pues de otro modo el órgano judicial ya tropieza con el primer obstáculo insalvable en esta reconstrucción analítica del "iter" hacia la procedencia ex art. 53.1.a ET y nº 4, penúltimo párrafo. El juez comprobará que una copia de la carta ha sido entregada a la representación legal de los trabajadores, acto éste que entendemos de modo casi simultáneamente, pues en caso contrario se perdería por completo la importante garantía de control prevista en los arts. 53.1.c y 51.1 ET. Una vez constatada la realidad anterior, pues de contrario el obstáculo volvería a ser insalvable, pasaríamos a corroborar el cumplimiento empresarial de la dación indemnizatoria simultánea a la comunicación escrita ex art. 53.1.b ET, y que ésta ha sido calculada correctamente, con la salvedad del error excusable admitido en los términos del art. 53.4 ET "in fine". En esta misma pauta de acción, debe comprobarse si el empresario hizo uso de la facultad otorgada por el art. 53.1.b) ET "in fine" y si así se dejó dicho expresamente en la carta de despido, debiéndose indagar si entre el momento de la entrega de la carta y el de la vista oral ha dispuesto o no el trabajador del metálico suficiente cuya previsión provee el art. 53.1.b ET ex nº 5.a). Finalmente, el cuarto paso consistiría en corroborar que las

[28] Vid. STS 19/7/10 (RCUD nº. 2643/2009).

[29] Para cotejar los cánones exegéticos sostenidos al respecto, con una recopilación de la jurisprudencia más reciente, vid el estudio de Sempere Navarro AV "La reglamentación del despido colectivo. Notas al reglamento aprobado por el RD. 1483/2012", Tribuna Social nº 8, 2012.

causas económicas invocadas por el empresario en la carta de despido existían efectivamente en el momento de operar dicha voluntad extintiva, según requieren los arts. 52.c y 53.4 ET. A nuestro entender, toda demanda es, en puridad, un proyecto de sentencia, por ello mismo no deberían figurar técnicamente en la relación de hechos afirmados aquellos que se antojan negativos, por no ocurridos. Considerando que incumbe al trabajador la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión, a saber, los sostenidos por dicho sujeto ex art. 217.2 LEC, atañe al empleador probar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de la pretensión actora ex art. 217.3 LEC. En otras palabras, corresponde al empresario la carga de probar el cumplimiento más exquisito de todos los hitos procedimentales descritos del despido objetivo, tanto como atañe al juez la obligación de comprobar tales extremos para, en su defecto, actuar en coherente consecuencia ex art. 217.1 LEC.

4) La segunda apoyatura es de índole *funcional*, y resulta ser sustancialmente *argumentativa* o *finalista*. Como sabemos, la reforma operada en esta materia ha introducido importantes novedades, una de las cuales consiste en el deseo expresado por el propio legislador de heterodirigir incluso coactivamente la labor de los órganos judiciales. Según señala la Exposición de Motivos, la reforma propende que el control judicial del despido económico se ciña "a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas". De inmediato se emitieron algunos pronunciamientos que entendían solo subsistente la acreditación de la causa alegada descartando la aplicación del canon de conexión funcional[30]. Sin embargo creemos que la pretendida supresión de la conexión de razonabilidad es sencillamente un imposible jurídico[31]. En efecto, la causa objetiva, entendida ampliamente como conjunto de elementos que respaldan la procedencia del despido, está formada por un elemento estructural, o sea, la causa en sentido estricto, mera realidad fáctica o fáctico normativa, y también, e indisolublemente unido a ello, el elemento funcional, argumentativo o finalista, el cual conecta la extinción acordada empresarialmente con la causa en sentido estricto[32]. Se trata de procurar y ofrecer la mejor solución al conflicto surgido entre dos sujetos y dos intereses en juego, ora empresariales (evitación o superación de una situación negativa) ora sociales (mantenimiento del empleo), aunque tampoco debemos olvidar que son decisiones que acaban trascendiendo a la sociedad en su conjunto hasta afectar de modo directo al sistema de seguridad social. Situados en este nivel, es dable señalar que al empresario se le exige una prueba plena de los hechos que invoca como causa del despido económico, ahora bien, en lo que respecta a la conexión finalista,

[30] V.gr. STSJ Madrid 11/6/12 (Autos 22/2012), empero con muy escaso seguimiento, véase si no la STSJ Cantabria 26/9/12 (Autos 2/2012).

[31] Siguiendo esta tesis, vid. Desdentado Bonete, "Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales", distribuido en el Encuentro de Magistrados de la Sala IV del Tribunal Supremo con Magistrados de lo Social (Madrid, 15 a 17 octubre de 2012), Servicio de Formación Continua de la Escuela Judicial (ejemplar multicopiado).

[32] Sobre esta doctrina, vid. STS 12/6/12 (RCUD núm. 3638/2011).

es decir, que la extinción constituya una medida adecuada y paliativa o preventiva de la situación económica negativa ora actual o potencial, sólo pueden exigirse indicios y argumentaciones. El empresario conserva en este punto un margen de discrecionalidad -no arbitrariedad- que excluye toda conclusión irrazonable o desproporcionada, lo cual debe inferirse tras el correspondiente análisis y control judicial según reglas de experiencia reconocidas en la vida económica. El problema, como sabemos, es que el art. 51/1 ET no define lo que debe entenderse por "*situación económica negativa*". El legislador no ha cejado nunca de utilizar el aforismo "*non nova sed nove*" construyendo el canon de causalidad mediante fórmulas que, debido a su indeterminación y dislexia gramatical, suscitan importantes problemas hermenéuticos y aplicativos, y en este punto el más relevante de todos quizás sea la simbiosis entre correlación y causalidad. El hecho de existir una situación económica negativa no significa que necesariamente exista una causa objetiva económica. Para una correcta fundamentación del despido, la situación debe incidir en la plantilla de la empresa y crear la necesidad indubitada de reducir puestos, reordenar sustancialmente la actividad o incluso darla por finalizada[33], luego, si queremos evitar el tránsito desde la discrecionalidad a la arbitrariedad, resulta inexcusable recabar la conexión de funcionalidad o instrumentalidad[34]. La situación negativa debe tener efectos coetáneos y de enorme calado en las relaciones de trabajo, de manera que extinguir una parte de los contratos (proceder proporcionalmente al despido) sea en definitiva la última "ratio", por ende actualizadora, a la que se ve conminado el empleador al objeto de adecuar la plantilla frente a contingencias que desajustan una organización elemental, óptima y suficiente de la gestión económica[35].

---

[33] En igual sentido, Desdentado Bonete, en "Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012…", op, cit, quien apunta un ejemplo ilustrativo. Recaba una empresa que tuviese una caída de ingresos ordinarios o ventas de 1 Euro cada mes, caída que correspondería simétricamente con los nueve meses homólogos del año anterior. Al cabo de nueve meses, la caída sería de 9 Euros, cuestionándose si esta situación pudiera amparar "a posse ad esse" el despido de los trabajadores de la plantilla.

[34] Dicha tesis fue apuntada jurisprudencialmente por primera en la STS 14/6/96 (RCUD nº 3099/1995), para luego perfilarse en la STS 29/9/08 (RCUD nº 1659/2007).

[35] Damos por supuesto que cuando una empresa decide despedir a determinados trabajadores por causas económicas se ha seguido un proceso racional ponderando un conjunto de factores que conminan a adoptar dicha decisión. Obtener rendimientos negativos no tiene que desembocar necesariamente en despidos y, en principio, éstos deben ser medidas paliativas y a modo de "ultima ratio". En la mente del empleador han debido formularse preguntas que se despejarán ponderando criterios de socialidad y de optimización proyectiva de las decisiones que finalmente lleguen a ser adoptadas. A modo de ejemplo, no es lo mismo un problema de rendimiento que de insolvencia o de equilibrio en la tesorería. En el primer caso, lo lógico es fundar la decisión tras un análisis de viabilidad proyectando una cuenta de pérdidas y ganancias hacia el futuro con los nuevos parámetros de reducción de costes, ora en comparativo y con las históricas. Si de lo que se trata es de un problema de tesorería, debemos pensar asimismo en una proyección de la misma (dinámica) acompañada de un balance de situación provisional (estático). El legislador requiere cuentas anuales con un recorrido histórico que a nuestro juicio se antoja demasiado breve, pero aparte de ello el enfoque reservado al principio de causalidad ha concedido un peso excesivo a la situación de ventas, cuando lo cierto es que éstas, en su ponderación histórica, ceden si de lo que realmente se trata es de redimensionar la empresa. Todos estos elementos de apreciación, donde confluyen aspectos económicos, financieros o patrimoniales, deben estar sobre la mesa al acreditarse las decisiones extintivas. No en vano, es un proceso racional(izador) fundamentado en un denso haz de correlaciones y de proyecciones causales, cuya solidez, facticidad y veracidad debe acreditar el empresario para, desde ahí, enhebrarse correctamente el juicio de razonabilidad judicial.

SEGUNDA PONENCIA

CONSTITUCIÓN, DERECHOS SOCIALES Y TUTELA DEL TRABAJADOR

José Antonio Fernández Avilés
PTU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO

1. LA PROBLEMÁTICA "CONSTITUCIONALIZACIÓN" DE LOS DERECHOS SOCIALES (APROXIMACIÓN GENERAL)
   1.1. La estructura jurídica de los derechos sociales y algunas "falacias" sobre su caracterización técnica
   1.2. La imbricación e "indivisibilidad" entre derechos civiles y políticos y derechos sociales (la "relatividad" inter-generacional de derechos: hacia una "ciudadanía social" y democrática más plena)
2. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y DERECHOS SOCIO-LABORALES
   2.1. La Constitución como eje vertebrador de nuestro sistema de relaciones laborales
   2.2. Transformaciones generales del Derecho del trabajo post-constitucional
   2.3. Fundamentos para tutela sustantiva del trabajador en el marco constitucional y sus realizaciones: puntos críticos
      2.3.1. La cláusula de "Estado social" (implicaciones y aporías)
      2.3.2. La tutela constitucional del trabajador como exigencia de corrección de la desigualdad socio-económica
      2.3.3. Pluralismo social (y jurídico) y Constitución: un modelo "abierto"
      2.3.4. Derechos fundamentales y relación de trabajo
3. TRANSFORMACIONES DEL ORDENAMIENTO LABORAL Y CONSTITUCIÓN
   3.1. La "refuncionalización" del ordenamiento laboral hacia los objetivos de empleo (las relecturas del "derecho al trabajo" y la flexibilidad laboral)
   3.2. El complejo encaje constitucional de las políticas de "flexiseguridad"

4. EL "GARANTISMO CONSTITUCIONAL" Y LOS DERECHOS SOCIO-LABORALES
4.1. Heterogeneidad de las fórmulas constitucionales de reconocimiento de los derechos sociales y laborales y sus implicaciones jurídico-constitucionales
4.2. Garantías constitucionales y derechos sociales (un sistema de "geometría variable")
4.2.1. Apreciaciones de conjunto
4.2.2. Garantías de los derechos sociales fundamentales stricto sensu
4.2.3. Principios rectores de la política social y económica en el sistema de garantías constitucional

1. LA PROBLEMÁTICA "CONSTITUCIONALIZACIÓN" DE LOS DERECHOS SOCIALES (APROXIMACIÓN GENERAL)

1.1. La estructura jurídica de los derechos sociales y algunas "falacias" sobre su caracterización técnica

Existe una percepción (o pre-concepción) "devaluada" de los derechos sociales constitucionales, que se traduce en una casi inmediata identificación con principios rectores o cláusulas programáticas. Esta asimilación se asienta claramente en "prejuicios" de tipo ideológico, pero que llegan a convertirse en pensamiento "tópico" de los juristas[1].

Lo cierto es que, relativizando esa idea, una parte de los derechos sociales se configuran actualmente como resultados adquiridos o consolidados con carácter más o menos pleno (especialmente los derechos sociales que encajan mejor en la noción de derecho libertad), mientras que otra parte sigue siendo objeto de reivindicación permanente y su satisfacción efectiva requiere de mecanismos de implementación más complejos.

En cuanto a su estructura jurídica, para los derechos sociales, se admite como lugar común que no tendrían la misma "perfección" que los derechos tradicionales de libertad (que básicamente requieren de una posición de "no intervención" por parte del Estado), sino que sitúan al Estado como deudor de *obligaciones de hacer* y *de dar* como medios adecuados para la realización de tales derechos y, en consecuencia, su satisfacción depende de profundas transformaciones de las relaciones sociales basadas sobre la economía liberal[2].

En todo caso, los derechos civiles y políticos también tienen un coste económico para el Estado nada desdeñable (*v. gr*. la salvaguarda de la propiedad privada –que no consiste meramente en no expropiar–, el coste de los procesos electorales

---

[1] *Vid*. Pisarello, G.: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.

[2] Calamandrei, P.: "L'avvenire dei diritti di libertá", Prólogo a la reimpresión de RUFFINI, F.:*Diritti di libertà*, La Nuova Italia, Firenze, 1946, pág. XXXIX.

o el derecho a la tutela judicial efectiva son buenos ejemplos de ello)[3]. Por tanto, hay derechos fundamentales de libertad también con "faceta prestacional" por parte del Estado[4], como existen derechos sociales fundamentales cuya estructura encaja –en muchas de sus facetas– con la idea de libertad ejercitable libre de injerencias externas[5].

En este sentido, la doctrina ha puesto de manifiesto una categorización ternaria extensible a todos los derechos y que implica unas obligaciones *de proteger, de respetar y de realizar*[6]. Ello ineludiblemente conlleva una relectura del propio concepto de "derecho", unificando el concepto y difuminando la distinción tipológica clásica de derechos. Desde esta perspectiva, los tradicionales binomios incorporados en el pensamiento tópico y que conectan, por un lado, derechos o libertades individuales con deberes de omisión y por otro, derechos sociales con deberes de acción es poco aceptable tanto como propuesta teórica ontológica, como descriptiva o taxonómica[7]. Todos los derechos presentan tanto dimensiones negativas de libertad como dimensiones positivas de prestación y demandan prestaciones más o menos onerosas. La cuestión se sitúa más en el plano de la "selección de prioridades".

El verdadero *problema político-constituyente* no es exclusivamente el de incorporar en la Constitución el enunciado de los derechos sociales (que sin duda es un elemento central por las repercusiones que el reconocimiento de los mismos tiene en la norma suprema y en el resto del ordenamiento jurídico, así como por la contención que ello supone frente a inercias político-jurídicas regresivas en materia social), sino también muy especialmente el de predisponer los medios prácticos para satisfacerlos y para evitar que estos permanezcan como vacía fórmula teórica, escrita sobre el papel, pero no traducible en la realidad[8]. En la actualidad, el test sobre el reconocimiento de derechos sociales se trata de centrar en la idea de "factibilidad",

---

[3] Cfr. Holmes, S, IN, C.: *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Norton & Co., Nueva York, 1999; Abrahamovich, V., Courtis, C.: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pág. 23; Gargarella, R.: "Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?", *Jueces para la Democracia*, núm. 31, 1998, págs. 11 y sigs.

[4] Cossío Díaz, J. R.: *Estado social y derechos de prestación*, CEC, Madrid, 1989, págs. 173 y sigs.

[5] Los derechos sociales suelen conllevan prestaciones (acciones) "positivas" del Estado (que deben traducirse en términos de prestaciones materiales), pero ello no significa que esta tipología de derechos tenga algo sustancial y ontológicamente diferente respecto de los derechos civiles y libertades políticas más clásicos, ambos tienen un coste económico que es esencial, por tanto, ambos encierran una cuestión político-financiera que obliga a adoptar decisiones políticas sobre priorización del gasto público.

[6] *Vid.*Roman, D.: "La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social", en AA.VV., Roman, D. (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Centre de Recherches sur les droits fondamentaux, Paris, 2010, pág. 27.

[7] Cfr. Gargarella, R.: "Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?", *cit*., pág. 13; Pérez Luño, A. E.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2007, págs.. 210-211.

[8] Calamandrei, P.: "Costituente e questione sociale", en *Opere Giuridiche*, vol. III, Morano Editore, Napoli, 1968, *cit.*, pág. 178.

para no incurrir en el descrédito de las normas "jurídicas" que establecen derechos sin garantías y soporte financiero (en el modelo "cartista" e inefectivo de derechos).

Ello es suficientemente explicativo de las profundas transformaciones institucionales que advienen con el Estado social, y que sitúan la acción pública de una posición de obligado a no intervenir –propia del liberalismo político– a la obligación de intervenir cuando se trata de derechos sociales[9]. El verdadero problema que sobreviene con su reconocimiento jurídico es el de predisponer los medios prácticos para su satisfacción y el de *"encontrar el sistema económico que permita satisfacerlos"*[10]. Ello requiere una profunda intervención publica sobre las estructuras y el funcionamiento del sistema económico bajo los objetivos de redistribución del bienestar y corrección de desequilibrios sociales (objetivos subyacentes a los derechos sociales).

Esta es la razón por la que muchos de ellos –a pesar de su formulación constitucional– acaban siendo en realidad vagas orientaciones programáticas y promesas confiadas a un incierto futuro. Desde esta perspectiva, el reconocimiento constitucional no realiza una transformación efectiva e inmediata de las estructuras sociales y económicas, sino que constituye más bien una promesa o programa a más largo plazo.

En verdad, la realización práctica de tales derechos se somete a un intenso *condicionamiento economicista*, lo que los dota de una mayor debilidad en su aplicación efectiva. Precisamente, la "imperfección" de los derechos sociales ha sido identificada en que su realización depende de opciones de política económica (los recursos del Estado dependen de circunstancias "reales" y no estrictamente constitucionales). Estos derechos no vienen definidos de una vez por todas, sino que dependen de las relaciones de poder sociales y políticas (de las opciones de política jurídica que se adoptan sobre las fuentes y mecanismos de distribución del bienestar). Su garantía efectiva depende en gran medida de los resultados de las políticas gubernativas que determinan la asignación de la riqueza y el bienestar de un grupo a otro. La incidencia de estos derechos (en cuanto derechos de "desmercantilización" en los sistemas de provisión del bienestar) conduce a una corrección de la "polarización" que el mercado por sí mismo no realizaría[11]. Por lo general, no se trata de derechos que demanden una inhibición del poder público respecto determinados ámbitos, sino que requieren una determinada clase de legislación positiva y un apoyo financiero de soporte[12].

A partir de aquí viene la interesante aporía de los derechos socio-laborales, que podría sintetizarse en la expresión: los derechos sociales entre "deseos filantrópicos" y derechos constitucionales, y que se refleja en su doble faceta vital: política y jurídica. Esta contradicción verdaderamente constituye el "talón de

---

[9] *Vid*. Monereo Pérez, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, págs. 88 y sigs.

[10] Calamandrei, P.: "Costituente e questione sociale", en *Opere Giuridiche*, vol. III, *cit.*, pág. 178.

[11] Barcellona, P.: "A proposito della cittadinanza sociale", *Democracia e Diritto*, núm. 2-3, 1988, pág. 24.

[12] En esta dirección, el régimen de garantías tradicional del Derecho Público resulta notoriamente insuficiente para su efectividad, cfr. Jellinek, G.: *Teoría General del Estado*, Comares, Granada, 2000, págs. 777 y sigs.

Aquiles" del reconocimiento jurídico de los derechos sociales y su difícil instrumentación jurídica. En muchos de ellos la tutela judicial (la "justiciabilidad") es un *posterius* a la intervención discrecional del legislador –la *interpositio legislatoris*– para hacer efectivo el derecho[13].

Con rigor jurídico, y también siendo conscientes de las dificultades político-económicas para la realización plena de tales derechos, es constatable que no siempre a esta exigencia que impulsa al Estado a intervenir en el terreno económico corresponde la explícita afirmación de verdaderos y propios derechos individuales a tal intervención: y se adoptarán preferiblemente fórmulas menos comprometedoras, en las cuales, más que de derechos subjetivos del individuo, se habla de poderes o de deberes genéricos del Estado, que pueden tener una relevancia política en relación a la colectividad, "pero sobre los cuales no pueden fundarse pretensiones individuales jurídicamente tuteladas"[14].

Este es también uno de los pensamientos tópicos sobre los derechos sociales constitucionales: no constituyen verdaderos "derechos públicos subjetivos" plenamente justiciables[15], y por tanto serían una especie de "infra-derechos" o meros "derechos aparentes".

De primeras, esta asimilación es errónea por lo que respecta a bastantes de tales derechos, pues algunos se ubican constitucionalmente dentro de los derechos fundamentales –beneficiándose así de la tutela privilegiada de los mismos– o meramente se reconocen como derechos y libertades de la ciudadanía. En todo caso, hay que reconocer que muchos de estos derechos presentan facetas o vertientes "directamente jurisdiccionables", de manera que debe relativizarse la contraposición tradicional entre derecho "subjetivo" y derecho "social" en el marco constitucional.

Bien es cierto que en la formulación constitucional de los derechos sociales, no todos se formulan de una manera concreta y precisa con el fin de facilitar su realización en el futuro (en ocasiones se "travisten" con apariencia de verdaderos derechos subjetivos del ciudadano reglas que verdaderamente no tienen tal carácter).También es de reconocer que se dan situaciones de reconocimiento "difuso" de estos derechos fuera del cuadro de los derechos públicos subjetivos (o

---

[13] Herrera, C. M.: "Teoría constitucional de lo social", en AA.VV., *Ideas e instituciones constitucionales en el siglo XX*, Siglo XXI, Madrid, 2011, pág. 273.

[14] Calamandrei, P.: "L'avvenire…", *cit.*, pág. XXXIII.

[15] La idea gira básicamente en que, *per se*, no pueden fundamentar una pretensión jurídica en sentido estricto; cfr. Jellinek, G.: *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Società Editrici Libraria, Milán, 1912, págs. 56-57. El citado autor fundamentó la construcción dogmática de los derechos subjetivos públicos utilizando como referente la noción de derechos subjetivos privados y empezó procediendo a una mutación revolucionaria de la teoría del estado al reconocerle a éste personalidad jurídico-publica, de tal modo que ya cabía concebir situaciones subjetivas y una relación jurídica del Estado con el ciudadano, siendo el sujeto activo la persona y el sujeto pasivo de tales derechos el Estado [cfr. Cassetta, E. "Diritti pubblici subbiettivi", en *Enciclopedia del Diritto*, t. XII, Giuffrè, Milán, 1974, págs. 792-794]. Estos derechos subjetivos giraban en torno a la libertad y se identifican con los derecho de libertad (*status libertatis*), siendo exclusivamente el sujeto pasivo el Estado, y en su dimensión material, consistían básicamente en la creación de un ámbito de autonomía privada de la persona que el Estado no podía invadir, por lo que esta dimensión del derecho público subjetivo era esencialmente negativa y pretendía la abstención frente a cualquier intervencionismo estatal.

de la estructura del contrato de trabajo cuando el sujeto pasivo de la obligación correspondiente deba ser el empleador), por la inefectividad real que luego tales derechos puedan conllevar, y que puede identificarse como la principal situación de descrédito –en la perspectiva de la tutela del trabajador– de la *parte dogmática* de los textos constitucionales.

En efecto, la igualdad y la dignidad sustancial requieren de la expansión del reconocimiento de derechos sociales como también de sus garantías[16], pues su dejación por parte del Estado no es reparable *v. gr*. con técnicas jurisdiccionales de invalidación análogas a las dispuestas para las violaciones de los típicos derechos de libertad[17].

Pero lo cierto es que todos los derechos sociales constitucionales –aunque no respondan perfectamente a la estructura del derecho público subjetivo– tienen un "cierto" valor normativo (aunque su régimen de garantías pueda ser variable). No son elementos constitucionales meramente pedagógicos, sino que generan compromisos para los poderes públicos o bien obligan –como ideas-fuerza– a tendencias evolutivas de protección social. Cuando menos, son elementos de referencia en el control de la constitucionalidad de las leyes, pues están destinados también a guiar la orientación práctica y finalística de la propia actividad legislativa.

No podemos creer en los derechos subjetivos fuera del cuadro de un derecho "cierto", pero tampoco negar toda eficacia "jurídica" y "propositiva" a los derechos sociales que no se formulan como tales constitucionalmente. Conforme al pensamiento jurídico imperante y a su reconocimiento sistemático constitucional, para asegurarlos se necesita una acción estatal activa, positiva, se necesitan medidas del legislador y/o de la Administración que procuren el acceso a cierta provisión del bienestar y su participación en ellos. En el caso de los derechos prestacionales, la pretensión constitucional en ellos contenida es tan general que no pueden deducirse pretensiones jurídicas concretas por vía de interpretación. De modo que, pese a enunciarlos, la Constitución no pueden fundamentar pretensiones reclamables judicialmente si no es arrastrando el riesgo de sustituir el ordenamiento democrático fundado en el Estado de derecho por un estado judicial y de los jueces[18].

Razones de seguridad jurídica abonan la idea tradicional de tratar de evitar las fórmulas normativas equívocas o genéricas de reconocimiento de derechos (carentes de compromiso real). La proclamación de los derechos sociales específicos, con la enunciación precisa de garantías que los aseguren de hecho (con un claro sujeto obligado), sería la única manera de salir del descrédito de este tipo de "declaraciones"; pues otra cosa sólo son programas y deseos, con su formulación no se deben generar falsas ilusiones a los ciudadanos y ello supondría un

---

[16] *Vid.*Ferrajoli, L.: *Derecho y razón*, Madrid, 1997, pág. 934; *id.*: *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

[17] Ferrajoli, L.: "El Derecho como sistema de garantías", en AA.VV., *La crisis del Derecho y sus alternativas*, CGPJ, Madrid, 1995, pág. 487.

[18] Böckenförde, E. W.: *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlag, Baden Baden, 1993, págs. 77-79.

continuismo en el "descrédito" de la legalidad. Lo cierto es que las declaraciones de derechos sociales, con independencia de sus ubicaciones sistemáticas, ya conllevan al menos valores o principios con una carga axiológica y valorativa que deben de ser mesurados o ponderados por el intérprete constitucional y la jurisdicción ordinaria, por el legislador y por la acción del ejecutivo.

En este sentido, en la medida de que figuren en el texto constitucional derechos sociales (algunos con apariencia perfecta o "literal" de derechos), ya no estamos ante meras proclamaciones ideales ético-políticas, sino ante normas jurídicas que deben tener eficacia práctica, que están destinadas a ser –quizá no inmediatamente derechos subjetivos, perfectos o actuales– pero sí fundamento inmediato para las actuaciones de los poderes públicos en garantía de los derechos o principios concretamente sancionados. En especial comprometen al legislador "futuro".

Las exigencias de claridad y de técnica jurídica no deben llevarnos a negar el carácter de auténtica norma jurídica a las cláusulas constitucionales de contenido social. Este es el singular carácter de todas las constituciones modernas que contienen disposiciones "programáticas" sobre los denominados "derechos sociales": son un "plano de batalla contra los privilegios económicos sobre los cuales todavía se construye la sociedad en la que vivimos". Esa "promesa de transformación social" queda recogida en esas "normas de principio" constitucionales, pero "condicionando" al legislador el cumplimiento de esta función. Más que una realidad, estas normas muestran el largo camino por recorrer para que la libertad e igualdad sean "reales".

Aunque nuestro texto constitucional contenga preceptos genéricos y oscuros, "fórmulas de compromiso" en disposiciones no susceptibles de hacer surgir verdaderas obligaciones y de estar protegidos de garantías judiciales efectivas de manera inmediata, ello no debe hacernos caer en el "descrédito" del reconocimiento constitucional en materia de derechos sociales. Corresponde a los poderes públicos predisponer los medios necesarios para asegurar su realización y esta es una tarea de implementación en la que el constituyente ha dejado amplios márgenes de actuación para un desarrollo acorde con un modelo democrático y pluralista.

En muchas ocasiones, los derechos socio-laborales del texto constitucional son resultado de la falta de acuerdo sustancial entre las fuerzas políticas, y los constituyentes se refugiaron en "fórmulas de compromiso", en disposiciones ambiguas, en propuestas, en programas políticos generales que no deben dejar de considerarse normas jurídicas, entre ellas los derechos sociales "travestidos" de derechos del ciudadano. Pero, como veremos, no puede negárseles una cierta eficacia y un cierto nivel de garantismo, aunque lo cierto es que no siempre sea el garantismo propio de los derechos fundamentales o de los derechos constitucionales susceptibles de generar inmediatas pretensiones de tutela jurisdiccional.

En todo caso, cabe advertir que la opción por la integración en el articulado constitucional es una técnica inevitable y necesaria para el reconocimiento de tales derechos y para la aspiración a la consolidación del Estado social (especialmente en tiempos de crisis económica). Principalmente por las fecundas interrelaciones entre las partes dogmática y orgánica y también de cara a una interpretación sistemática del texto constitucional. Permiten interpretaciones sistemáticas que

coadyuvan a la consolidación del Estado social. Los derechos fundamentales en sentido amplio y en su conjunto –incluidos los sociales– incorporan el *sistema de valores* aceptados generalmente por los miembros de la comunidad, adquiriendo al propio tiempo la condición de normas objetivas (doctrina de la *wert theorie*); y que según la concepción funcional-democrática, contribuyen al proceso democratizador en el sentido de que no se trata de libertades frente al Estado (concedidos a la libre disposición del ciudadano) sino "en" el Estado (en su calidad de miembro de la comunidad y en bien de un interés público).

Tampoco debe negársele toda eficacia jurídica al reconocimiento de derechos sociales en constituciones que son verdaderas normas jurídicas, pues aunque se trate de declaraciones sin garantías jurídicas asimilables a los derechos subjetivos perfectos, no tienen solamente un valor simbólico puesto que siempre legitiman acciones estatales y son, sin lugar a dudas, elementos significativos de interpretación. Es cierto que, más que por su naturaleza, hay en muchos derechos sociales un déficit de concreción constitucional en cuanto a su desarrollo y aplicación.

Una formulación constitucional de los "derechos sociales" siempre muestra (predispone) y condiciona la perspectiva de aparición de una política de "servicios públicos" para satisfacer los mismos. Normalmente, la efectividad de los derechos económico-sociales fundamentales implica o presupone un *"derecho de crédito"* frente al Poder Público que exige una acción positiva del mismo. Y también abren la "posibilidad" de instaurar una serie de garantías jurisdiccionales que realicen una tutela eficaz de tales derechos una vez encuentran reconocimiento en sede infra-constitucional.

Aún reconociendo que se trata de derechos "debilitados en su eficacia" o con un régimen de garantías mas debilitado y tenue, de su reconocimiento constitucional surge la *oportunidad* para una jurisprudencia de corte "progresista", esto es, la que anuda la efectividad de los derechos económico-sociales a las garantías previstas para el resto de derechos fundamentales (civiles, políticos) en tanto que precondiciones para la efectividad de los últimos.

La posibilidad de abrir un amplio debate sobre la *"judicialización"* como mecanismo de tutela de tales derechos es dificultosa, aunque debemos reconocer que se han producido avances nada desdeñables. Nos referimos a la denominada *"fuerza expansiva"* o *"irradiación"* de tales derechos, cuando se han conectado con los derechos constitucionales de protección más "privilegiada" (como sucede, *v. gr*. con el principio de igualdad o con la tutela judicial efectiva)[19]. Es lo que se

---

[19] *Vid.* Vida Soria, J.: *La mise en œuvre des droits économiques et sociaux. Aspects nationaux, internationaux et droit comparé*, Publications of the Austrian Human Rights Institute, Engel Verlag, vol. 3, 1991, págs. 299 y sigs.; en este sentido, *v. gr*. es conocida la "permeabilidad" del CEDH respecto de los derechos sociales, vía reconocimiento directo de algunos de ellos, o bien por su conexión con derecho a un proceso con todas las garantías o con el derecho a no ser discriminado por motivos sociales, *vid*., D. : "Doctrinal Visions as to the Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights", en AA.VV., Roman, D. (dir.), *Diversity of Social Rights in Europe(S) Rights of the Poor, Poor Rights*, University of Paris Ouest Nanterre/ European University Institute, 2010, págs. 123 y sigs; Putelat, E.: *La question de la justiciabilite des droits sociaux à l'épreuve du droit europeen*, Institut d'Etudes Politiques de Lyon, 2005, págs. 35 y sigs.

ha denominado "litigio estratégico" o "por conexión". Ello ratifica la idea de que "todos" los derechos económicos, sociales y culturales tienen, al menos, algún aspecto o vertiente que resulta claramente exigible en sede judicial[20]. Es decir, su falta de "justiciabilidad" no es absoluta, pues parcialmente y por conexión, siempre habría facetas de tales derechos no exentas de tutela judicial. La justiciabilidad es también un concepto *gradual* y los derechos sociales tienen dimensiones claramente justiciables, realidad que favorece una interpretación más garantista de los derechos sociales. Por otra parte, la justiciabilidad es solamente una garantía, quizá de las más perfeccionadas pero no la única, dentro del conjunto de garantías posibles para la tutela de los derechos y su efectividad.

En todo caso, lo cierto es que la litigiosidad por conexión implica el reconocimiento implícito de la falta de justiciabilidad directa de tales derechos, además de que sus efectos solamente tendrían efectos para el caso juzgado y adicionalmente se plantea el problema de que son pocos los casos que pueden ser susceptibles de ser reformulados en términos de conexividad. Dicho de otra manera, más que postular la exigibilidad jurisdiccional directa de los derechos sociales, lo que puede propugnarse es su exigibilidad indirecta a partir de su vínculo, precisamente, con los derechos fundamentales clásicos[21].

De todos modos, el principio de igualdad (en sus diversas derivaciones: por edad, género, nacionalidad, etc.) ha sido un instrumento útil para la consecución de un ordenamiento socio-laboral más sensible con las discriminaciones de todo tipo que surgen en la realidad socio-económica de los mercados de trabajo o de los instrumentos públicos de protección social.

La distinción entre mandatos con preceptividad más inmediata y otros de corte más programador no debe entenderse como un obstáculo para bloquear en sus disposiciones sociales la actuación legislativa de la Constitución, sino para poner de relieve cómo determinadas políticas públicas no están siendo coherentes con las previsiones constitucionales. Como también se ha advertido, tampoco esta distinción debe ser considerada por los jueces como un obstáculo que les impida tomar en cuenta, en su jurisprudencia, las normas tendenciales que, aunque no traducidas todavía a leyes, pueden servir ya de principios orientadores de la práctica judicial"[22].

En todo caso, estos preceptos de carácter más programático permiten arrancar del propio texto constitucional para mostrar el vacío existente entre el "programa" constitucional y la propia legislación ordinaria vigente así como para indicar las metas y realizaciones pendientes de alcanzar. En coherencia, ello permite una implacable protesta contra la inactuación de los derechos sociales constitucionales.

---

[20] Abrahamovich, V., Courtis, C.: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pág. 20.

[21] Pisarello, G.: "La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español", en en AA.VV., *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Bomarzo, Albacete, 2010, pág. 44.

[22] Calamandrei, P.: "La función de la jurisprudencia en el tiempo presente",en *Estudios sobre el proceso civil*, *cit.*, pág. 248.

El Estado "social" de derecho –y su consagración en los textos constitucionales– produce instituciones propias, formas y conceptos que deben ser sustancialmente distintos a los del Estado liberal de derecho, y estas nuevas fórmulas implican, por esto, una realidad política profundamente cambiada[23]. La configuración de las categorías jurídicas debe ser un proceso ininterrumpido, fluido y continuo como lo es la vida jurídica misma. Ciertamente, la funcionalización de instituciones iusprivadas hacia fines sociales (con la difuminación público-privado que le es inherente), las funciones "promocionales" del derecho al objeto de fomentar determinados comportamientos individuales y colectivos[24], la instauración de regímenes fiscales y de protección social inspirados en la solidaridad social y las políticas redistributivas, la propia reordenación de las estructuras y medios de actuación administrativas, etc., que conlleva el Estado "social", son una contribución muy propiade esta forma de Estado. Y tienen su base en esa idea de solidaridad y justicia social como premisa para la verdadera libertad e igualdad civil y política.

En concreto, uno de los rasgos característicos del Estado social es el reconocimiento al individuo de un conjunto de derechos que exigen una prestación por parte del Estado y que reclaman la *interpositio legislatoris*. Se configura así una trama de derechos que conceden al ciudadano un *status activae* social o *status positivus socialis*[25]. Estos derechos –"fundamentales" también– suelen cristalizarse como directrices constitucionales y reglas de actuación legislativa, de las cuales se desprende la obligación –no accionable, pero sí jurídicamente vinculante– de una determinada puesta en marcha de la actividad estatal[26].

Así pues, los derechos sociales normalmente requieren la predisposición de los recursos y la organización necesaria para su implementación, es decir, presuponen políticas públicas adecuadas. No obstante, la importancia del reconocimiento constitucional de un derecho social al menos debería sustraer su *esencia*, aunque no las modalidades aplicativas, a la discrecionalidad política del legislador.

La eficacia real de los derechos sociales constitucionales depende no sólo del nivel supralegal de su positivización, sino también del sistema de garantías jurídicas para su defensa y respeto. La positivización de los derechos fundamentales de contenido social puede tener una concreción múltiple de garantías según su forma particular de positivización: como derechos subjetivos en sentido propio, como garantías institucionales o como principios de política social o normas de finalidad. Por otra

---

[23] Pace, A.: "Derechos de libertad y derechos sociales en el pensamiento de Piero Calamandrei", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 63, 1989, pág. 60.

[24] En este sentido, resulta de interés la *teoría funcional* del Derecho, como respuesta a las insuficiencias explicativas de las tradicionales concepciones del Derecho (protectora y represiva), y la relevancia que se concede a la función *"promocional"* del Derecho, cfr. Bobbio, N.: *Contribución a la Teoría del Derecho*, Fernando Torres, Valencia, 1980, págs. 51-60 y 367 y sigs.

[25] Pérez Luño, A. E.: *Los derechos fundamentales*, *cit.*, pág. 21, donde considera que tales derechos económicos, sociales y culturales, dado que se destinan a garantizar el pleno desarrollo de la subjetividad humana, "se integran cabalmente en la categoría omnicomprensiva de los derechos fundamentales".

[26] Schneider, H. P.: "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático", *REP*, núm. 7, 1979, pág. 32.

parte, no debe olvidarse que el derecho social reconocido constitucionalmente puede implicar no sólo garantías subjetivas, sino también criterios de validez de las normas y base y fundamento de medidas y de iniciativas legislativas, como programas finalísticos, que legitiman y justifican decisiones de los poderes públicos.

La diferente estructura jurídica que normalmente –pero no indefectiblemente– presentan los derechos fundamentales civiles y políticos y los sociales hace más dificultoso superar esta dicotomía[27]. Pero la "fragilidad" de los derechos sociales puede *reducirse* precisamente a través de las *garantías de los derechos*, de manera que el *gap* entre *normatividad* y efectividad del derecho social sea mínima, logrando así su máxima eficacia posible[28].

De otro lado es difícil aceptar, con carácter excluyente, la distinción entre derechos de defensa (negativos) y derechos de prestación, pues lo normal es la coexistencia de ambas calificaciones en todo tipo de derechos y libertades, acentuándose, según los casos, uno u otro carácter. La diferenciación entre derechos de libertad y derechos de prestación pierde buena parte de su significado y lo normal es encontrarse con *derechos mixtos*, cuyo carácter de derecho de libertad o de derecho de prestación será más o menos acentuado[29]. Este ensanche podría permitir el establecimiento de toda una serie de garantías de los derechos económico-sociales que definen ese *status* básico de la persona y su dignidad en sus diferentes vertientes.

Para concluir esta visión introductoria, las dificultades jurídicas que presentan los derechos sociales van a persistir: son en muchos casos "mandatos al legislador" o "normas de determinación de fines" o "principios rectores" antes que verdaderos derechos subjetivos que no necesiten de la interposición de la ley; su justiciabilidad es mucho más frágil (aunque no siempre es inexistente); y hay indudables limitaciones presupuestarias a la "socialidad" del Estado y a los derechos de prestación que se reconocen. De todos modos, la ciencia jurídica ha realizado avances en estas cuestiones que no deben infravalorarse.

1.2. La imbricación e "indivisibilidad" entre derechos civiles y políticos y derechos sociales (la "relatividad" inter-generacional de derechos: hacia una "ciudadanía social"y democrática más plena)

Las tradicionales libertades individuales desempeñan una doble función: por un lado, son necesarias como reconocimiento práctico de la dignidad moral inherente cada persona; por otro, constituyen el "medio para hacer operativa y

---

[27] Adviértase que los derechos sociales más vecinos a los civiles son los que para su aplicación requieren exclusivamente o prevalentemente actos normativos y comportamientos negativos (*v. gr.* el principio de no discriminación), mientras que la mayoría de los derechos sociales requieren prestaciones determinadas, cuyo sujeto pasivo puede ser público, e incluso privado (es el caso de la "modulación" de la función cambiaria –o "desmercantilización relativa"- del contrato de trabajo que conllevan ciertas reglas laborales).

[28] Cfr. Ferrajoli, L.: *Derechos y Garantías*, *cit.*, págs. 24-25.

[29] *V. gr.* el derecho de libertad sindical requiere, de un lado, un no intervencionismo o injerencia estatal en los espacios de libertad de creación y autonomía sindicales, y por otro, una política de fomento (prestacional) del hecho sindical como factor de participación económico social de los trabajadores y como mecanismo correctivo –en el plano colectivo– de una situación de desigualdad socio-económica en el plano individual de las relaciones laborales.

fecunda la vida política de la comunidad", al enriquecerla con la contribución de sus iniciativas. Los derechos de libertad son también básicamente un instrumento de oposición política (la concepción de los derechos y libertades públicas como instrumento de "respeto de la minoría" es también una de sus vertientes), como elemento indispensable de la renovación social y política[30] que conlleva la dinámica democrática. Las libertades individuales, aunque no fueran reclamadas por los particulares para la defensa del interés privado, son también una exigencia primordial del interés público, dado que son inherentes al sistema democrático[31].

Ahora bien, todas las libertades "burguesas" (significadamente la teórica igualdad política de todos los ciudadanos), que arrancan de la Revolución Francesa, encuentran sus obstáculos no tanto sobre el plano político, sino sobre el "plano económico", desplazando del uno al otro la lucha por la *libertad efectiva*[32]. Las libertades políticas codificadas se revelaron insuficientes para garantizar la libre participación de todos los ciudadanos en la vida de la comunidad. Con el dogmático seguimiento del principio del liberalismo económico en la estructuración social, el nuevo obstáculo a la libertad efectiva venía determinado por el privilegio económico garantizado por todas esas libertades. El liberalismo económico, más que una integración de las libertades políticas de todos los ciudadanos, se convirtió en el instrumento de la burguesía para monopolizar estas libertades políticas en detrimento de todos aquellos que no disponían de los medios económicos para hacerlas valer. Por ello, no bastaban solamente las libertades políticas, las cuales, cuando se acompañan del privilegio económico, sirven en realidad para hacer del poder político un monopolio cristalizado de los hacendados y para impedir el perpetuo afluir de las más sanas fuerzas populares a la renovación del grupo dirigente que es la esencia misma de la democracia. En el sistema político "liberal", las libertades políticas eran, *de derecho*, reconocidas para todos, pero en realidad solamente una clase social tenía la posibilidad *de hecho* de valerse de ellas en su propia ventaja[33].

La superación de este estadio –dadas las exigencias de *efectiva* igualdad política– viene a través de la denominada *"democracia social"*. Democracia social es aquélla en la que entre los derechos políticos figura también el aseguramiento a cada ciudadano de aquel mínimo de bienestar económico sin el cual las libertades políticas, aunque reconocidas jurídicamente, no podrían ser de hecho ejercidas por los desposeídos en condiciones de igualdad con los más favorecidos. "Democracia

---

[30] Cfr. Calamandrei, P.: Costituente e questione sociale", en *Opere Giuridiche*, *cit.*, pág. 173.

[31] Cfr. Calamandrei, P.: "L'avvenire…", *cit.*, pág. XIV.

[32] Calamandrei, P.: "L'avvenire…", *cit.*, pág. XXII, desvelando claramente que la conquista revolucionaria del los derechos del hombre y del ciudadano fue para el tercer estado la coronación de un poder que ya se había afirmado en el terreno económico y cultural: la defensa de un bienestar económico ya adquirido, y el instrumento para conservarlo, no el inicio de una revolución social con la cual el cuarto estado fuese admitido a una más equitativa distribución de la riqueza (*ibid.*, págs. XXII-XXIII) [cfr. Roselli, C: *Socialismo liberal*, Fundación Pablo Iglesias, Madrid, 1991].

[33] En eso consiste el descrédito de las libertades políticas en el estado liberal [cfr. Calamandrei, P.: "L'avvenire…", *cit.*, pág. XVV; sobre esta crisis de las libertades políticas, *vid*. también "Costituente e questione sociale", *cit.*, págs. 174-175].

social" es, por consiguiente, aquélla en la que los derechos políticos y los derechos sociales se sitúan sobre el mismo plano: en la cual, se podría también decir, un cierto grado de bienestar económico está reconocido como un derecho político del individuo frente a la comunidad. En definitiva, la democracia social abre el reconocimiento y la búsqueda de la justicia social como prerrequisito de la libertad individual y política. Ese "garantismo social" se sitúa en la misma base de la democracia sustancial, es una condición para la realización del principio democrático[34].

La re-construcción requiere de una operación que no consiste en suprimir o limitar los derechos y libertades civiles y políticas (como sucede en las experiencias totalitarias), sino integrarlas y enriquecer su elenco, de manera que se pueda concebir un nuevo tipo de democracia, no solamente política sino también "social", más efectiva y plena de aquella nacida de la Revolución francesa[35]. Esta nueva concepción se trata de producir y consolidar a través del reconocimiento de una nueva categoría de derechos del ciudadano que, junto a las libertades políticas tradicionales, han sido denominados como "derechos sociales", y cuya función es esencialmente la de garantizar a cada individuo, como "prosecución" de los derechos y libertades civiles y políticas, aquel mínimo de "justicia social", es decir, de bienestar económico, que parece indispensable para la liberación de la necesidad. De esta manera, sitúan al ciudadano en condiciones de poder valerse también de hecho de aquellas libertades civiles y políticas que de derecho están proclamadas como iguales para todos[36].

El carácter "social" (la vertiente "social" de la ciudadanía) de estos derechos no debe considerarse como una negación de las libertades individuales (aunque puedan derivar condicionantes y límites a estas últimas), sino como *un desarrollo y una prosecución* de éstas, que sobreviene con la idea del Estado social de derecho. Estos derechos tendrían su fundamento en una exigencia derivada de la propia dignidad de la persona, pues un mínimo de bienestar económico es una condición indispensable para garantizar en la sociedad la dignidad del hombre entendido como persona moral y por consiguiente como sujeto político *activo*[37]. La piedra angular sigue estando en la "liberación de la necesidad" (*freedom for want*), considerada como una condición indispensable para salvaguardar la dignidad moral de la persona y para permitir su participación activa en la vida social y política de la comunidad democrática. Es por ello que los derechos sociales

---

[34] *Vid*. Ferrajoli, L.: *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democracia*, Laterza, Roma-Bari, 2007, capítulos décimotercero y décimoquinto.

[35] Calamandrei, P.: "L'avvenire…", *cit.*, págs. XXVI-XXVII.

[36] Cfr. Peces Barba, G.: "Reflexiones sobre los derechos sociales", en AA.VV., AA.VV.: *Robert Alexy, Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, págs. 88-89; Monereo Pérez, J. L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España*, Trotta, Madrid, 1999, pág. 211, ha indicado cómo la liberación de la necesidad está comprendida en la garantía de la dignidad humana y "la disponibilidad de recursos materiales suficientes a través del reconocimiento de derechos sociales de ciudadanía es condición para la efectiva participación política de los ciudadanos". Ello implica la remoción de los obstáculos que impiden la libertad e igualdad real y efectiva entre los individuos y grupos en los que se integran, en las distintas facetas de la vida social, económica, política y cultural.

[37] "L'avvenire…", *cit.*, pág. XXXII.

constituyen la premisa indispensable para asegurar a todos los ciudadanos el goce efectivo de los derechos y libertades civiles y políticos[38].

De esta manera, existen buenas razones para adjudicarle a ciertos derechos sociales el carácter de *derechos más "básicos"* que los tradicionales derechos de libertad, como derechos "habilitantes" –en realidad– de un abanico más amplio de derechos[39]. Existe una relación directa entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, el disfrute de un mínimo socio-económico es la condición esencial de la participación civil y política. Para que éstas últimas sean genuinas, ha de partirse de una cierta igualdad socio-económica de base. Ello explica perfectamente la indivisibilidad e interdependencia de esta trilogía de derechos[40].

Desde un punto de vista jurídico-material, ambas categorías de derechos no se hayan en posición de conflicto, pretendiendo una inevitable contraposición entre la libertad garantizada por los derechos civiles y políticos ("derechos de libertad") y la igualdad garantizada por los derechos sociales ("derechos de igualdad"). La fórmula del Estado social presupone la intrínseca unión entre los bienes jurídicos de la libertad y la igualdad, siendo la finalidad primordial de la incorporación de los derechos sociales en la Constitución, la de ampliar y potenciar la libertad real de los individuos y grupos en que éstos se integran, aportando un componente igualitario indispensable para el goce efectivo –y más universal– de los derechos civiles y políticos.

En el pensamiento moderno prevalece la idea de la indivisibilidad de los derechos humanos, lo que presupone que forman un bloque único y no pueden ser situados en una escala jerárquica. Hay una tendencia en el ámbito internacional a difuminar y reducir la línea divisoria estricta entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, y ello con independencia de la diversidad de técnicas jurídicas con las que puedan tener reconocimiento. Estos son los fundamentos para defender la indivisibilidad e interdependencia de la trilogía de derechos, y refutar la idea de los derechos sociales como derechos secundarios o subalternos. Además, se habla también de la clara naturaleza "doble o mixta" (sociopolítica) de algunos derechos sociales que adquieren la consideración jurídico-constitucional de libertades públicas[41].

Así pues, aunque un elemento que prevalentemente concurre –aunque no necesariamente los cualifica– en los derechos sociales frente a los tradicionales derechos de libertad, que tendrían un prevalente carácter *negativo* (en tanto que a los

---

[38] "L'avvenire…", *cit.*, pág. XXXVIII.

[39] Gargarella, R.: "Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?", *cit*., pág. 13.

[40] *Vid.*Marshall, T. H.: *Ciudadanía y clase social*, en Marshall, T. H., Bottomore, T., *id.*, Alianza, Madrid, 1998, págs. 22 y sigs. Esa indivisibilidad entre los derechos civiles, políticos y económicos y sociales ha sido reconocida por el propio TEDH, en la Sentencia de 9 de octubre de 1979, Caso *Airey vs. Ireland* (recurso núm. 6289/73); y se consagra en la CDFUE (Preámbulo y art. 6.1).

[41] Van Boven, T. C.: "Criterios distintivos de los derechos humanos", en AA.VV., *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, vol. I, Barcelona, Serbal-Unesco, 1984, págs. 78 y sigs.

mismos corresponde la obligación del Estado de no obstaculizar el ejercicio de ciertas actividades individuales), es que los derechos sociales tienen carácter *positivo*, en cuanto que a éstos corresponde la obligación del Estado de remover los obstáculos de orden económico y social que obstaculizan la libre expansión moral y política de la persona humana. Los primeros liberan de la opresión política, los segundos de la económica. Pero importa destacar que ambos derechos tienen la misma orientación teleológica: la *defensa de la libertad individual*, aunque los medios de actuación han de ser diferentes porque, para satisfacer los derechos sociales el Estado –como *parte debitoris*– debe comportarse activamente para eliminar el privilegio económico y garantizar la liberación de la necesidad. Así pues, con el advenimiento de los "derechos sociales" la función del Estado en defensa de la libertad no se oculta más en la cómoda inercia del *laissez faire*, sino que implica una toma de posición en el terreno económico y una serie de prestaciones activas en la lucha contra la miseria y contra la ignorancia.

Estos derechos "sociales" conforman la *vertiente social de la ciudadanía*. Expresión que designaría el conjunto de expectativas que cada ciudadano tiene frente al Estado para obtener las garantías de seguridad en la vida y en el trabajo que son necesarias para dar contenido de dignidad y de libertad a la existencia individual. Son derechos que vinculan el ordenamiento jurídico con la "situación real de poder" de los titulares, abandonando la configuración tradicional de los derechos como meras posiciones jurídicas individuales independientes de las condiciones reales necesarias para su realización social efectiva[42].

La particularidad de los derechos socio-laborales es que responden a la idea del hombre ligado a su "condición social", a su situación social, alejada de la creación conceptual "irreal" de la igualdad de las personas. Se trata de una concesión del espíritu individualista-liberal del Derecho frente a un espíritu "social", para hacer al ciudadano trabajador una persona más libre (por tanto, más igual). El Derecho "social" del trabajo se asentaba sobre este ideal y sobre el postulado de alejarse de la concepción del trabajo como mercancía[43].

2. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y DERECHOS SOCIO-LABORALES

2.1. La Constitución como eje vertebrador de nuestro sistema de relaciones laborales

No es función propia de los textos constitucionales la regulación pormenorizada de parcelas concretas de la realidad social, como puede ser la del mundo de las relaciones de trabajo, sino, más bien, la fijación de los principios básicos de la convivencia social y política. Pero lo cierto es que las Constituciones modernas,

---

[42] *Vid.* Monereo Pérez, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit., págs. 43 y 159 y sigs.

[43] *Vid.* Sinzheimer, H.: *Crisis económica y Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1984, págs. 61 y sigs.

en especial, aquellas que asumen los ideales propios del Estado social y democrático de derecho –simbolizado por Weimar[44]– también han tratado de dotar al conjunto de las relaciones sociales –específicamente a las laborales– de unas pautas de funcionamiento, para acomodarlas en su conjunto a la escala de valores y a los presupuestos ideológicos que han dado vida al texto constitucional.

En este sentido, y en consonancia con la "nueva centralidad" jurídica que tiene la norma suprema en el Estado constitucional, el constituyente llegó mucho más lejos de la meras relaciones políticas y de la *res publica* para proyectar su poder normativo sobre las relaciones privadas (especialmente aquellas que en mayor grado reflejan preocupaciones y aspiraciones de contenido social), tanto en su vertiente individual como colectiva.

En el ámbito concreto de las relaciones de trabajo, se "constitucionalizan" una serie de derechos, principios y directrices, y se establecen sus instituciones nucleares o componentes esenciales –sujetos y medios de acción– de dicho sistema[45]. La explicación de este fenómeno obedece a serie de factores fundamentales: las relaciones de trabajo son relaciones de poder, con un gran impacto social, lo que las convierte en un elemento central para la intervención mediadora del constituyente y del Estado; las relaciones de trabajo y el "mercado" en el que se desarrollan tienen un elevadísimo impacto económico y social (son centrales en el sistema socio-económico); en especial, las relaciones de trabajo son el espacio adecuado para la proyección de muchos de los fines sociales de la Constitución, entre ellos el de la consecución de la igualdad real y efectiva entre los individuos y los grupos sociales.

La Constitución se erige así como la primera norma de referencia o "conformadora" de nuestro sistema de relaciones laborales, a través de una compleja red de principios, mandatos o derechos.

En primer término, la Constitución parece venir inspirada en la idea de construcción y sostenimiento de un sistema de relaciones de trabajo en el que puedan tener vigencia los valores propios de la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes, como fundamentos del orden político y social (art. 10.1 CE). La dignidad humana es la premisa "antropológico-cultural" del Estado constitucional y conduce a la democracia como consecuencia orgánica u organizativa[46]. La universalización de los derechos del hombre y la legitimidad democrática conlleva necesariamente la universalización del Estado constitucional como forma de organización jurídica.

Dentro del texto constitucional, aunque sea de forma asistemática y plurifuncional, puede encontrarse lo que se puede denominar "Constitución del trabajo" o

---

[44] Sobre los orígenes del constitucionalismo social, cfr. Herrera, C. M.: "Teoría constitucional de lo social", en AA.VV., *Ideas e instituciones constitucionales en el siglo XX*, *cit*., págs. 254 y sigs.

[45] *Vid*. Martín Valverde, A.: "La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo", *REDT*, núm. 33, 1998.

[46] Sobre la dignidad del hombre como fundamento de los textos constitucionales, *vid*. Häberle, P: *El Estado constitucional*, UNAM, México, 2001, págs.. 169 y sigs.; y los trabajos incluidos en la obra colectiva, Fernández Segado, F. (coord.): *Dignidad de las personas, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Dykinson, Madrid, 2008.

"Constitución social", como conjunto de cláusulas destinadas específicamente a las cuestiones socio-laborales. La "asistematicidad" de tales cláusulas en su tratamiento constitucional no impide suponer que compartan el mismo esquema de valores y una sustentación sobre las mismas coordenadas o "bases constitucionales".La "Constitución del trabajo" constituye un conjunto integrado por preceptos y previsiones de diferente especie, ubicadas en pasajes muy distintos y que desempeñan funciones muy variadas en relación al sistema de relaciones laborales, aparte de las interconexiones sistemáticas que se establecen entre ellos[47].

En primer término, la Constitución realiza un encuadramiento o diseño general del sistema de relaciones laborales. Dentro de ellas, se encuentran las que fijan las bases del sector en el que se desenvuelven las relaciones de trabajo, esto es, el sistema económico y productivo (la constitución socio-económica) [arts. 33, 38, 128.1 CE, con los condicionantes de tales preceptos y los previstos en los arts. 128.2, 129.2 y 131.1 CE]; las que reconocen los instrumentos básicos de conformación y de "gobernabilidad" del sistema de relaciones laborales (como terreno de juego en el que contienden las representaciones profesionales de trabajadores y empresarios en defensa de los intereses que les son propios [asentadas básicamente por el principio de autotutela y autonomía colectiva y los derechos derivados de los arts. 7, 22, 28.1 CE, así como de los relativos a los de actividad o acción colectiva del 28.2, 37.1, 37.2 y 129.2 CE]; las que consagran derechos básicos de toda persona en relación con el trabajo [los heterogéneos derechos del art. 35.1 CE –algunos "semi-degradados" en la *praxis* a directrices de la política social–, incluido el principio de no discriminación *ex* art. 14 CE]; las que establecen los principios o ideales por los que debe guiarse la política del trabajo (en general, la política socio-laboral) [identificables principalmente dentro de los "principios rectores de la política social y económica", arts. 40.1, 40.2, 41, 43, 49, 50 CE].

En segundo término, la Constitución lleva a cabo una identificación y jerarquización de sus fuentes normativas (la determinación de las fuentes materiales del Derecho del trabajo). La Constitución constituye la fuente "originaria" de fuentes para el ordenamiento laboral, distribuyendo poderes normativos en el marco del pluralismo jurídico-constitucional.

Pero también la Constitución procede la regulación directa de ciertos aspectos de las relaciones de trabajo; se constitucionalizan una serie de derechos y principios que han sido clave en el Derecho del trabajo post-constitucional. La Constitución –como norma jurídica en su integridad[48]– es también fuente de regulación directa para el trabajo e introduce sobre este sector de las relaciones sociales reglas de aplicación directa e inmediata, y no sólo directrices, metas u orientaciones generales.

---

[47] García Murcia, J.: "Constitución y ley", en AA.VV.: *El sistema de fuentes de la relación laboral. Estudios ofrecidos al Profesor Martín Valverde por el Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2007, págs. 37 y sigs.

[48] *Vid*. por todos, García de Enterría, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1984, págs. 49 y sigs.

2.2. Transformaciones generales del Derecho del trabajo post-constitucional

La constitucionalización del ordenamiento laboral ha conllevado una transformación de nuestro sistema de relaciones laborales –tanto individual como colectiva– a través de la acción legislativa. La presencia en el texto constitucional de un programa[49] expreso de legislación laboral, materializado en numerosos cuerpos normativos –con algunas previsiones todavía no actuadas– ha proporcionado un relieve singular al fenómeno.

Aparte de esa evolución "sustantiva" del Derecho laboral como consecuencia de las previsiones constitucionales, hay dos elementos de relevancia que incorpora o son resultado de la Constitución.

Por una parte, el texto constitucional incide sobre la estructura o disposición interna de los elementos que componen el ordenamiento laboral. Principios que antes tenían un papel secundario, como la autonomía colectiva, pasan a un primer plano, ampliando su protagonismo y operatividad. Ello conlleva también una reconfiguración de poderes normativos como el poder legislativo y el poder reglamentario.

Del mismo modo sucede con determinadas normas de alcance general, como el principio de no discriminación, que el texto constitucional potencia de manera extraordinaria en las relaciones de trabajo. Institutos jurídicos que ocupaban un determinado lugar en el anterior diseño de la estructura normativa, pasaron a tener una reubicación diferente (*v. gr*. el poder de dirección del empresario, que tuvo que encontrar un nuevo fundamento constitucional en el derecho a la libertad de empresa, insertándose ahora en un entorno de derechos y deberes constitucionales).

La Constitución, como "nuevo centro" del ordenamiento jurídico, ha tenido una repercusión tanto sobre el sistema de fuentes laboral (de manera un tanto asistemática y en algunos casos insuficiente, pero sí que se encarga de ordenar no solamente las fuentes estatales, pues aborda los instrumentos de expresión de la capacidad normativa de los grupos sociales en el terreno laboral), como en relación a los principios y derechos que se constitucionalizan y su influencia sobre el ordenamiento laboral.

La Constitución también incidió sobre los modos de aplicación de las normas de trabajo (a las instancias y cauces jurisdiccionales encargados de su puesta en práctica), pues vino acompañada de nuevos cauces jurídicos para la interpretación y la aplicación de los preceptos constitucionales. Los recursos de inconstitucionalidad y de amparo cuyo conocimiento se atribuye al Tribunal Constitucional son buena muestra de ello. Pero también se manifiesta en los procesos de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas de que conocen los órganos de la jurisdicción. Estos instrumentos de tutela permitieron tanto una depuración de normas legales contrarios o incompatibles con la Constitución, como también han

[49] García Murcia, J.: "Constitución y ley", *cit*., págs. 62 y sigs.

contribuido a delimitar con mayor precisión el alcance de los derechos fundamentales reconocidos a los trabajadores[50].

Corresponde a la doctrina judicial, a la jurisprudencia laboral del Tribunal Supremo y a la doctrina del Tribunal Constitucional, en la aplicación de las normas laborales, desarrollar las implicaciones normativas de la Constitución en materia de derechos fundamentales (tanto de las explícitamente legisladas, como de las que no se hayan desarrollado de manera expresa).

El proceso de constitucionalización del Derecho del Trabajo debe comprenderse y valorarse teniendo presente la proyección de sus efectos en dos direcciones. Por un lado, la transformación de las leyes y normas de trabajo post-constitucionales, con origen en el cumplimiento de mandatos o encargos constitucionales. De otro, la transformación mucho más discreta y silenciosa en los criterios de interpretación del ordenamiento laboral y en las vías de aplicación del mismo (*v. gr*. el impulso a los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo).

2.3. Fundamentos para tutela sustantiva del trabajador en el marco constitucional y sus realizaciones: puntos críticos

2.3.1. La cláusula de "Estado social" (implicaciones y aporías)

El Derecho "clásico" del trabajo –tutelar y protector– tiene unas relativas sólidas bases constitucionales en el marco del Estado social y democrático, aún dentro de la dialéctica de valores y principios constitucionales que se encuentran en eterna contraposición y "recomposición" permanente.

La cláusula del Estado social nos enfrenta a la materialización del problema de la justicia social. A través del Estado social se instrumentaliza la aspiración de que el poder público establezca una "justicia distributiva" o social y no simplemente formal[51]. El resultado fue la transformación activa de las tareas y funciones estatales. El origen del Estado social es de carácter híbrido, pues nace del compromiso entre tendencia ideológicas dispares, desde el socialismo democrático hasta el pensamiento liberal más progresista, que lo han venido considerando como un instrumento de adaptación del aparato político a las nuevas exigencias del capitalismo "maduro"[52].

---

[50] Martín Valverde, A.: "Prólogo", en AA.VV.: *Derechos fundamentales y contrato de trabajo. 1as. Xornadas de Outono de Dereito Social*, Comares, Granada, 1998, p. XII.

[51] El tratamiento jurídico desigual como instrumento para la promoción de una igualdad material está presente en el pensamiento de muchos autores clásicos: Radbruch, G.: *Introducción a la filosofía del Derecho*, Madrid, 1974, pág. 160; id.: *Filosofía del Derecho*, (con estudio preliminar de Monereo Pérez, J. L.: "La filosofía de Gustav Radbruch: una lectura jurídica y política"), Comares, Granada, 1999; Weber, M.: *Economía y sociedad*, FCE, México, 1977, págs. 585 y sigs.; Menger, A.: *El Derecho civil y los pobres*, con estudio preliminar: "Reformismo social y socialismo jurídico" a cargo de J. L. Monereo Pérez, Comares, Granada, 1998.

[52] Pérez Luño, A.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 230.

El Estado social conlleva relegar las premisas de la neutralidad[53] e individualismo, y rellenar el vacío de contenido del concepto formalista de Estado de derecho con principios ideológicos de corte socialista. De ahí también que persista el interrogante sobre si es posible la fusión de los elementos "social" y "liberal" en la unidad de la Constitución.

El Estado social de derecho, además de la certeza y seguridad del Estado de derecho (de la garantía de los derechos de libertad del Estado democrático de Derecho como garantes del valor del individuo, y la exigencia de la expresión democrática de la voluntad popular) reclama una organización social basada en la igualdad material (económica y social). Esto supone un Estado que ayuda, reparte, distribuye y adjudica, que no abandona al individuo en su situación social, sino que lo auxilia, responsabilizándose de su procura existencial en los diversos ciclos vitales en los que se traduce la existencia humana[54].

Las garantías jurídico-sociales necesitan "modulación" y "diferenciación" por cuanto únicamente son razonables dentro de ámbito de lo oportuno, necesario y posible, según el caso concreto: no se pueden captar en una norma abstracta, sino que más bien estamos hablando de un campo político donde entra la diversidad de posibilidades y la imposibilidad de lo abstracto[55].

Con el advenimiento del Estado social, el poder público no debe intervenir de forma subsidiaria el plano socio-económico, sino que se sitúa como eje central de la vida económica y también de la protección social. Se pretende que el Estado evite que la igualdad jurídica y las garantías del Estado de derecho se conviertan en una fórmula vacía. Para cubrir este vacío de contenido que resultó del formalismo, se hace un trasvase de principios ideológicos de carácter socialista.

Con el Estado social se procura remediar los desequilibrios sociales derivados del sistema económico estableciendo un nuevo orden jurídico con derechos –a excepción de los laborales fundamentales– de corte más "programático" o de eficacia "diferida", cuyo contenido debía ser concretado por el propio legislador y la Administración pública. Pero además, se erigió al Estado social como un principio de intervención ínsito en la propia Constitución.

El art. 9.2 de nuestro texto constitucional es una manifestación normativa muy depurada de la cláusula de "Estado social". Es un precepto que habilita, desde la libertad e igualdad como realización de la dignidad humana, a la realización de los derechos sociales como forma de promoción y de remoción de obstáculos al desarrollo de la personalidad de quienes por sí mismos no pueden satisfacer necesidades

---

[53] *Vid*. Celano, B.: "Positivismo jurídico normativo, neutralidad y Estado de derecho", en AA.VV., *Neutralidad y teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 243 y sigs.

[54] Cfr. Forsthoff, E.: "Concepto y esencia del Estado Social de Derecho", en AA.VV., *El Estado Social*, CEC, Madrid, 1986, pág. 86; García Pelayo, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1982, págs. 26 y sigs.

[55] Méndez Maddaleno, J.: *La Constitución como proceso político*, Dykinson, Madrid, 2012, pág. 85.

básicas[56]. Como se ha señalado, estamos ante una toma de posición contundente a favor de la intervención de los poderes públicos para corregir desigualdades y faltas de libertad y para impulsar su desarrollo. Estamos ante "las antípodas del estado mínimo y donde se legitima el estado social y la función promocional del derecho"[57].

No obstante, el concepto de Estado social de derecho ofrece ciertas contradicciones *per se* de difícil solución definitiva ("fragilidad política") y que inciden sobre su propia instrumentación jurídica. La primera es que no existe un acuerdo mayoritario respecto a la medida en que se pueden incorporar estructuralmente elementos sociales en el Estado de derecho sin que queden afectados –al menos de manera intolerable– otros de sus elementos fundamentales. Por un lado, el *Rechtsstaat* pretende, mediante cauces formales, garantizar la libertad de los ciudadanos –el individualismo propietario– frente a la intervención del Estado respetando el *status quo* económico-social y la propia dinámica del sistema capitalista y la economía de mercado. Por otro, el *sozialer Rechtsstaat*que es de naturaleza más programática y de carácter indeterminado, constituyendo un "programa" de transformación socioeconómica a través de una política de redistribución de la riqueza que, para su concreción, requiere de la actuación del legislador y los órganos administrativos. Por tanto, dar la misma condición de inmediatez, de inmutabilidad y de ejecutoriedad desde sí mismas a las garantías jurídico-constitucionales del *socialer Rechtsstaat* no es posible sin disminuir las garantías propias del *Rechsstaat*[58].

El Estado social de derecho es un Estado que debe garantizar la subsistencia, un Estado prestacional y de redistribución del bienestar. En el Estado social, el ciudadano transfiere al Estado la exigencia de seguridad en los diversos ciclos vitales y frente a diferentes riesgos. La realización del Estado social lleva consigo la difícil articulación entre los elementos clásicos del Estado de derecho y las exigencias de la realidad social en la configuración del Estado. Ambos tipos de Estado sostienen una relación de complementariedad en la que se manifiestan momentos de tensión por la disparidad de sus razones teleológicas. Supone la inserción, en la racionalidad formal del Estado de derecho, de obligaciones de contenido social, promotoras de una supresión de la desigualdad social. Se coloca en la ideología socialdemócrata la *auctoritas* que orientará el ejercicio de la *potestas*. Y ello puede conllevar ciertos elementos de distorsión en la seguridad y fiabilidad del Derecho en razón de exigencias materiales.

Pero también se ha sostenido la necesaria continuidad entre los principios social y democrático, y el concepto de Estado de Derecho. En este sentido, Habermas atribuye esta necesidad de conexión interna al concepto de Derecho fruto de la

---

[56] *Vid*. Balaguer Callejón, F.: "El Estado social y democrático de derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado social", en AA.VV., Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M. N. (dirs.): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, págs. 89 y sigs.; Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C.: "La cláusula transformadora: el principio de igualdad de oportunidades", en AA.VV., *id.*, págs.. 131 y sigs.

[57] Peces Barba, G.: "Reflexiones sobre los derechos sociales", *cit*., pág. 89.

[58] Böckenförde, E. W.: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 1996, pág. 36.

modernidad, y a la circunstancia de que el Derecho positivo ya no puede fundar su legitimidad en el Derecho natural. En el paradigma liberal del Derecho la sociedad está centrada en la economía e institucionalizada con técnicas propias del Derecho privado, particularmente los derechos de propiedad y la libertad contractual, y se concibe dentro de la acción espontánea de los mecanismos del mercado. Dentro de ese paradigma la sociedad está cortada a la medida de la autonomía de los sujetos jurídicos. A ello se añade la expectativa normativa de que se puede producir justicia social a través de la protección de ese *status* jurídico negativo (no injerencia estatal). A partir de la crítica de este postulado se elabora la noción de Estado social. Si la libertad dada por la "facultad de tener y adquirir" debe asegurar la justicia social, entonces tiene que existir una igualdad para ejercer esa "facultad jurídica". Se ve la necesidad de introducir derechos fundamentales de carácter social, que fundamenten tanto el derecho a un reparto más justo de la riqueza producida socialmente, como el derecho a una protección más eficaz ante las desigualdades sociales[59].

Así pues, el Estado social de derecho es la expresión del compromiso entre la defensa de las libertades tradicionales individualistas y las exigencias de la justicia social. El elemento "socialista" demócrata representa la superación de la "neutralidad" axiológica y del formalismo positivista. Como puede fácilmente comprobarse, esto explica suficientemente las tensiones entre principios y derechos constitucionales, y la inevitable exigencia de ponderación y equilibrio entre los mismos.

Por otra parte, tampoco hay unanimidad para determinar cuáles deben ser los elementos sociales estructurales que se han de tomar en consideración. Un problema sin resolver es la misma indefinición y la falta de unanimidad en cuanto al contenido de las exigencias materiales derivadas del Estado social. De ahí la complejidad de la inclusión de dicho concepto como principio constitucional y elemento conformador del Estado de derecho. Aparecen los problemas de los derechos sociales bajo el prisma de la dogmática iuspublicista más tradicional.

Con carácter general, podemos incurrir en una decisión sobre cuestiones políticas, pero precisamente la Constitución es el "punto de inflexión" entre lo político y lo jurídico. A fin de cuentas, esto es lo que en gran medida hacen los tribunales, resolver como controversias jurídicas lo que en muchas ocasiones son conflictos de intereses. El mismo Kelsen afirma que la función de un Tribunal constitucional tiene un carácter político[60]. Es dudoso que muchos preceptos constitucionales (especialmente aquéllos que suponen "fórmulas de compromiso") ofrezcan una sólida base para encontrar la seguridad jurídica de una consecuencia constitucionalmente "correcta" por medio de un procedimiento racional y controlable (típico método "jurisdiccional"). En algunos preceptos una perfecta subsunción racional es simplemente inalcanzable por su mismo "carácter político"[61]. Y ello es especialmente acusado en las normas que solamente ofrecen objetivos todavía por realizar.

---

[59] Habermas, J.: *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Paidós, Barcelona, 1999, pág. 257.
[60] Kelsen, H.: *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 20-21.
[61] Cfr. Schmitt, C.: *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 57.

La complejidad de la materia constitucional hace imposible la simple transposición de reglas tradicionales de interpretación. La interpretación constitucional tiene un inevitable carácter "creativo". Se sitúa en un plano axiológico-sustancial, pero no puede prescindir del plano político institucional. No en vano se ha dicho que los tribunales constitucionales nacen como una especie de "nudo elástico" entre las dos esferas representadas por la jurisdicción y la política[62].

Vivimos una época en la que se piensa que la "ductilidad constitucional" es la única posibilidad para los sistemas constitucionales, pues ellos deben su existencia a la coexistencia y al compromiso[63]. Las lagunas e indefiniciones constitucionales determinan conflictos en los que la función de los intérpretes constitucionales adquiere un carácter político, aunque la decisión se presente bajo forma judicial. Se trata de una discrecionalidad que, cuanto más libre sea, tanto más termina por parecerse a la discrecionalidad política típica de la actividad legislativa[64].

La interpretación constitucional tropieza también con el hecho de que, bajo la calificación de norma, se sitúan principios diversos: principios programáticos, preceptos jurídicos concretos, normas de conducta y compromisos dilatorios. La necesaria ambigüedad que surge de este conjunto dificulta que una colisión pueda solucionarse por medio de una simple aplicación "jerárquica" de reglas.

El problema se acentúa en el Estado social de derecho, al introducir la "ideología" en el Derecho constitucional, y extender aún más la ambigüedad en los preceptos constitucionales. Mientras las disposiciones materiales constitucionales tienen un carácter indeterminado, se sigue asignando a la "justicia" y a la "interpretación" constitucional la misión de lograr "neutralidad" y objetividad[65].

2.3.2. La tutela constitucional del trabajador como exigencia de corrección de la desigualdad socio-económica

La *dimensión dogmática* de la Constitución en materia socio-laboral ha permitido derivar del texto constitucional una serie de exigencias correctoras o "civilizatorias" que limitan la autonomía individual en el plano de las relaciones laborales, como garantía de la posición jurídico-contractual del trabajador en la empresa. Ello ha permitido atribuir al ciudadano-trabajador todo un conjunto de derechos de tutela de la persona, así como introducir algunos elementos "desmercantilizadores" de su posición jurídico-contractual. La Constitución se erige así en el nuevo "Derecho común" para el Derecho contractual[66], e impone límites correctores a la autonomía individual.

---

[62] Rodotà, C.: *Storia della Corte Costituzionale*, Laterza, Roma, 1999, pág. 15.

[63] Zagrebelsky, G.: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1999, págs. 14 y sigs.

[64] Mazzarolli, L.: *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, Cedam, Padua, 2000, pág. 200.

[65] *Vid.*Schmitt, C.: *La defensa de la Constitución*, *cit*., pág. 141.

[66] *Vid*. Irti, N.: *La edad de la descodificación*, Bosch, Barcelona, 1992.

Situados en el plano contractual, la inserción de derechos socio-laborales en el texto constitucional implica también la consideración del empleador como sujeto pasivo de tales derechos. La garantía de los mismos supone el establecimiento de límites a la autonomía individual, lo que prácticamente se identifica, en el terreno de las relaciones laborales, con el poder contractual y directivo empresarial. El establecimiento de reglas constitucionales de obligada observancia inmediata –o de preceptos que imponen un desarrollo legislativo de derechos constitucionales– en la contratación laboral privada supone, ontológicamente, la limitación de la autonomía de la voluntad y en un contexto fáctico de desigual fuerza negocial, una limitación para el contratante fuerte.

La propia Constitución se sitúa como un importante elemento de limitación del poder empresarial y de garantía de una posición jurídica (*status* jurídico) del trabajador al margen de la situación de mercado (lo que se ha denominado la "desmercantilización" relativa de la posición del trabajador)[67]. Se trata de la incorporación de un "sistema de límites" al poder empresarial proclive a la "civilización" de la empresa.

Esta es una las consecuencias del cumplimiento del mandato del art. 9.2 CE, que tiene especial incidencia en el ámbito laboral. El propio TC estima que dicho precepto propugna una "igualdad real que en el ámbito de las relaciones laborales exige un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador. Siendo esto así, es evidente que la igualdad entre trabajador y empresario no puede ser desconocida o quebrada por una presunta plena efectividad del art. 14 de la CE, pues lo contrario equivaldría, paradójicamente, a fomentar mediante el recurso a la igualdad formal, una acrecentada desigualdad material en perjuicio del trabajador y en vulneración del art. 9.2 de la Constitución" [STC 3/1983, de 25 de enero].

La finalidad tuitiva del Derecho del trabajo encuentra fundamento constitucional, en la cláusula social que conforma el Estado, y se traduce en una función compensadora de la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación mutua o sinalagmática, máxime si ello acontece a título individual y no colectivo [cfr. SsTC 123/1992, de 28 de septiembre; 98/1993, de 22 de marzo; 177/1993, de 31 de mayo].

Esta compensación de desigualdad real y la exigencia de elementos correctores de las posiciones de desequilibrio socio-económico presentes en la relación laboral (el *favor laboratoris*) se erigen en una verdadera fundamentación constitucional del Derecho del trabajo[68] (tanto en sus dimensiones individual y colectiva). El art. 9.2 CE exige ir más allá de una igualdad puramente formal, al propugnar un significado del principio de igualdad acorde con la cláusula de Estado social, de ahí el ajuste constitucional de la finalidad tuitiva o compensadora del Derecho

---

[67] *Vid*. Monereo Pérez, J. L.: *Derechos sociales de ciudadanía y ordenamiento laboral*, *cit*., págs. 45 y sigs.

[68] Como reconoce la STC 3/1983, de 25 de enero, la relación laboral: "se asienta sobre una desigualdad originaria entre trabajador y empresario que tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es de dependencia o subordinación de uno respecto del otro, y que posee una tradición que es innecesario concretar, en todo el amplio conjunto de consecuencias derivadas de dicha relación".

laborar en garantía de la promoción de una igualdad real, que en el espacio laboral, exige un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador. Así pues, el Derecho "social" del trabajo conlleva un conjunto de reglas limitadoras entre los valores "libertad" e "igualdad" y sus distintas manifestaciones, limitaciones que aparecen como imperativos impuestos por los especiales presupuestos de la relación individual en orden a la realización del valor de "justicia" social. La ordenación jurídica del trabajo siempre implica un delicado equilibrio entre esos valores –íntimamente conectados entre sí– y sus dialécticas concepciones subyacentes (tanto en los planos individual como colectivo)[69].

Para que la igualdad entre las partes sea un hecho, no pueden quedar sometidos a unas mismas normas los contratantes que disponen de distinto poder para negociar. Sólo cierta equiparación (*función distributiva* del ordenamiento jurídico del poder de negociación) entre el poder de negociación que, de hecho, concurra en una y otra parte, permitirá que el resultado pueda ser rectamente calificado como una expresión de la autonomía de la voluntad[70]. Se trata de la corrección de la desigualdad de poder en la relación laboral, con un alejamiento de la rígida concepción de la igualdad formal. Ello conlleva la ruptura del mito de la "unidad del sujeto de derecho" y de la ilusión de una igualdad formal del derecho, propia del proceso de codificación liberal[71], y su desenmascaramiento[72]. Esta igualación formal era un requerimiento necesario para el establecimiento de relaciones de mercado entre sujetos económicos[73], pero en realidad implicaba la denominada "máscara moderna de la desigualdad"[74].

La llamada constitucional al desarrollo de un "estatuto" de los trabajadores (art. 35.2 CE) es bien significativa de la idea relativa a posición de "desmercantilización" relativa de la relación de trabajo, y de la inserción en el plano contractual de elementos indisponibles que son realización de esa idea garantista de la

---

[69] *Vid*. Del Rey Guanter, S.: "La aplicación de los valores superiores de la Constitución Española en el Derecho del Trabajo", *RL*, 1988 (I).

[70] Chamberlain, N. H.: "Collective Bargaining and the Concept of Contract", *Columbia Law Review*, vol. 48, 1948, pág. 837. Hay que discernir, como hace Kahn-Freund, O.: *Selected Writings*, Stevens & Sons, London, 1978, pág. 31, entre lo que es la inexistencia de compulsión legal para contratar, de la idea de que el trabajador sea verdaderamente un agente libre en sentido real.

[71] *Vid*. Tarello, G.: *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, Bologna, 1976, pgs. 35 y ss.

[72] Cerroni, U.: *La libertá dei moderni*, Bari, 1968, pgs. 78 y ss.

[73] El pretendido proceso de "objetivación" del intercambio que conlleva el mercantilismo produce cambios que impiden la reconducibilidad a la "unidad del sujeto de derecho", como tampoco los intereses contrarios en juego son susceptibles de una *reductio ad unum*. Esta es una de las vertientes de la crisis del negocio jurídico, conjuntamente con la ilusión de una igualdad formal del Derecho, como señala Galgano, F.: "Teorías e ideologías del negocio jurídico", *Anales de la Cátedra F. Suárez*, num. 22, 1982, págs. 65-66: "Una síntesis conceptual, efectuada en términos de negocio jurídico, no puede constituir una mediación real de los intereses: los intereses que el actual mecanismo contractual pone en escena (los intereses del empresario y de los trabajadores...) no son mediables dentro de una categoría jurídica unitaria. Agotada su función originaria, la categoría del negocio jurídico se traduce hoy... en una categoría engañosa que obstaculiza la comprensión del significado efectivo del mecanismo contractual, despoja a la relación de las connotaciones sociales de las partes, enmascara las contradicciones internas de la regulación de los contratos, oculta la naturaleza real de los intereses en juego y hace derivar hacia la dimensión del acto individual, eludiéndolo, el problema de los intereses contrapuestos al interés del empresario".

[74] Cerroni, U.: "Per una critica sistematica della categoria giuridica", *Democracia e Diritto*, 1974, pág. 487.

igualdad real y reequilibradora propias del Estado social[75]. Se trata de la inserción de un componente "estatutario" de derechos en la relación de trabajo.

La Constitución no solamente reconoce derechos sociales con pretensión universal, sino también derechos laborales "específicos" –fundamentales o no– destinados a la tutela del trabajador asalariado (entre los que se incluyen los instrumentos de autotutela colectiva de los trabajadores). El ciudadano no se considera en estos casos en abstracto, sino por su pertenencia a un colectivo en situación de inferioridad socio-económica que necesita una cierta protección (la consideración del ciudadano-trabajador en concreto).Y todo ello sin perjuicio de su encuadramiento en el modelo económico de la Constitución, asentado sobre la propiedad privada y la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y la defensa de la productividad, lo que ciertamente conlleva limites y limitaciones a los derechos socio-laborales.

El Derecho post-constitucional del trabajo también ha producido en ciertas facetas –debe reconocerse– importantes logros, en un proceso –contradictorio con el debilitamiento general de los instrumentos de estabilidad en la relación laboral fruto de la flexibilidad– de ampliación de la tutela individual de las personas trabajadoras, tanto en relación a su dignidad y derechos de ciudadanía. Las expresiones más señaladas –en ocasiones en el seno de políticas "transversales" más generales donde la re-ordenación laboral ha sido clave– son las relativas a la protección de la integridad, la salud y la seguridad en el trabajo; la promoción de la igualdad real o material y a la remoción de sus obstáculos, especialmente en relación con las personas más desfavorecidas (igualdad de oportunidades y accesibilidad universal); la perspectiva de género (las políticas de igualdad y de tutela frente a la violencia de género en el seno de la relación laboral[76]); y la conciliación de la vida familiar personal y laboral, también inseparable de la igualdad y no discriminación de la mujer trabajadora.

Todo ello se inserta en una irreductible dialéctica protección/rendimiento pues encuadramiento en el modelo económico de la Constitución, asentado sobre la propiedad privada y la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y la defensa de la productividad, lo que ciertamente conlleva límites y limitaciones a los derechos socio-laborales.

2.3.3. Pluralismo social (y jurídico) y Constitución: un modelo "abierto"

La dialéctica protección/rendimiento en la ordenación de las relaciones laborales está también presente a nivel constitucional. Y ello se explica perfectamente porque la Constitución establece contenidos antagónicos, de los cuales al final se impondrá

---

[75] *Vid*. Moreno Vida, M. N.: "El Estatuto de los Trabajadores", ", en AA.VV., Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M. N. (dirs.): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, págs. 879 y sigs.

[76] *Vid*. Monereo Pérez, J. L., Triguero Martínez, L. Á.: *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 109 y sigs.

lo que decida la mayoría vigente en el ejercicio del poder político. De continuo aparecen principios tendencialmente antagónicos –la igualdad formal y la igualdad sustancial– que vienen a indicar que la Constitución está llamada a desempeñar un papel bien diverso del que se ejercía en época liberal. Ya no sirve para marcar una fractura con el pasado e instaurar un nuevo asiento mono dimensional y unitario del poder político y de los intereses que ello comporta. Lo que se trata es de preanunciar un "cuadro pluralista de intereses contradictorios", cuya concurrencia no ha sido resuelta a través de una selección y composición en un cuadro ya definido de prioridades, pero cuya existencia ha sido reconocida como dato estructurante e insuperable[77].

La Constitución parte de la aceptación del "conflicto social" como elemento estructural del modelo económico y los intereses contrapuestos subyacentes. La regulación del conflicto entre intereses inconciliables corresponde al objeto social de la Constitución, que no pretende resolverlo de una vez por todas pero apunta a instituir una regla y un procedimiento que permita individuar en un futuro un punto de equilibrio entre aquellos intereses que se presenten como "aceptables" para todos. Podría decirse que la Constitución "incorpora" el conflicto social: la búsqueda del punto de equilibrio entre los intereses concurrentes no puede más que delegarse en el sistema representativo (en la dialéctica política) y en la acción colectiva en el seno del propio sistema de relaciones laborales. Se trata de cuestiones sobre las que ni la Constitución ni el constituyente han tomado una decisión: solamente han proporcionado una serie incompleta de puntos de apoyo para decidir.

Las sociedades pluralistas actuales asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma. En una visión "abierta" de la Constitución, la misma constituye la plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, y ahí comienza la competición para imprimir a la acción del Estado una orientación de uno u otro signo, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional[78]. La asunción del pluralismo en una Constitución democrática es simplemente una propuesta de soluciones y coexistencia posibles, esto es, un "compromiso de posibilidades" y no un proyecto rígidamente ordenador que pueda asumirse como un *a priori* de la política de arriba hacia abajo[79].

La Constitución no se forja como un sistema cerrado de principios, sino como un contexto abierto, cuya determinación histórico-concreta, dentro de los límites de elasticidad que admite ese contexto, se deja al legislador. En esos términos puede existir una Constitución que contiene principios sustantivos y que, a su vez, no contraría el pluralismo, la libertad de la dinámica política y la competición entre propuestas alternativas[80].

---

[77] Bin, R.: "Che cos'è la Costituzione", *Quaderni Constituzionali. Rivista Italiana di Diritto Costituzionale*, núm. 1, 2007, págs.. 20-23.

[78] Zagrebelsky, G.: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1999, pág. 13.

[79] Zagrebelsky, G.: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*,*cit*., pág. 14.

[80] Zagrebelsky, G.: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*,*cit*., pág. 152.

La convicción de la magnificencia y del progreso en la tutela de los derechos escritos en la Constitución, y particularmente en aquéllos de carácter social, ha contribuido en gran medida a desarrollar el lado débil y contradictorio de la incorporación del conflicto social en una Constitución dominada por el principio democrático[81].

En la Constitución son manifiestos los ejemplos de "compromisos dilatorios", que en la *praxis* se erigen en elementos de erosión de la propia legitimidad constitucional. Se trata de aquellas regulaciones constitucionales que no constituyen decisiones objetivas logradas mediante transacciones, sino que su esencia está en aplazar la decisión sobre un tema conflictivo. Este tipo de compromiso estriba en encontrar una fórmula que satisfaga todas las exigencias contradictorias y deja indecisa en una expresión anfibológica la cuestión conflictiva misma. Solo contiene así una aproximación externa o verbal, de contenidos objetivamente inconciliables[82].

Esta "fragilidad", muy particular en el caso del reconocimiento de los derechos sociales, culmina por una serie de contradicciones interiores y posibilidades de interpretación, y ninguna ficción normativa de "unidad" puede evitar que cualquier ideología se "adueñe" de las partes o de la expresión constitucional que le parezca más adecuada para la lucha política contra el adversario bajo la consigna de actuar en "nombre" de la Constitución[83].

En conexión con el pluralismo presente en el texto constitucional son explicables también las normas basilares de los que podríamos denominar las relaciones "colectivas de trabajo". En el marco de un modelo democrático, la Constitución diseña los instrumentos básicos de articulación y defensa de intereses colectivos profesionales[84] (significativamente, pero no únicamente, la de trabajadores y empresarios): es la denominada "autotutela" colectiva de los actores socio-laborales en el marco constitucional[85].

Las previsiones constitucionales han habilitado la conformación de un modelo "neocorporativo" de relaciones laborales, ahora más cuestionado que nunca, pero que ha venido sirviendo de cauce ampliatorio de participación social en el diseño e implementación de las políticas sociales y laborales. La participación institucional, la concertación y diálogo social tripartito tienen la virtud de conjugar la racionalidad vertical (estatal) con la racionalidad reflexiva (horizontal) de los agentes sociales.

Del texto constitucional, y su reconocimiento de la dimensión y los intereses colectivos en las relaciones de trabajo, con especificidad propia, se derivan una serie de condicionantes para los sujetos individuales del sistema de relaciones laborales.

---

[81] Méndez Maddaleno, J.: *La Constitución como proceso político*,*cit*., pág. 46.

[82] Schmitt, C.: *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1992, págs. 52, 54 y 132.

[83] Schmitt, C.: *Teoría de la Constitución*,*cit*. pág. 94.

[84] *Vid*. Gallego Morales, A. J.: *Los intereses profesionales y las fórmulas organizativas*, Universidad de Granada, Granada, 1997, págs. 113 y sigs.

[85] *Vid*. Moreno Vida, M. N.: "Persona, conflicto social y pluralismo: grupos organizados y mediación de los conflictos", en AA.VV., Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M. N. (dirs.): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, págs. 115 y sigs.

Tanto la gobernabilidad del sistema, como las exigencias de reequilibrio, derivan la imposición "condicionantes colectivos" en las relaciones de trabajo.

El reconocimiento de instrumentos "correctivos" de articulación y defensa de intereses colectivos explican el papel constitucional de los interlocutores sociales, el reconocimiento del complejo derecho de libertad sindical y el tratamiento "no asimétrico" de los medios de acción en el sistema de relaciones laborales (*v. gr*. la huelga no es equiparable al cierre patronal).

La ordenación de las relaciones de trabajo en el modelo democrático se conforman de manera dialéctica en el plano colectivo, y de ahí que los derechos "fundamentales" de los trabajadores se diseñen en torno a tres ejes centrales: el de la libertad sindical, mediante el reconocimiento de la especial posición del sindicato en el sistema democrático (arts. 7 y 28 CE); incluyendo el reconocimiento del derecho de huelga como instrumento de reequilibrio en el plano colectivo y medio "privilegiado" de presión laboral; así como el de la autonomía colectiva, del que se derivaría una especial posición de los convenios colectivos como pieza esencial del sistema normativo laboral.

La autonomía colectiva profesional (el *giugniano* concepto de "ordenamiento intersindical"), como eje central regulatorio de las condiciones de trabajo en un sistema democrático, también se ha visto expuesta a nuevas tendencias legislativas de las que también surgen dudas sobre su compatibilidad constitucional. La autonomía colectiva se reconoce como fuente jurídico-material de manera originaria y directa en el texto constitucional, es decir, como facultad no derivada de la ley [STC 58/1985, de 30 de abril], limitándose a exigirse al legislador la garantía de tal derecho, así como la "fuerza vinculante" de los convenios (art. 37.1 CE). Si bien se ha debatido mucho sobre el significado de dicha expresión, así como sobre el papel de la ley en la materialización de este derecho[86], lo cierto es que hay consenso en la idea de que debe habilitarse un espacio mínimo o vital para la actividad negocial y también para la capacidad reguladora del acuerdo o convenio resultante de la misma.

Ello impone una cierta auto-restricción estatal en su actividad normativa sobre las relaciones de trabajo, a favor de la negociación colectiva, cuyo papel regulador el Estado debe promover como mandato constitucional. Por otra parte, la alusión a la "fuerza vinculante", situándolos en un modelo *tout court* de eficacia jurídica de los productos convencionales colectivos, debería tener *per se* una clara lectura en clave de reforzamiento de la posición del convenio o acuerdo colectivo frente a

---

[86] *Vid*. Rodríguez Piñero, M., Del Rey Guanter, S.: "El nuevo papel de la negociación colectiva y de la ley", en AA.VV., *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, Córdoba, 1983; Valdés Dal-Re, F.: *Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios*, Acarl, Madrid, 1988, págs.73 y sigs.; García-Perrote, I.: *Ley y autonomía colectiva*, MTSS, Madrid, 1987, págs.. 111 y sigs.; Monereo Pérez, J. L.: "El derecho a la negociación colectiva", en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, págs. 625 y sigs.; Galiana Moreno, J.: "La eficacia de los convenios colectivos en el Derecho español del Trabajo", en AA.VV., *La eficacia de los convenios colectivos. XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, 2003, págs. 35 y sigs.

otros posibles cauces de regulación de la relación laboral, en especial frente al contrato de trabajo y la individualización de las relaciones laborales. Ciertamente, esta interpretación no ha encontrado debido eco en la jurisprudencia ordinaria.

Las políticas de flexibilidad "normativa" han operado sobre el modelo legal de convenio colectivo erosionando su "eficacia normativa". Las técnicas empleadas han sido fundamentalmente la cesión de espacios –por vía legislativa– a la autonomía individual (al poder unilateral del empresario), así como las técnicas de descentralización negocial, permitiendo la derogación de sus contenidos a través de instrumentos convencionales de nivel de empresa o bien –más recientemente– estableciendo imperativamente una prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa, incluso al margen de lo establecido en los propios acuerdos marco.

Se observa así un excesivo "hetero dirigismo" sobre la negociación colectiva por parte del legislador reformista que, en algunas situaciones límite, se presentan como de dudosa constitucionalidad. Es razonable que el legislador promueva la descentralización convencional como algo que considere conveniente desde la perspectiva socioeconómica (mejorando así la adaptabilidad de las condiciones laborales al nivel más cercano a la realidad de las empresas y de sus trabajadores); pero no lo es tanto cuanto las técnicas de intervención elegidas supongan una limitación poco razonable y proporcionada del principio de autonomía colectiva.

A mi juicio, los episodios legislativos más preocupantes de la reciente reforma laboral en esta dirección "hetero dirigista" de la negociación colectiva serían: el establecimiento de una preferencia absoluta e incondicionada del convenio colectivo de empresa respecto de otros ámbitos o niveles negociales, excluyendo incluso a estos efectos que los interlocutores sociales puedan establecer reglas diversas de articulación y concurrencia entre convenios colectivos al respecto [art. 84.2 LET, en la redacción dada por el art. 14 Ley 3/2012]; también es el caso de la atribución de la facultad unilateral de decisión a determinados órganos consultivos sobre la inaplicación de lo pactado en convenio colectivo que introduce la Ley 3/2012, en realidad, un arbitraje público "obligatorio", que parece atentatoria tanto de la fuerza vinculante del convenio colectivo reconocida constitucionalmente como, por efecto derivado, también del derecho de libertad sindical. Elementos que se suman a la criticada modificabilidad del convenio colectivo extraestatutario por voluntad unilateral del empresario que se instaura ya con la reforma laboral del '94 y que sigue albergando serias dudas de constitucionalidad.

Por otro lado, desde la perspectiva del pluralismo social y jurídico que inspira nuestro texto constitucional (y del diálogo social y político al que debería conducir cuando se trata de procesos de reforma socio-laboral)[87], también nos enfrentamos al problema de la reforma permanente a través del Real Decreto-ley que también ha debilitado la gobernanza de las relaciones laborales conjugando la racionalidad vertical (heterónomo-estatal) con el potencial reflexivo de las fórmulas del diálogo

[87] Sobre estas cuestiones, *vid*. García Blasco, J.: "Derecho al trabajo, diálogo social y crisis económica", en AA.VV., Embid Irujo, A. (dir.), *Derechos económicos y sociales*, Iustel, Madrid, 2009, págs. 109 y sigs.

social. El uso y "abuso" del Decreto-ley (de la "legislación gubernativa reformista") ha ido bastante unido al proceso de reformas laborales, unas veces como anticipo de la regulación finalmente impuesta por ley ordinaria, y otras como intervención directa e independiente para revisar de manera rápida alguna parcela de las relaciones de trabajo. En tales intervenciones se ha invocado la necesidad de una intervención inmediata para garantizar la efectividad de las medidas o, simplemente, para contener o reorientar el correspondiente gasto social. Pero no debe olvidarse que se trata propiamente de normas "gubernativas" con rango de ley que no han sido ampliamente debatidas en el seno de la opinión pública (ni de la concertación social), y por tanto, tienen problemas tanto de constitucionalidad como de legitimidad social. En ocasiones, simplemente son estrategias de "oportunismo político", hurtando el debate político y social de las medidas reformistas. Se ha venido haciendo una lectura extensiva y exagerada de las razones de "urgente y extraordinaria necesidad" constitucionalmente exigibles para este tipo de norma, que a la postre se ha usado en muchas ocasiones más por razones de oportunidad política que por necesidades reales [*vid*. STC 68/2007, de 28 de marzo][88].

2.3.4. Derechos fundamentales y relación de trabajo

Uno de los ámbitos en los que mejor puede apreciarse el impacto de la Constitución en el terreno de las relaciones de trabajo es justamente el de la incidencia en el contrato de trabajo del reconocimiento de los derechos fundamentales. Ello ha tenido repercusión inmediata en cuando a las medidas legislativas de desarrollo de los mismos, pero también han sido la jurisprudencia constitucional y ordinaria factores decisivos en el proceso de transformación de la figura del contrato de trabajo para adaptarla al marco constitucional.

Tal adaptación no ha conllevado una especial revisión de la dogmática individualista del contrato de trabajo (asentado sobre una base cambiaria). La estructura jurídica cambiaria del contrato (como parte del Derecho "patrimonial") no ha cambiado, pero sí se ha visto influida por los derechos y principios constitucionales:

- Por un lado, el reconocimiento de sujetos e instrumentos de concertación y participación en el terreno de las relaciones laborales a nivel colectivo, como cauces de reequilibrio de la posición asimétrica de los sujetos individuales (y que influyen decisivamente en la determinación de las condiciones de trabajo y de empleo).
- De otro, la esencia personalista de la relación de trabajo, la inescindibilidad del trabajo de la persona que trabaja, conlleva una afectación a sus intereses y derechos profesionales, pero también todo un conjunto de derechos e

[88] García Murcia, J.: "Constitución y ley", *cit*., págs. 60-61; Goerlich Peset, J. M.: "Ley y reglamento en el Derecho del trabajo y en el de la Seguridad Social: las previsiones constitucionales y su evolución", en AA.VV., *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003, págs. 161-162.

intereses relativos a la persona y su dignidad (especialmente en una relación donde el elemento "personalista" tiene una relevancia tan extrema).

En estas esferas, los derechos fundamentales se muestran con una variedad de sujetos como titulares de los mismos (todas las personas, los ciudadanos españoles, o los ciudadanos pertenecientes a determinados grupos sociales) y una variedad de límites en su ejercicio.

Por otra parte, tales derechos –que también se insertan en la esfera contractual– se encuentran sujetos a límites o limitaciones en su ejercicio, derivadas de la necesidad de armonización del ejercicio de cada uno de ellos con los restantes derechos fundamentales y con otros bienes o intereses constitucionalmente protegidos. Existen limitaciones expresadas tanto en la propia Constitución o en las leyes, como también limitaciones "implícitas" cuya especificación es objeto de desarrollo mediante la jurisprudencia.

Los derechos fundamentales deben tener plena vigencia en el marco de una relación contractual entre particulares como el contrato de trabajo, porque en la sociedad neocapitalista el pleno disfrute de los derechos fundamentales se ve amenazado por la existencia en la esfera privada de centros de poder no menos importantes que los que corresponden a los órganos públicos[89]. Y no nos referimos exclusivamente los derechos fundamentales de titularidad laboral (reconocidos a los trabajadores o a sus representaciones), sino de todos los reconocidos en la Constitución a cualquier persona o ciudadano. En este punto, ha prevalecido en la doctrina la teoría de la "*Drittwirkung der Grundrechte*" –originaria de Nipperdey, y ya consolidada a mediados de los '80 por nuestro Tribunal Constitucional–[90], o de la eficacia directa frente a terceros ("horizontal"), y no únicamente frente al Estado, de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Los derechos fundamentales no son sólo derechos de libertad frente al poder público, sino también derechos de libertad o de acción ejercitables en todos los ámbitos de la vida social (en el trabajo y en la empresa). Ahora bien, las dificultades que aquí afloran es que se abre un problema no solo de construcción, sino un problema material *de colisión*. Mientras la relación entre Estado/ciudadano es una relación entre un titular de derecho fundamental y un no titular de derecho fundamental, la relación ciudadano/ciudadano es una relación entre titulares de derechos fundamentales[91].

Nuestro Tribunal Constitucional –en materia laboral– también ha explorado el camino de la *interpretación extensiva* del conjunto de facultades que integran

---

[89] Pérez Luño, A. E.: *Los derechos fundamentales*, *cit*., pág. 19.

[90] *Vid*. Rivero Lamas, J.: "Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional", en AA.VV., *El trabajo y la Constitución*, Zaragoza, 1982, págs. 491 y sigs. En todo caso, repárese que esta eficacia horizontal, originariamente [SsTC 38/1981, de 23 de noviembre; 18/1984, de 7 de febrero; 177/1988, de 10 de octubre] se formula de manera elíptica, entendiendo que cuando un órgano judicial no repara una lesión de un derecho fundamental irrogada por un particular, ha producido, también éste, una lesión del derecho fundamental que puede y debe ser reparada mediante el recurso de amparo.

[91] Alexy, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, *cit.*, pág. 511.

el contenido de los derechos fundamentales de contenido laboral –el derecho de huelga y la libertad sindical–, incluyendo en el contenido esencial de los mismos ingredientes que correspondían a los derechos fundamentales de la persona (libertad de expresión, derecho de información activa, derechos de reunión, etc.). Se ha producido así una suerte de integración e interconexión enriquecedora entre derechos fundamentales.

En el marco constitucional, la idea de la dignidad de la persona está estrechamente ligada con los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10.1 CE). El deber empresarial de trato digno tiene un contenido concreto y preciso en el texto constitucional, el respeto a los derechos inherentes a la dignidad de la persona, en clara referencia a los derechos fundamentales reconocidos en la propia Constitución. Esta ha sido una vía extensiva de tales derechos en el juego de la eficacia directa "horizontal".

Pero también ha supuesto un límite importante al legislador laboral, esto es, una especie de presunción de ilegitimidad de los límites que el legislador imponga a los derechos fundamentales. La ley debe justificar la razonabilidad de tales límites, esto es, esos límites tendrán legitimidad constitucional en la medida que sean idóneos, necesarios y proporcionados[92]. El principio de proporcionalidad como *test* para la confrontación de los derechos y principios constitucionales es una base de la acción legislativa y también de la aplicación e interpretación judicial de la Constitución[93].La otra gran cuestión que ha planteado la inserción de los derechos fundamentales en el seno del contrato de trabajo es la relativa a las limitaciones que el ejercicio de los mismos pueden experimentar en el marco de esa relación contractual (caracterizada por el índice tipológico de la "subordinación" o "dependencia"). Las fricciones de los derechos fundamentales "inespecíficos" del trabajador con los derechos empresariales han sido un elemento central de la jurisprudencia constitucional –y ordinaria– en materia de derechos fundamentales y contrato de trabajo.

El punto de partida en la doctrina constitucional es que, frente a la empresa, el trabajador tiene derecho al respeto de todos sus derechos personales (a la intimidad y a la dignidad de la persona, al honor y a la propia imagen, a la libertad de expresión e información, a la libertad ideológica y de creencias, etc.). Asimismo, aquí cabría englobar la libertad de residencia y circulación por todo el territorio nacional, por la sencilla razón de que sin tal presupuesto la libertad de trabajo es ilusoria[94]. Es célebre la expresión constitucional de que los derechos fundamentales acompañan a la persona en las distintas facetas de su vida, y también por tanto

---

[92] Bastida, F. J.: "¿Son los derechos sociales derechos fundamentales?", *cit*., pág. 142.

[93] Sobre esta materia, resulta imprescindible la consulta de: Bernal Pulido, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., CEPC, Madrid, 2007; Fernández Nieto, J.: *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el Derecho público común europeo*, Dykinson, Madrid, 2008; y en la doctrina iuslaboralista, Terradillos Ormaetxea, E.: *Principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

[94] Cfr. Alonso Olea, M.: *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Civitas, Madrid, 1982, pág. 30.

en la actividad de trabajo en las empresas, las cuales "no son feudos o mundos separados de los restantes ámbitos de las relaciones sociales" [STC 120/1983, de 15 de diciembre]. Ahora bien, la cuestión es si el trabajador puede ejercitar los derechos fundamentales en la relación de trabajo de la misma o de distinta manera que en cualquier otro ámbito de la vida social; y en caso de que se acepten limitaciones específicas, la cuestión reside en precisar hasta donde alcanzarían las limitaciones en los distintos derechos fundamentales reconocidos.

Ciertamente, como ningún derecho es ilimitado en el ordenamiento constitucional, el ejercicio de los derechos fundamentales en el desarrollo del contrato de trabajo tiene límites. Límites que derivan fundamentalmente del respeto y conjugación con otros derechos y bienes jurídicos constitucionalmente protegibles, significadamente los derechos de propiedad y de libertad de empresa en el seno de una economía de mercado, donde se alude expresamente –como norma general de contenido programático– a la "defensa de la productividad" (art. 38 CE). De ahí que el ejercicio de tales derechos deba mesurarse con el rendimiento del factor trabajo y la tutela de los derechos de propiedad empresarial. La doctrina constitucional ha debido enfrentarse a una ponderación entre los derechos fundamentales de los trabajadores y los intereses empresariales en la relación laboral.

Además de ello, el estándar utilizado por la jurisprudencia constitucional para precisar las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo es un deber genérico del trabajador, el de atenerse en todos los aspectos de la relación individual de trabajo a las exigencias de la buena fe contractual. Esta exigencia pesa sobre el trabajador en el cumplimiento de los deberes laborales, y ello obliga a evitar excesos o extralimitaciones innecesarios en el ejercicio de los derechos fundamentales.

Determinar *a priori* la frontera entre la normalidad y el exceso en el ejercicio de los derechos fundamentales en el seno de la relación de trabajo es algo imposible, y especialmente polémica en el caso de los derechos fundamentales "inespecíficos". Como técnica de estándar jurídico, su enjuiciamiento exige la ponderación de las circunstancias presentes en cada caso, y los mismos criterios de ponderación pueden ser variables en función del derecho fundamental ejercitado. Se trata de una técnica aplicativa muy flexible, con un potencial adaptativo para la búsqueda de la justicia en el caso concreto, pero que dificulta la extracción de reglas generales. Es por ello que plantea problemas desde la perspectiva del control de su ejercicio, es decir, la existencia de estándares objetivos para medir la corrección de las ponderaciones. Todo al final remite a una "lógica argumentativa" y del caso concreto. Ello explica que haya dado lugar a una jurisprudencia constitucional –y ordinaria– acentuadamente "casuística".

La técnica de ponderación nos enfrenta ante estados de cosas constitucionalmente deseables, la realización de cada una de las cuales debe ser maximizada (realizada en la mayor medida posible) pero que también debe estar armonizada con la de todos los demás, puesto que unos y otros colisionan entre sí. La ponderación es la técnica apropiada para la aplicación de las normas de principio, y por

ello, es la técnica característica de la aplicación de normas constitucionales, típicamente principiales, y no sólo cuando reconocen derechos, sino también cuando establecen competencias normativas, como la competencia del legislador para ordenar las relaciones sociales[95].

En todo caso, tanto en vía legislativa, cuando tales derechos han tenido un desarrollo legislativo específico (*v. gr*. la regulación estatutaria del derecho de reunión o asamblea o de los registros personales del trabajador), o bien han sido ponderados jurisprudencialmente, el resultado se ha saldado en múltiples ocasiones con limitaciones y restricciones para su goce pleno de tales derechos por parte del trabajador en salvaguarda de los derechos e intereses empresariales.

3. TRANSFORMACIONES DEL ORDENAMIENTO LABORAL Y CONSTITUCIÓN

3.1. La "refuncionalización" del ordenamiento laboral hacia los objetivos de empleo (las relecturas del "derecho al trabajo" y la flexibilidad laboral)

El *status* jurídico-laboral (pretendidamente tutelar) ha sido paulatinamente reorientado como instrumento para la creación y mantenimiento del empleo. Hemos asistido a una lenta –pero ya muy completa– transición del derecho "social" al derecho "flexible" del trabajo, bajo unas políticas legislativas fundadas sobre el *leit motiv* de que el canje de mayor flexibilidad laboral (de todo tipo, estructural o modificativa –interna–) conllevaría la creación o, cuando menos, el mantenimiento (la protección) de puestos de trabajo. Los objetivos de "calidad" en el empleo[96] han sido relativamente abandonados, pero el objetivo del empleo ha sido el argumento para la erosión de importantes elementos de estabilidad "en el seno" de la relación laboral.

Desde la perspectiva constitucional, el contenido del derecho al trabajo ha sido un tema tradicionalmente controvertido (art. 35.1 CE)[97], hasta el punto de señalarse que es uno de los principios "fundamentales" de las constituciones que en mayor medida ha sufrido el peso de la historicidad, concretado en la controversia político-ideológica en torno a los modelos alternativos de la economía planificada

---

[95] García Manrique, R.: "Presentación", en AA.VV.: *Robert Alexy, Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, págs. 21-22.

[96] Una relectura en conexión con el principio personalista de la dignidad humana (art. 10.1 CE), así como con el libre desarrollo de la personalidad y el de la igualdad efectiva (art. 9.2 CE), puede perfectamente constituir una base axiológico constitucional para la defensa del "trabajo de calidad"; y ello puede tener también especial repercusión en relación a la conformación de la "ocupación" u "oferta" adecuada de empleo en relación a los sistemas de protección por desempleo y su influencia sobre la libre elección de profesión u oficio (art. 35.1 CE).

[97] *Vid.* Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C.: "El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo", en AA.VV., Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M. N. (dirs.): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, págs. 287 y sigs.

y la economía de mercado[98]. Las posiciones doctrinales giran en torno a quienes lo consideran una mera orientación para los poderes públicos (de carácter programático) que no genera un derecho subjetivo inmediatamente aplicable y tutelable[99], hasta quienes –en posición muy minoritaria, al menos en una economía de mercado– lo han concebido como un derecho de crédito frente al Estado. Su ubicación sistemática fuera de los derechos fundamentales de nuestra Constitución refleja claramente una toma de postura excluyente de su configuración como "derecho subjetivo público".

En todo caso, el derecho al trabajo debe ponerse en relación con el art. 40.1 CE, que ordena a los poderes públicos que encaminen sus políticas hacia la consecución del "pleno empleo", así como con el propio art. 9.2 CE, que impone a los poderes públicos la obligación de "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas". En este sentido, el derecho al trabajo pasa a asumir una dimensión colectiva[100] y también pública [cfr. STC 22/1981, de 2 de julio, que lo traduce en su dimensión colectiva como "un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma"]. La cuestión adquiere especial relieve en cuanto el trabajo sigue siendo un medio de garantía de una ciudadanía social más plena, dado el conjunto de derechos estatutarios y prestacionales que se anudan a esta condición social[101]. Todo ello a pesar de la crisis del trabajo asalariado y de las situaciones de "precariedad laboral" que terminan por debilitar esa función *integradora y estructuradora social* del trabajo.

El derecho al trabajo admite también una lectura en términos de libertad individual traducible como la libre disposición del individuo sobre la propia capacidad de trabajo. Del mismo modo, la complejidad del derecho determina que se

---

[98] D'Antona, M.: "Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario", *RGL*, suppl. al n. 3, 1999, pág. 15.

[99] Ello es suficientemente explicativo del motivo por el que no puede configurarse constitucionalmente dentro de la categoría de los derechos fundamentales, pues no es un derecho subjetivo que fundamente pretensiones frente a los poderes públicos basadas en un derecho subjetivo perfecto (cfr. Peces Barba, G.: "Reflexiones sobre los derechos sociales", *cit*., pág. 96-97). En un sistema económico y productivo que tiene en el mercado su ámbito primordial de juego y que se cimenta sobre la iniciativa empresarial privada y la libre elección de profesión u oficio, ni el derecho al trabajo puede concebirse como derecho directamente accionable ante los poderes públicos y mucho menos ante los tribunales, (salvo la excepción constituida por el art. 25.2 CE que lo configura con un derecho "fundamental" de los condenados a penas de prisión), ni el incumplimiento del deber de trabajar puede acarrear más sanción que la pérdida de algún beneficio o ventaja social [*vid.* Martín Valverde, A.: "Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española", en AA.VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980, págs.. 185 y sigs.; Alarcón Caracuel, M. R.: "Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar", *RPS*, núm. 121, 1979, págs. 5 y sigs.; Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C.: "El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo", en AA.VV., *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, págs. 287 y sigs.].

[100] *Vid*. Baylos Grau, A.: "Derecho al trabajo, política de empleo y jubilación forzosa pactada en convenio colectivo", *RL*, 1985 (II), pág. 477.

[101] *Vid*. Monereo Pérez, J. L.: *Derechos sociales de ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1996.

hayan conectado parcelas –de "relevancia constitucional"– en la tutela laboral individual al contenido del derecho al trabajo: *v. gr*. por "conexión" el derecho a no ser discriminado en el acceso al trabajo, lo que el TC ha entendido como el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación; así como el "derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo", significativamente la exigencia de una justa causa para despedir [cfr. SsTC 22/1981, de 2 de julio; 101/2000, de 10 de abril; 192/2003, de 27 de octubre]. En dichos pronunciamientos, la doctrina constitucional, tomando como base también la cláusula de Estado social y democrático de derecho, ha rechazado que la libertad de empresa conlleve una absoluta libertad contractual, como tampoco un principio de libertad *ad nutum* de despido. Es importante destacar que la tutela frente al despido se concibe en la doctrina constitucional como un elemento condicionante para el pleno ejercicio del resto de derechos constitucionales del trabajador (como el de huelga o de sindicación e incluso del que garantiza la tutela judicial efectiva)[102]. También es fácil colegir su conexión con los derechos de ocupación efectiva y adecuada en el seno de la relación laboral, como parte del contenido esencial del derecho al trabajo [ATC 246/2003, de 14 de julio], que no goza en la taxonomía constitucional del carácter de derecho fundamental.

Aquí reside la gran aporía en la que se ha situado al Derecho del Trabajo. Por un lado, ciertas normas vienen inspiradas en la idea –casi ya no nos atreveríamos a denominarlo principio- de *estabilidad en el empleo*, como principio destinado a tutelar al trabajador frente a las decisiones empresariales arbitrarias sobre la extinción, y a garantizar una cierta estabilidad de las condiciones de trabajo, así como a políticas de fomento de los contratos de duración indefinida sobre los de duración determinada. Tradicionalmente, gran parte de las instituciones iuslaborales venían siendo moduladas en este sentido. Pero, por otro lado, hemos asistido a un proceso de "culpabilización política" de la situación de empleo a esas reglas laborales tuitivas[103], consideradas rígidas y vetustas ante las nuevas exigencias planteadas por la competitividad empresarial en el marco de una economía globalizada.

Sobre estas últimas exigencias de mayor flexibilidad y plegamiento de la mano de obra a las contingentes situaciones y necesidades empresariales, la normativa laboral se ha visto reducida en gran medida a un *mero instrumento de la política de empleo* (las reformas y contrarreformas de muchas de sus instituciones

---

[102] Como señala el TC: "…la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social y como característica esencial del Estado de Derecho (art. 1 CE)" [STC 20/1994, de 27 de enero]. Reténgase que la garantía constitucional no contrapone de plano el derecho al trabajo con el despido, la exigencia consiste en que existan una tutela adecuada, cuyo incumplimiento empresarial no infringiría preceptos constitucionales sino meramente la legalidad ordinaria [STC 101/200, de 10 de abril].

Esta doctrina no se compadece bien con la opción de política legislativa presente en el art. 4.3 Ley 3/2012, donde se implanta un "contrato de apoyo a los emprendedores" que incorpora un período de prueba de un año en todo caso. Medida que supone la desvirtuación de la figura del período de prueba, cuando en realidad habilita –de manera imperativa absoluta– la extinción *ad nutum* durante dicho período.

[103] *Vid*. Baylos Grau, A.: "Creación de empleo, mercado de trabajo y Derecho del Trabajo: en torno a la experiencia española", *RL*, núm. 23, 2009.

en los últimos procesos reformistas laborales son un buen ejemplo de ello). Esta re-funcionalización ha resquebrajado profundamente la dimensión tuitiva del ordenamiento laboral y su propia coherencia interna, amén también de haber ejercido una enorme presión sobre el sistema colectivo de relaciones laborales y sobre los instrumentos de protección social característicos del Estado social. En este sentido, una doctrina autorizada entre nosotros ha reclamado un retorno a la función de la ley laboral como marco jurídico protector del trabajo y de los trabajadores, ciudadanos que obtienen de su trabajo su dignidad personal y sus condiciones de vida[104].

Ha sido una constante en el desarrollo de las políticas legislativas post-constitucionales la flexibilización de la normativa laboral. Y ello a través de diferentes técnicas jurídicas: desde al ajuste a la baja de anteriores niveles de protección, la desregulación, la individualización en la determinación de las condiciones de empleo y trabajo, así como la flexibilidad normativa (la redistribución de roles normativos entre ley y convenio normativo y la ya "estructural" descentralización negocial son buena muestra de ello).

La mayor parte de las reformas legislativas acontecidas tras la aprobación en 1980 del Estatuto de los Trabajadores se pueden explicar como episodios de un proceso de cambio hacia un nuevo Derecho o constitución "flexible" del trabajo[105]. Las reformas laborales en realidad no han sido otra cosa que hitos o fases sucesivas de una etapa del ordenamiento laboral que ha estado marcada de manera constante por el signo de la flexibilidad[106] y la pérdida de protagonismo de un –ya hipotético y devaluado– principio de estabilidad en el empleo.

Los objetivos de las normas laborales se han reformulado (bajo la coartada de la protección del "empleo" estable y de calidad) bajo los principios de flexibilidad laboral, adaptabilidad del trabajo, eficiencia, competitividad y viabilidad de la empresa. La idea de "empleabilidad" también ha calado en los mecanismos activos y pasivos de tutela del trabajador desempleado en un sentido "contractualista" y "remercantilizador", donde los objetivos del empleo de "calidad" se han visto relegados a un segundo plano[107].

El Derecho laboral no puede funcionalizarse en exclusiva hacia el empleo y el mercado de trabajo, so pena de perder su carácter de sistema autorreferente. Ciertamente, debe de ser selectivo en sus prioridades (atendiendo a la posición del trabajador en el mercado de trabajo), quizá –en algunas facetas– algo menos protector y más proactivo (promoviendo el reparto de oportunidades, la calidad en el empleo y

---

[104] Casas Baamonde, M. E.: "Derecho del Trabajo y empleo", *RL*, núm. 4, 2012, pág. 9.

[105] *Vid*. Monereo Pérez, J. L.: *Introducción al nuevo Derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 68 y sigs.; Maestro Buelga, G.: *La constitución del trabajo en el Estado social*, Comares, Granada, 2002, págs. 168 y sigs. y págs. 267 y sigs.

[106] Martín Valverde, A.: "Prólogo", *cit*., pág. X.

[107] *V. gr*. es muy significativa la reformulación del concepto de "ocupación adecuada" del art. 231.3 LGSS por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.

el desarrollo personal), y también estar más interconectado con las políticas sociales y económicas relativas a los mercados de trabajo y las instituciones de protección social, pero tampoco debe olvidarse que su función clave es estructurar y ordenar la relación de trabajo sobre un *sistema –individual y colectivo–* de derechos y garantías, actuando una situación de equilibrio frente a los poderes empresariales, que dejan de estar así inmunes frente a la acción pública y la tutela colectiva.

En todo caso, y en su confrontación con los principios y valores constitucionales, las políticas de flexibilidad –ahora rebautizadas con el oxímoron "flexiseguridad"– presentan varias vertientes de análisis que la doctrina iuslaboralista debería explorar con mayor detenimiento:

- De un lado, su incidencia en el *reparto de riesgos* dentro de la configuración jurídica del contrato de trabajo, operando un trasvase de dichos riesgos a la posición jurídico-contractual del trabajador y difuminando así un tradicional índice tipológico del contrato de trabajo (la ajeneidad), y erosionando lo que en su momento se denominó principio de estabilidad en el empleo (o en las condiciones de trabajo).
- De otro lado, debilitando el status jurídico del trabajador (la estabilidad en el empleo), se reconfiguran también las *"relaciones de poder"* en el la empresa[108], en una línea que solamente atiende al reforzamiento del poder directivo y reorganizativo empresarial, pero que debilita la posición del trabajador. No puede decirse que tales políticas contribuyan a la "participación" efectiva del ciudadano trabajador en la organización productiva en las que se integra (la democratización "efectiva" de las relaciones socio-económicas), un aspecto "olvidado" en cierta medida por el desarrollo infraconstitucional (aquilatado por las estructuras representativas a nivel empresarial a las que básicamente de reconocen derechos de participación y consulta poco incisivos respecto de la toma empresarial de decisiones).

Todo ello ha venido aderezado con la gradual retracción del intervencionismo público en la fiscalización de las decisiones de gestión empresarial de personal, tanto en sede administrativa (práctica desaparición de las autorizaciones administrativas, que se mantienen –de manera significativa– en el trabajo de los extranjeros) como en sede judicial (a través de reformas legislativas que tratan de limitar el arbitrio judicial en el enjuiciamiento de las causas que legitiman la adopción de tales medias).

Dado que ya estamos ante una nueva "constitución" del trabajo (la "flexible" y no la "social")[109], surgen toda una serie de reflexiones en torno al papel

---

[108] Un clásico de nuestra disciplina, Kahn-Freund, O.: *Trabajo y Derecho*, MTSS, Madrid, 1987, configura al Derecho como técnica de regulación social, y en particular señala que el Derecho del Trabajo está "ligado primordialmente al fenómeno del desigual reparto del poder social" (pág. 48).

[109] Cfr. Monereo Pérez,J.L.: "Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: El modelo de constitución flexible del trabajo", en Sempere Navarro, A.V. (dir.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978,* Madrid, MTAS, 2003.

del texto constitucional. Se ha producido una "reforma material velada" de la Constitución socio-laboral (la reforma constitucional a través de la interpretación constitucional), o simplemente estamos ante políticas legislativas admisibles desde la hermenéutica constitucional y el marco de las cláusulas constitucionales "flexibles" y abiertas.¿Existe un "consenso constitucional básico" en torno a este tipo de nueva constitucionalización "flexible" de lo social (aún no manifiesto de manera explícita)?¿Se trata de una constitucionalización "material" aún no formalizada?

Una decisión político-social tan fundamental debería haberse reservado al constituyente, pero lo cierto es que –en su versión renovada– la política de la flexiseguridad se ha impuesto meramente por una *praxis* legislativa (en línea con unas orientaciones programáticas –*soft law*– de la UE).

3.2. El complejo encaje constitucional de las políticas de "flexiseguridad"

La cuestión que surge, aunque sea en términos genéricos, es si las políticas de "flexiseguridad" –y las consecuencias estructurales y funcionales que conllevan para el ordenamiento laboral y de protección social– son admisibles dentro del carácter "abierto"y dialógico del texto constitucional, o por la vía de la mera"interpretación" constitucional se ha invadido el ámbito que sería más propio de la reforma constitucional. En definitiva, surge la cuestión de si dichas políticas socio-laborales tienen un encaje admisible en el texto constitucional conforme a los parámetros tutelares del trabajador que ya se han señalado. La toma de "decisiones soberanas" se ha atribuido a un ente distinto del legitimado constitucionalmente. ¿Asistimos a un desequilibrio entre la normativa constitucional y la realidad del ordenamiento laboral "flexible" del trabajo? ¿Existe una discrepancia "fundamental" entre el entramado constitucional y su aplicación en las recientes políticas socio-laborales?

Por el carácter abierto y amplio de la Constitución, la interpretación tiene una importancia fundamental en el Derecho constitucional. Es cierto que la Constitución tiene una amplia dosis de "ductilidad"[110], pues constituye un "marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo" [STC 11/1981, de 8 de abril], pero es la norma constitucional también un límite que el legislador democrático no debe traspasar. También es cierto que debe existir un espacio a las decisiones del poder legislativo ante las consideraciones de "oportunidad" o de "urgencia" en la adopción de ciertas reformas. El asunto es si las recientes transformaciones legislativas del ordenamiento laboral encuentran acomodo en ese tipo de razones.

Confrontar las políticas de flexiseguridad practicadas en España con el texto constitucional –para analizar su compatibilidad– es una operación bastante compleja. La cuestión requeriría un análisis detenido de los ámbitos materiales de la ordenación jurídica especialmente afectados por las políticas legislativas seguidas

[110] Para esta idea, cfr. Zagrebelsky, G.: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*,*cit*., págs. 16-17.

y confrontarlas con la taxonomía y los preceptos constitucionales. Por ello, me referiré solamente a ciertos elementos que –de principio– caracterizan tales políticas[111] –al menos tal como se vienen planteando especialmente por la Comisión en el seno de la UE– que considero especialmente relevantes. El principal documento de partida, el "Libro Verde" de la Comisión de las Comunidades Europeas: *"Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del sigo XXI"*, COM (2006) 708 final, de 22 de noviembre de 2006, luego algo matizado –no en lo sustancial– por otros instrumentos de la Comisión, que planteaba una modernización del Derecho laboral criticable bajo diferentes puntos de vista.

En primer lugar, el gran "déficit" del Libro Verde es que presentaba un enfoque al margen de los derechos sociales fundamentales inherentes al constitucionalismo social. Se trata de unos derechos que *deberían* ineludiblemente ser el eje vertebrador de todo proyecto de reforma del Derecho social en la UE. El Libro Verde muestra una total indiferencia hacia el lenguaje de los derechos fundamentales[112].Tales derechos fundamentales –específicos e inespecíficos– actúan en la "zona contractual" de la condición de trabajador y empresario, caracterizada por un contrato de intercambio económico, y actúan como límites a la autonomía privada, y contribuyen decisivamente a la salvaguarda de un componente axiológico en la relación de trabajo. Tales derechos fundamentales socio-laborales, en tanto canalizan el respeto de los valores personales de que es portador el trabajador, actúan como correctivo a las exigencias de eficiencia y competitividad de las empresas y contribuyen a delimitar de manera racional y equilibrada lo que puede justificarse en la lógica de un contrato cambiario, de lo que debe respetarse por pertenecer al patrimonio de derechos fundamentales del ciudadano-trabajador.

Cualquier operación remodeladora del Derecho laboral debería de ajustarse a los cánones de constitucionalidad y el respeto por los contenidos esenciales de los derechos sociales fundamentales. La CDFUE contempla los derechos socio-económicos como derechos *pleno iure* afirmando (en su Preámbulo) la indivisibilidad entre todas las prerrogativas fundamentales de los ciudadanos. En este sentido, resulta poco comprensible que un documento como el Libro Verde, que incide sobre muchos de los derechos reconocidos en la Carta, se desarrolle sin hacer mención alguna a la misma. Se observa así un desajuste grave entre la actuación institucional de una institución comunitaria, y el propio marco "constitucional" –iusfundamental-comunitario. El problema fundamental del Libro Verde es que suscita un debate que afecta a muchos derechos socio-económicos fundamentales, sin preocuparse de valorar la coherencia de las hipótesis que plantea en cada materia,

---

[111] Para un análisis más detallado sobre el debate europeo en torno a la flexibilidad, *vid*. Monereo Pérez, J. L., Fernández Avilés, J. A.: "Para una crítica del modelo de "flexiseguridad" liberal: flexiseguridad y garantismo jurídico-social" (I y II), TS, núms. 206-207, 2008; Moreno Vida, M. N.: "El debate sobre la flexiseguridad en Europa", en AA.VV., *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Monereo Pérez, J. L., Sánchez Montoya, J. E. (dirs.), Comares, Granada, 2010.

[112] Cfr. Loy, G.: "Apuntes sobre el Libro Verde "Modernizar el derecho del trabajo para afrontar los retos del siglo XXI", *RL*, núm. 15-16, 2007, págs. 47 y sigs.

con el respeto de los derechos y principios establecidos en las Cartas sociales europeas, en la jurisprudencia del TJCE, y en la propia Carta de Niza.

La dimensión colectiva del Derecho laboral –insuficientemente presente en el documento–, cuyos derechos centrales se recogen en los textos internacionales sobre derechos fundamentales, y además están "constitucionalizados" con un importante núcleo de garantías, es un eje de acción y de regulación indispensable e ineludible para una propuesta de reformulación equilibrada de la tutela laboral. El Derecho laboral europeo debería reestructurarse a partir de un sistema de derechos fundamentales, con atención especial al principio de igualdad real y efectiva que transforme los presupuestos económicos y sociales de la fragmentación social.

En el tratamiento de la segmentación laboral, más que luchar contra la precariedad laboral, se aboga por una homogeneización a la baja. Una de las justificaciones de la "flexiseguridad" es la necesidad favorecer la "inclusividad" del mercado de trabajo, evitando su segmentación. El texto señala que debe de acabarse con la lógica de las dobles velocidades en materia de tutela laboral, superándose la diferencia entre los trabajadores integrados con empleo permanente ("*insiders*") y los excluidos u "*outsiders*" (expresión que aludiría a un heterogéneo conjunto compuesto por trabajadores desempleados, personas que prestan servicios en condiciones precarias o en la economía informal y aquellos colectivos integrados en las "zonas grises" del Derecho del trabajo).Interesa destacar que –en el terreno político-jurídico– esta teoría de la dualización se ha utilizado, no tanto para idear estrategias de "integración" socio-laboral de los excluidos, sino para justificar la introducción de flexibilidad laboral al objeto de reducir el *gap* en los niveles de tutela para alcanzar un pretendido reparto mas equitativo del empleo y abrir cauces que permitan "competir" a los excluidos con el núcleo de trabadores estables. Además, la teoría también se ha utilizado para erosionar la acción sindical, al considerar que sobreprotege a los *insiders* y genera efectos nocivos para la eficiencia del mercado de trabajo. Como puede verse, la elección terminológica no es en absoluto aséptica o neutral, pues trata de transformar el conflicto social en un conflicto "intraclase". Se trata de una teoría que ha sido utilizada –más allá de sus implicaciones (neo-keynesianas) originales– para someter a crítica la existencia de una normativa limitadora del despido y para mostrar, de manera política y sindicalmente explosiva, la disparidad de intereses entre empleados y desempleados (o empleados precarios).La utilización de esta teoría "explicativa" parece formar parte de una trama político-jurídica de *"homogeneización a la baja"* en materia de derechos laborales. Aquí reside uno de los grandes prejuicios de la política de flexiseguridad, pues se asienta sobre un postulado muy controvertido: la idea de que la flexibilización de las relaciones de trabajo tiene una relación automática y directa con la reducción de las tasas de desempleo. El concepto de "modernización" del Derecho del trabajo que propone la flexiseguridad se basa sobre los estereotipos y preconceptos relacionados con la recepción acrítica de la aproximación económica neoclásica presente en las instituciones económicas internacionales.

La salida del dilema flexibilidad-seguridad se aborda en la perspectiva minimalista consistente en una reducción de los derechos y niveles de tutela, con contenidos

mínimos de tutela. Ello implica la "remercantilización" del factor trabajo y la aceptación acrítica de la pérdida de derechos (seguridad) de amplias capas de trabajadores, generalizándose en cambio un núcleo mínimo de derechos que no garantiza un nivel suficiente de estabilidad laboral. Un plegamiento incondicionado a las exigencias económicas y organizativas no hace sino incrementar las desigualdades e implica regresiones en las correcciones a los equilibrios de poder que se habían ido consolidando –entre otros mecanismos– a través del Derecho laboral.

Los documentos de la Comisión de la UE no exploran ni la "flexibilidad interna"[113] ni la *"flexibilidad consensuada"* como salida equilibrada. Frente a la reducción de los niveles de tutela podrían explorarse y aprovecharse –o bien reformularse "con garantías"– las posibilidades jurídicas abiertas a la gestión flexible de las funciones, el tiempo y lugar de trabajo, etc., al objeto de garantizar la estabilidad laboral a través de contratos por tiempo indefinido, salvaguardando el ajuste de las condiciones y los aspectos cuantitativos de la mano de obra a las necesidades productivas. En muchos aspectos, ello ha supuesto un reforzamiento del poder de dirección unilateral de la empresa, pero esta *flexibilidad funcionalizada a las exigencias empresariales y de mercado* también puede introducirse de manera consensuada si se instauran los mecanismos adecuados de participación, consulta (procedimentalización) y negociación con los representantes de los trabajadores[114]. De nuevo, el elemento clave es la *introducción de flexibilidad consensuada* para atenuar las exigencias empresariales con elementos que permitan un ajuste no traumático para los trabajadores.

La política comunitaria de flexiseguridad propone un nuevo "trade-off": *flexibilidad laboral por "seguridad en el mercado"* (del Derecho laboral a la política de empleo y los sistemas de protección social). La seguridad "fuera de las relaciones laborales" no es propiamente una alternativa al Derecho laboral, salvo que el mismo pierda cualquier elemento de "autorreferencia" y pase a ser un mero instrumento o anexo incondicionante de la racionalidad de mercado. Estamos ante una compensación entre elementos no homogéneos ni fungibles: niveles de garantía iuslaborales con elementos de seguridad atinentes en el mercado de trabajo. La tutela en el mercado de trabajo es solo una posibilidad o expectativa por contraposición a los derechos laborales del trabajador ocupado. Téngase en cuenta que tanto la adopción de políticas activas del mercado de trabajo, como las medidas de protección y acompañamiento del desempleado son políticas y ámbitos de la acción pública fuertemente condicionadas por elementos tan contingentes posibilismo económico y las opciones de política-jurídica prevalentes (se trata, pues, de una "seguridad inestable"). Un respaldo a los desempleados bien diseñado y eficiente debe existir en cualquier caso, sea cual sea el grado de protección en el trabajo,

---

[113] En el caso de las recientes reformas laborales, la creciente ampliación de las posibilidades de flexibilidad interna se han visto "neutralizadas" por la creciente flexibilización de "salida", por lo que han resultado inoperantes como reformas orientadas al mantenimiento del empleo. Por otra parte, tampoco los mecanismos de participación en la toma de decisiones sobre tales medidas empresariales ha sido fortalecidos.

[114] *Vid*. Monereo Pérez, J. L, Moreno Vida, M. N.: *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

complementado con sistemas adecuados de formación o reciclaje profesional. El canje "seguridad en el trabajo" por "seguridad en el mercado" que trasluce el documento se decanta por una serie de propuestas precisas en la primera dirección y unas inconcretas y genéricas propuestas en el segundo, lo que podría considerarse como una invitación a "dar moneda cierta a cambio de buenas intenciones". No hay ninguna correlación automática entre la reducción de la tutela en la relación de trabajo y el reforzamiento de la estabilidad en el mercado de trabajo.

La política de flexiseguridad ignora completamente los costes sociales y asistenciales derivados de tal "reubicación" del riesgo social de empresa. En gran medida, el planteamiento es funcional a una "externalización" o "exteriorización" del riesgo laboral hacia el trabajador –en el plano individual– y la sociedad en general. Bajo este prisma de la distribución del riesgo, la flexibilidad despliega los mismos efectos que la flexiseguridad: que los riesgos propios de la actividad empresarial se desplacen hacia la mano de obra, incidiendo especialmente en los más desprotegidos, como también hacia los sistemas de protección social. Las medidas ofrecidas como contrapartida no presentan el mismo grado de certeza y definición para que el cambio –y la transacción implícita– sea medianamente aceptable y fiable.

Considero urgente la necesidad de reconducir y reorientar las reformas laborales hacia las "coordenadas" constitucionales que fundamentan la tutela del trabajador, so pena de debilitar veladamente la ya frágil dimensión "social" del texto Constitucional. Resulta significativo que, dentro de una reforma laboral como la de 2012 (calificada como "muy agresiva" por los propios miembros del Gobierno), la única referencia al texto constitucional presente en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, de 7 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, sea la necesidad de que los poderes públicos velen por la defensa de la productividad (art. 38 CE), para tratar de legitimar –en la perspectiva constitucional– el establecimiento de un "arbitraje público obligatorio" en materia de descuelgue del convenio colectivo, desvirtuando así la fuerza vinculante de los convenios colectivos y de la actividad sindical consustancial al derecho fundamental de libertad sindical.

Las políticas de flexiseguridad, tras reformar parcelas concretas de nuestro ordenamiento laboral, han demostrado su incapacidad para la creación de empleo y ni siquiera han sido efectivas para la contención de la destrucción de puestos de trabajo[115]. Se ha perdido seguridad "en" la relación laboral (han crecido a la par las técnicas de flexibilidad laboral interna y externa) y también en el mercado de trabajo, precarizando un mayor conjunto de trabajadores. Han supuesto un debilitamiento de la capacidad de integración social por medio del trabajo.

Traducido en términos constitucionales, las reformas han agotado –desde un punto de vista de su legitimidad "constitucional"– el potencial de vinculación con el objetivo constitucional del pleno empleo (art. 40.1 CE) y de tutela del derecho

[115] *Vid*. Monereo Pérez, J. L.: "La política europea de "modernización" del Derecho del Trabajo. La reforma social desde el garantismo flexible frente a la opción liberalizadora", *RDS*, núm. 48, 2009, págs. 13 y sigs.

al trabajo (art. 35.1 CE),que podría justificar la potenciación del principio de libertad de empresa (art. 38 CE) y el fortalecimiento de los poderes directivos en al ámbito laboral que conllevan las políticas de flexiseguridad. Quizá ya quepa convenir de manera definitiva que el "culpable" de la crisis de empleo no haya sido el Derecho del trabajo, sino más bien la particular debilidad de nuestro sistema productivo (del que no se ve con inminencia que aflore uno nuevo que lo reemplace con capacidad generativa de empleo). Y ello sin perjuicio de reconocer que muchas de las regulaciones laborales puedan contribuir a una deseable "fluidez" del mercado de trabajo y una adaptabilidad "equilibrada" de las condiciones laborales a las exigencias del sistema productivo.

4. EL "GARANTISMO CONSTITUCIONAL" Y LOS DERECHOS SOCIO-LABORALES

4.1. Heterogeneidad de las fórmulas constitucionales de reconocimiento de los derechos sociales y laborales y sus implicaciones jurídico-constitucionales

Cuando hablamos de "derechos sociales" en relación a la Constitución, debemos de tener presente que estamos ante un conjunto de derechos de carácter extremadamente complejo, por contener elementos de distinta naturaleza y de diversa estructura. No todos los derechos socio-laborales tienen un contenido prestacional. Más bien lo que se da es una suma de situaciones jurídicas que pueden ir desde la clásica figura del derecho subjetivo hasta su consideración como mero principio jurídico que vincula al legislador, pero que permite amplios márgenes de discrecionalidad en su desarrollo.

Así pues, estamos ante derechos con contenidos regulativos densos donde pueden existir no solamente situaciones jurídico-subjetivas que proteger, sino también deberes de tutela, obligaciones de fomento o promoción e incluso también contenidos de carácter organizativo y de procedimiento[116]. Hay obligaciones de acción y de abstención en relación a los titulares pasivos de tales derechos. Ello es significativo de las dificultades para una reconducción dogmática a la unidad de lo que se pueda entender por "derecho social" o "socio-laboral" en el texto constitucional.

Por así decirlo, los derechos sociales se presentan como un "microcosmos" constitucional de derechos y principios, cuyos componentes luego serían tanto sub-derechos en forma de libertades y derechos de prestación, como derechos a estatus jurídicos o derechos a bienes o prestaciones públicas en distintos ámbitos o situaciones[117]. Es por ello que –como veremos– también su tutela requiere de las técnicas jurídicas más diversificadas, sin perjuicio de aspirar al reconocimiento de un alto grado de garantismo jurídico para todos los derechos constitucionales.

---

[116] Cascajo Castro, J. L.: "Derechos sociales", *cit*., pág. 29.

[117] Laporta Sanmiguel, F. J.: "Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema", en AA.VV., *Constitución y derechos fundamentales*, Presidencia de Gobierno, Madrid, 2004, pag. 300.

La positivación de los derechos humanos de contenido social adquiere una concretización garantista múltiple, según su particular forma de positivación en el ordenamiento como derechos subjetivos, su formulación más acabada, o principios de política social ("normas de fin"), expresándose jurídicamente en una amplia gama de situaciones subjetivas, que van desde la mera expectativa o interés hasta el derecho subjetivo[118].

La "recepción" de los principios o valores de carácter socio-económico al texto constitucional puede producirse en virtud de distintos "niveles" de reconocimiento diferenciables: bien como principios o "valores fundamentales" de alcance programático; como normas de organización sin aplicabilidad directa e inmediata y sin que, en consecuencia, se atribuyan a sus titulares destinatarios verdaderos derechos subjetivos plenamente alegables, y apreciables en cuanto tales, ante los órganos judiciales; o bien, en su más perfecta "normatividad" jurídica, es decir, cuando esos valores se garantizan en reglas positivas de las que deriven el reconocimiento de derechos subjetivos fundamentales de eficacia jurídica directa e inmediata[119].

Los derechos socio-laborales "suelen" exigir prestaciones por parte del estado, pero algunos conllevan libertades en sentido estricto (*v. gr*. el derecho de huelga o la libertad sindical, que frente al Estado generan obligaciones de no injerencia, de abstención y de respeto, además de obligaciones de tutela). Más que su estructura o contenido, lo que tienen en común tales derechos es la posición jurídica que otorgan a su titular. Los derechos sociales permitirían a sus titulares exigir, no ya una abstención por parte del Estado, característica más prototípica de los derechos de libertad, sino más bien una actuación positiva de éste en orden a su consecución. Por ello, un sector doctrinal ha considerado más adecuada a su naturaleza la denominación "derechos sociales de prestación", mientras que otros, como los derechos de sindicación y huelga (incluida la negociación colectiva) podrán denominarse "derechos sociales de libertad"[120], aunque ya hemos visto la relatividad existente entre derechos de libertad y derechos de prestación.

En algunos casos, la previsión constitucional es suficientemente precisa e incondicional como para tener eficacia directa e inmediata, donde la intervención legal de desarrollo, aunque sea factible, no es más que una opción de política jurídica, dado que el texto constitucional podría bastarse por sí solo para hacer frente a la realidad social de referencia.

---

[118] Monereo Pérez, J. L.: "Genealogía de las declaraciones de derechos y su significación político-jurídica", estudio preliminar a la obra de Jellinek, G.: *La declaración de los derechos del hombre y del cuidadano*, Comares, Granada, 2009, pág. XXII.

[119] *Vid*. Monereo Pérez, J. L.: "Genealogía de las declaraciones de derechos y su significación político-jurídica", *cit*., pág. XX.

[120] Cfr. Carmona Cuenca, E.: "La consolidación del Estado social en España. El Estado asistencial", en *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, vol. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 489 y sigs.; Mendoza Navas, N., Serrano García, J. M.: *Derechos y política social*, Bomarzo, Albacete, 2012, págs. 36-37.

Esta autosuficiencia del texto constitucional podría predicarse, en primer término, de los derechos laborales de dimensión colectiva, significadamente de los derechos de libertad sindical –incluido el derecho a la negociación colectiva– y de huelga, respecto de los que la Constitución no se limita a un simple reconocimiento, sino que añade algunas indicaciones sobre su ámbito subjetivo, alcance, contenido y eventuales limitaciones. La "legislación auxiliar" de promoción del hecho sindical es un elemento añadido en el plano de la política legislativa, pero las bases esenciales de dichos derechos se encuentran en el plano constitucional y –por remisión de la cláusula de "apertura" constitucional *ex* art. 10.2 CE– en los convenios y tratados internacionales que regulan estas materias de los que España forma parte. Lo mismo podría decirse de derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo, e incluso a propósito del derecho a la negociación colectiva, respecto del que la intervención legal de desarrollo es solamente necesaria, por ejemplo, si se quiere potenciar los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos laborales, como si se quiere implantar un tipo de convenio colectivo que requiere de apoyo legal expreso (como es el de eficacia general). Así pues, es predicable de estos derechos una "autosuficiencia" constitucional, que no se relativiza, sino que se compadece bien con opciones de política legislativa que incorporen medidas de apoyo y fomento para el despliegue efectivo de tales derechos. En todo caso, tales medidas refuerzan la efectividad de tales derechos, pero no deben cuestionar eficacia directa e inmediata de los mismos por su reconocimiento constitucional y a través de la generación de posiciones jurídicas subjetivas merecedoras de tutela.

Para otros derechos constitucionales socio-laborales la cuestión de su "autosuficiencia" es más variada y matizada. Nos referimos fundamentalmente a los derechos del art. 35.1 CE. El derecho a la libre elección de profesión u oficio y el derecho al trabajo pueden valerse por sí solos, desde el momento en que su contenido y alcance, o bien se agota con la libre opción por una u otra salida profesional, o bien se conforma a partir de las circunstancias reinantes en el ámbito económico o productivo (donde realmente surgen las posibilidades reales de acceso a un empleo), sin perjuicio de que la actividad política y legislativa pueda contribuir en alguna medida a su promoción o protección. En el caso del derecho a la promoción a través del trabajo y el derecho a una remuneración suficiente, que por sí mismos difícilmente pueden encontrar satisfacción, y que por ello necesitan de modo ineludible una acción legal de acompañamiento, capaz de fijar estrategias de ascenso o promoción económica o de determinar cuantías salariales mínimas, al margen del valor orientativo de la correspondiente cláusula constitucional. En todo caso, aquí no nos encontramos ante "derechos subjetivos perfectos" (salvo por vinculación con otro derecho constitucional fundamental) del ciudadano trabajador, sino que necesitan de una actividad normativa –legal y convencional– para que su efectividad quede garantizada. Caso diferente es el del derecho a la no discriminación por razón de sexo, que ha de ser aplicado sistemáticamente con el principio general de igualdad y no discriminación, y que, sin necesidad de ulterior desarrollo, es autosuficiente para

desplegar tutela jurídica inmediata (no es por tanto de extrañar que sea la casuística judicial la que ha ido desgranando las vertientes y dimensiones del principio de igualdad en el terreno de las relaciones laborales).

Tampoco es estrictamente necesaria una intervención legal para que los derechos de la persona de base constitucional, especialmente los derechos fundamentales, desplieguen sus efectos plenamente sobre la relación de trabajo[121].

En todo caso, muchas previsiones constitucionales socio-laborales requieren del auxilio de la legislación laboral (especialmente en los casos donde la formulación se corresponde con un principio rector de la política económica y social), que en tal caso completa o especifica las cláusulas constitucionales.

Los llamados derechos de carácter económico-social exigen normalmente técnicas de protección y de garantías singulares debido a su especial naturaleza y funcionalidad, comportando, en general, una acción positiva de los poderes públicos constituidos en orden, según los casos: a promover las condiciones necesarias para su efectividad (en una línea de mayor igualación y emancipación social de los trabajadores); o bien a programar y organizar determinar actuaciones positivas de prestación pública, tratándose, en este caso, de normas positivas determinantes, que prefijan y conforman los fines sociales que han de ser alcanzados por los poderes públicos[122].

Los derechos socio-laborales, bien conllevan una obligación prestacional del poder público, bien conllevan una obligación de abstencionismo (respeto) o bien una posición activa por parte de algún sujeto público o privado (normalmente el empleador). Por tanto, no son reconducibles, sin más, al anacrónico y reduccionista binomio derecho social/derecho de prestación.

4.2. Garantías constitucionales y derechos sociales (un sistema de "geometría variable")

4.2.1. Apreciaciones de conjunto

Derechos –incluidos los denominados "sociales"– sin garantías significan bien poco[123]. El constitucionalismo social y democrático es un programa para el futuro, porque los derechos sancionados en el texto constitucional *deben ser* –tarea inacabada– garantizados y especialmente satisfechos. El "garantismo" es la otra cara del constitucionalismo, y consiste en el conjunto de técnicas idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos. La extensión del paradigma de la democracia constitucional debe

---

[121] *Vid. supra* apartado II.3.4.

[122] Cfr. Cruz Villalón, J.: "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *REDC*, núm. 25, 1989, págs.175 y sigs.; Peces Barba, G.: "Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales", en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, 1988, págs.. 195 y sigs.

[123] Este pensamiento ya está presente en la obra de autores del socialismo reformista como Salvioli, G.: *El Derecho civil y el proletariado*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979, para el que un "derecho que no es efectivo, no es tal derecho" (pág. 64).

ser extendida en su faceta de garantía de todos los derechos, no solo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales[124]. "Garantía jurídica" es el conjunto de mecanismo o dispositivos de protección predispuestos por el Derecho para la tutela de un valor, un bien, un interés jurídico o un derecho subjetivo.

Ahora bien, aunque sea una de sus formas más depuradas, y una aspiración para todo derecho social, no debe confundirse o agotar la idea de "garantismo jurídico" con la "garantía jurisdiccional". La "justiciabilidad" de un derecho es una de las facetas más depuradas del garantismo, pero no agota el significado de éste. El fomento y perfeccionamiento los derechos sociales exigen en muchos casos actuaciones que no se ciñen a la "justiciabilidad", sino que se trata de "garantías multinivel" (extra-institucionales, institucionales, políticas y jurisdiccionales).

La propia Constitución establece un sistema de garantías para la efectividad de los derechos que reconoce para asegurar también así la sujeción de todos los ciudadanos y poderes públicos a la misma (art. 9.1 CE). En este sentido, las reglas que garantizan la primacía del texto constitucional (en el sistema pluralista de fuentes laboral diseñado por la propia Constitución) constituyen también reglas de garantía material de los derechos socio-laborales que reconoce. Los rasgos esenciales de las garantías de la Constitución por definición constituyen garantías indirectas de los derechos constitucionales en su diversa tipología y de los propios principios rectores constitucionales.

La *fundamentalidad material-procedimental*[125] de la Constitución se garantiza a través de una doble vertiente garantista: en una *vertiente objetiva*, estas garantías se identifican porque son medios de protección del interés público u objetivo –en concreto, el de la supremacía de la Constitución (en su supralegalidad formal y de eficacia normativa)–, y consisten en medidas de aseguramiento, que surgen frente a la producción del Derecho, sea por el legislativo, el ejecutivo, e incluso en algunos Estados frente al Derecho europeo (precisamente con relación a sus derechos constitucionales)[126]; pero también está presente una *vertiente subjetiva*: esta dimensión aparece cuando la Constitución protege intereses subjetivos del ciudadano y se concreta frente a la aplicación subconstitucional del Derecho, que normalmente es la que desempeñan el poder ejecutivo (Gobierno y Administración pública) y el poder judicial ordinario[127].

La Constitución establece un sistema de garantías que podríamos denominar de "geometría variable", en función del tipo de reconocimiento de cada derecho

---

[124] Ferrajoli, L.: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, págs. 25 y 374.

[125] *Vid*. Alexy, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, *cit*., págs. 503-506.

[126] En esta vertiente se engloban garantías como: la vinculación de los derechos y libertades constitucionales a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 CE); la derogación de todas las disposiciones que se opongan a lo establecido en sus preceptos (disp. derog. CE); las reglas que posibilitan la revisión de las leyes a través del recurso o la cuestión de inconstitucionalidad (art. 161 CE), o las que exigen a los jueces y tribunales la interpretación conforme a la Constitución; la declaración de nulidad de los preceptos reglamentarios o convencionales contrarios al texto constitucional, etc.

[127] *Vid.* Prada Fernández de Sanmamed, J. L.: "Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional", *REP*, núm. 122, 2003, págs. 283 y sigs.

y de su ubicación sistemática. Aunque la interconexión entre ellos (a veces vía inserción en el contenido esencial de los derechos fundamentales) ha generado un fenómeno de "irradiación" de garantías.

La sistemática constitucional de su parte dogmática no emplea un criterio clasificatorio material, sino formal, pues el criterio decisivo para la inserción de los distintos derechos del Título I viene dado por sus instrumentos de tutela. De ahí que el art. 53 CE se haya considerado como la clave explicativa del sistema clasificatorio constitucional[128]. En dicho precepto, los derechos sociales aparecen catalogados, en orden decreciente, pero de acuerdo con la amplitud de los medios de protección que garantizan su tutela[129]. El constituyente, con amplia dosis de realismo político, para salvaguardar la plena normatividad del texto constitucional, y para evitar ya una genética patología de su eficacia, tuvo que establecer una gradación garantista de cada uno de estos bloques de derechos fundamentales, en función de las condiciones que posibilitan su implantación.

Es imposible una reconducción a la unidad en materia de garantías de derechos socio-laborales, encontramos derechos sociales dentro de todas las tipologías normativas de la Constitución. En rigor, la categoría "derechos sociales" no se contempla como tal en la Constitución. La idea de "derechos sociales" conectaría con la idea de la Constitución como "un precipitado de normas en el que se amalgaman valores, principios y reglas, y en el que las garantía y los ámbitos de salvaguarda de posiciones individuales se yuxtaponen a mandatos de hacer (y a prohibiciones) dirigidas al legislador y a los demás poderes públicos[130].

Lo cierto es que el término en sí viene ya aquejado de la concepción generacional de los derechos que parecería describir una parábola descendente en cuanto a su "fundamentalidad" o régimen de garantías. Tienen en común un elemento axiológico (se vinculan estrechamente con la dignidad humana) y teleológico (son instrumentos emancipatorios destinados a alcanzar la libertad e igualdad del individuo) propios de su reconocimiento en el seno del Estado social. Pero a nivel de garantías hay que segregarlos: hay derechos sociales que se encuentran totalmente equiparados a los derechos de libertad o de participación política, porque están plenamente desarrollados con financiación toral y son justiciables plenamente, incluido el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional; hay derechos sociales que tienen una estructura y organización similar a los derechos clásicos de libertad y que, por consiguiente, no tienen problemas de financiación, ni suponen dificultad para ser justiciables: lo son en plenitud, incluido el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (libertad sindical y derecho de huelga); hay también derechos sociales incompletos, donde se recoge el principio, el ámbito a proteger y los posibles

---

[128] Para un riguroso tratamiento exhaustivo, vid. Rivero Lamas, J.: "La garantía de los derechos y libertades constitucionales", en AA.VV., Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M. N. (dirs.): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, págs. 1979 y sigs.

[129] Pérez Luño, A. E.: *Los derechos fundamentales*, cit., p´gs. 162.

[130] Revenga Sánchez, M.: "Los derechos sociales (instrumentos de garantía en la Constitución Española), *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 21, diciembre 2009, pág. 99.

beneficiarios, pero donde no se ha desarrollado la dimensión subjetiva, sino que esta se deja a criterio del legislador, que puede desarrollarla por ley. En este caso, se trata de derechos que aparecen como valores y como principios y sus destinatarios son los poderes públicos, luego operativamente no se organizan por sí mismos constituyendo simples límites de la acción estatal, sino que requieren acciones y prestaciones positivas de los poderes públicos en beneficio de los ciudadanos.

4.2.2. Garantías de los derechos sociales fundamentales stricto sensu

Cuando se trata de derechos fundamentales en la taxonomía constitucional, el TC les ha atribuido como característica esencial la aplicabilidad y "justiciabilidad" inmediatas [SsTC 21/1981, de 15 de junio; 15/1982, de 23 de abril; 16/1982, de 28 de abril; 80/1982, de 20 de diciembre; 39/1983, de 16 de mayo; 31/1994, de 31 de enero]. Algunos de estos derechos son típicamente laborales, encajan perfectamente en la estructura del "derecho subjetivo público" típico de los derechos de libertad (significadamente los derechos de sindicación, huelga y derecho a la educación). Este tipo de derechos no dejan de desplegar plena eficacia directa e inmediata incluso a falta de la *interpositio legislatoris*. Son sobradamente conocidas las "sentencias normativas" del TC, que en ocasiones determinan la norma conforme con la Constitución que debe sustituir a la declarada inconstitucional, las hipótesis en que pergeñan la regulación de una materia, o los "mandatos" dirigidos al legislador que a veces contienen sus pronunciamientos.

Por otra parte, también se ha dado u fenómeno de *irradiación de las garantías* de los derechos fundamentales a vertientes de tales derechos (complejos) que forman parte de su contenido esencial. La libertad sindical y la negociación colectiva –como parte de su contenido esencial– sería un caso paradigmático. La negociación colectiva es indisociable de la libertad sindical y no puede escindirse de la misma como derecho fundamental y libertad pública. Así, nuestro TC ha entendido que del derecho a la negociación colectiva de los trabajadores se predican las mismas cualidades de la libertad sindical en que se haya embebida y con la que forma bloque[131].

Una de las garantías constitucionales más relevantes –desde la perspectiva de la tutela frente a la actuación de los poderes públicos– consiste en el respecto al *contenido esencial* del derecho como límite al legislador (art. 53.1 CE). Tal garantía expresa un poder de disposición que la Constitución reserva al titular del derecho sobre determinados ámbitos vitales, enunciados en abstracto, pero reconocibles en su núcleo y, por tanto, directamente ejercitables al menos en ese mínimo. La garantía se asienta sobre la "recognoscibilidad del tipo abstracto" del derecho. Por el hecho de tener reconocimiento constitucional, el tipo abstracto de un derecho (subjetivo) preexiste conceptualmente al momento legislativo [STC 11/1981, de 8 de abril] y goza de aplicabilidad directa e inmediata [SsTC 15/1982,

[131] Cfr. por todas SsTC 187/1987, de 25 de junio; 108/1989, de 8 de junio; 105/1992, de 1 de julio; 208/1993, de 28 de junio; 25/2001, de 29 de enero.

de 23 de abril; 254/1993, de 20 de julio]. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales cobra pleno sentido si se inserta en la concepción de la Constitución como norma jurídica suprema, como máxima fuente directa que confiere a las normas iusfundamentales la fuerza jurídica irresistible que es capaz de desplegar en el tiempo, en el espacio y en relación con cualquier materia y sujeto, y por tanto los articula con pretensión de eficacia inmediata y universal[132]; y ello con independencia de la actividad o inactividad del legislador [STC 15/1982, de 23 de abril]. Es decir, cuando se opera con la *interpositio legislatoris* es posible que el mandato constitucional no tenga, hasta que la regulación de produzca, más que un mínimo contenido que ha de verse desarrollado y completado por el legislador, pero de ahí no puede deducirse sin más que una facultad derivada del contenido esencial de un derecho constitucional no forme parte del contenido mínimo del mismo directamente ejercitable [SsTC 31/1994, de 31 de enero].

Por otro lado, desde la perspectiva de los intereses jurídicamente protegidos[133], la garantía también supone un límite al legislador en el sentido de que se lesionaría el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

La extensión de la tutela iusfundamental a facetas del derecho reguladas por ley, a pesar de su "debilidad" teórica, se compensa con lo adecuado de su "función" desde la perspectiva de dotar de la máxima "eficacia" a estos derechos. Bajo esta doctrina constitucional, a través del *contenido "adicional"* del derecho que, por esta vía, se "constitucionaliza" (al menos en el plano de la tutela en amparo) y amplía el propio contenido esencial del derecho y su reconocimiento del carácter "iusfundamental" a dichas facetas ("adicionales" del derecho), aunque con la paradoja de siguen siendo disponibles por parte del legislador.

Conviene precisar la incidencia que sobre la tutela en amparo tiene la distinción que el TC ha establecido entre el contenido esencial y el *contenido adicional* del derecho a la libertad sindical. Esta doctrina tiene su origen en la STC 39/1986, de 31 de marzo, y se ha mantenido desde ese momento no sin algunas matizaciones [como la STC 1/1994, de 17 de enero, para las normas electorales; o las SsTC 332/1994, de 19 de diciembre; 333/1994, de 19 de diciembre; y 40/1995, de 13 de febrero, para la huelga]. La STC 70/2000,de 13 de marzo, sintetiza la misma, señalando que "el artículo 28.1 de la Constitución Española integra, además de la vertiente organizativa de la libertad sindical, los derechos de actividad y medios de acción de los sindicatos –huelga, negociación colectiva, promoción de conflictos– que constituyen el núcleo mínimo, indispensable e indisponible de la libertad sindical. Pero, junto a los anteriores, los sindicatos pueden ostentar derechos o facultades adicionales atribuidos por normas legales o convenios colectivos que pasen a engrosar o a añadirse a aquel núcleo esencial, como los de representación

[132] Bastida, F. J.: "¿Son los derechos sociales derechos fundamentales?", *cit*., pág. 142.
[133] Pérez Luño, A. E.: *Los derechos fundamentales*, *cit*., pág. 73.

institucional y de promoción y presentación de candidaturas en las elecciones para órganos de representación de los trabajadores en las empresas y en las Administraciones públicas. De este modo, el derecho fundamental de libertad sindical se integra no sólo por su contenido esencial mínimo indispensable, sino también por esos derechos o facultades adicionales de origen legal o convencional colectivo, con la consecuencia de que los actos contrarios a estos últimos son susceptibles de infringir el artículo 28.1 de la Constitución Española". Ahora bien, el propio TC advierte que "no todo incumplimiento de cualquier precepto referido al mismo es susceptible de infringir el derecho de libertad sindical del artículo 28.1 de la Constitución Española, sino que tal violación del derecho fundamental se dará cuando dichos impedimentos u obstaculizaciones existan y no obedezcan a razones atendibles de protección de derechos e intereses constitucionalmente previstos que el autor de la norma legal o reglamentaria haya podido tomar en consideración"; y señala también "estos derechos adicionales, en la medida que sobrepasan el contenido esencial que ha de ser garantizado a todos los sindicatos, son de creación infraconstitucional y deben ser ejercitados en el marco de su regulación, pudiendo ser alterados o suprimidos por la norma legal o convencional que los establece, no estando su configuración sometida a más límite que el de no vulnerar el contenido esencial del derecho de libertad sindical" [STC 281/2005, de 7 de noviembre, sobre el uso sindical del servidor informático de una empresa; con cita de las SsTC 201/1999, de 8 de noviembre y 44/2004, de 23 de marzo].

En realidad, el contenido esencial del derecho fundamental es el límite que el art. 53.1 CE impone al legislador, que debe respetar ese contenido en su regulación del ejercicio de los derechos y libertades. Junto a él, hay otro contenido que la doctrina científica concibe desde la perspectiva histórica o temporal de las sucesivas regulaciones posibles en el marco de un sistema político pluralista; el contenido esencial sería así lo que tiene que persistir en el cambio de las regulaciones como elemento que hace reconocible el derecho, mientras que el contenido histórico es el que, dentro del propio derecho constitucional, añade la Ley orgánica. Más allá de este contenido constitucional está el contenido adicional en sentido estricto, que es el que puede añadirse por otras normas infraconstitucionales que quedan fuera del ámbito de regulación del art. 53.1 y 81.1 CE. Rectamente entendida la doctrina constitucional, no dice que todo incumplimiento del contenido adicional del derecho suponga una vulneración del art. 28 CE, sino que determinados incumplimientos de esas facultades adicionales pueden lesionar también la libertad sindical y, por ello, el TC aprecia su competencia para conocer de estos incumplimientos en el recurso de amparo. La doctrina constitucional se explica porque este último es el único cauce a través del cual el TC puede proteger de forma concreta los derechos fundamentales y, sin duda, por ello ha optado dicho Tribunal por dar cabida en ese recurso a determinadas lesiones que ha considerado relevantes del contenido adicional que exceden de lo que sería el propio contenido constitucional del derecho.

En el ámbito social, la tutela judicial ordinaria de los derechos fundamentales (el amparo ordinario) ha venido en cierta medida lastrado por reglas relativas a la

inacumulabilidad de pretensiones o acciones relativas a derechos fundamentales, cuando la materia concreta con que concurría la pretendida lesión tenía señalado un cauce procesal especial. La "sinécdoque" procesal que se planteaba en relación a las reglas de preferencia y sumariedad[134], y a la posibilidad de aplicar acumulativamente las reglas que derivaban de tales exigencias constitucionales parecen haberse ya superado a través de la nueva ordenación introducida por la LrJS (arts. 178.2 y 184).

4.2.3. Principios rectores de la política social y económica en el sistema de garantías constitucional

La mayoría de los derechos sociales se encuentran enunciados formalmente en el *corpus* constitucional, pero con un disminuido sistema de garantías a no incluirse –salvo notorias excepciones– en la sección relativa a los "Derechos fundamentales". Ello no debe entenderse en términos de una "desconstitucionalización" o de una carencia de toda eficacia en relación a la actuación de poderes públicos y privados. Podemos decir que en este Capítulo de la Constitución es donde se ubica la mayor parte de la concreción de la "dimensión social" de nuestro Estado.

En todo caso, la doctrina ha venido realizando un esfuerzo para la defensa de la "normatividad" de tales derechos sociales, en relación al contenido de los mismos y de las posibilidades para exigir su cumplimiento. Una declaración de derechos constitucionalmente garantizada no puede ser considerada una mera declaración retórica, sino un conjunto de poderes jurídicos dotados de plena operatividad y efectividad. No parece aceptable que el principio de vinculación a la Constitución opere de forma distinta según se trate de un tipo de derechos reconocidos sistemáticamente en un ámbito constitucional, o encuadrado en los principios rectores, dado que la fuerza normativa de la Constitución (art. 9.1 CE) se proclama respecto a toda ella y no sólo en relación con alguna de sus partes o contenidos[135].

Es la propia "normatividad" constitucional la que debe contribuir a alcanzar la *máxima eficacia constitucional* a los derechos sociales, huyendo del razonamiento circular y estéril en virtud del cual los derechos sociales no serían auténticos derechos porque no son justiciables. Los principios rectores de la política social y económica no deben concebirse como meras normas programáticas, sino como normas "promotoras y renovadoras" a tenor del art. 9.2 CE[136], que originan –aunque no sea de manera mediata– auténticos derechos para el ciudadano.

---

[134] Palomeque López, M. C.: "La tutela judicial de los derechos laborales fundamentales: una sinécdoque procesal", *TS*, núm. 46, 1992, pág. 7.

[135] Revenga Sánchez, M.: "Los derechos sociales (instrumentos de garantía en la Constitución Española)", *cit*., pág. 101; Cascajo Castro, J. L.: "Derechos sociales", en AA.VV., *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 25.

[136] Lucas Verdú, P.: "Principios rectores de la política social y económica", en AA.VV., *Prontuario de Derecho Constitucional*, Comares, Granada, 1996, pág. 347.

La determinación del contenido de los derechos sociales reconocidos como principios rectores sirve para poder concretar las *obligaciones mínimas de los poderes públicos* en relación con cada derecho social, y ello es una tarea de desarrollo que se encomienda primordialmente al poder legislativo. A este respecto, el art. 53.3 CE señala que: "el reconocimiento, el respeto y la protección" de tales principios "informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos"; así como que "solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen"[137].

Existen dificultades para la determinación del contenido de los derechos sociales por la genérica y ambigua redacción que algunos tienen en el texto constitucional. En este sentido, el Capítulo III del Título I CE es una amalgama materiales normativo-constitucionales clasificables –según los casos–, como derechos (algunos aparentes), principios informadores, garantías institucionales y normas programáticas. Pero ello no debe impedir la aspiración de hacerlos plenamente efectivos y a sus posibles efectos típicamente normativos. No podemos acercarnos a este ámbito material de la constitución con la idea de que sea un ámbito ajeno a la normatividad de la misma y al sistema de valores y fórmulas políticas que le dan fundamento[138]. El dato de un derecho esté reconocido en la Constitución no de modo "constitutivo", no empaña su fundamento o título constitucional, que es el acto normativo del que deriva[139].

Partiendo del valor normativo, inmediato y directo del texto constitucional (*ex* art. 9.1 CE), en relación a los principios rectores también debe predicarse dicho valor. Los principios no son normas sin contenido, dado que los órganos judiciales deberán tenerlos en consideración en sus resoluciones, debiendo respetarlos y protegerlos [STC 95/2000, de 10 de abril]. Ello implica la eliminación de todo requisito injustificado que dificulte su acceso al derecho. El propio Tribunal Constitucional ha debido reconocer –desde temprano– que esos preceptos también constituyen un parámetro de referencia para la determinación de la constitucionalidad de las leyes [ScTC 18/1982, de 4 de mayo y 45/1989, de 20 de febrero].

Hay un argumento sistemático importante que no debemos perder de vista, los principios rectores se ubican en el Titulo I de la CE, intitulado "De los derechos y deberes fundamentales", lo que resulta revelador, dado que resulta difícil encontrar

---

[137] Con este precepto dela Constitución de 1978 se está repitiendo la práctica histórica moderada de necesidad de la intermediación de una ley para el efectivo disfrute de los derechos fundamentales y la prosecución efectiva de nuestro Estado social con los ritmos económicos, puesto que con esta limitación se quería poner freno a un indeseable activismo judicial que pudiera desestabilizar las previsiones presupuestarias estatales [*vid.* Aragón Reyes, M.: "Principios constitucionales", en AA.VV., *Temas básicos de Derecho Constitucional*, tomo I, Civitas, Cizur Menor, 2011; López Pina, A.: "Comentario introductorio al Capítulo III del Título I", en AA.VV., Alzaga, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, 2.ª ed., t. IV, Cortes Generales, Madrid, 1996, pág. 38; Prada Fernández de Sanmamed, J. L.: "Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional",*cit*., pág. 310].

[138] Revenga Sánchez, M.: "Los derechos sociales (instrumentos de garantía en la Constitución Española)", *cit*., pág. 103.

[139] Prada Fernández de Sanmamed, J. L.: "Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional",*cit*., pág. 298.

las razones por las que determinadas libertades públicas y derechos fundamentales estén incluidos en el primero o segundo Capítulo y lo mismo puede decirse en relación con los contenidos del Capítulo tercero. La inclusión de estos derechos dentro del Titulo I sugeriría que sus contenidos forman parte de lo que se entiende por "derechos fundamentales", aunque normalmente requieran de una actividad prestacional (y no meramente abstencionista y de respeto, como sucede típicamente con los derechos fundamentales de libertad).

Por otra parte, reténgase que esta delimitación con los derechos fundamentales, en relación a su exigencia de abstencionismo estatal, no es tan estricta. Muchos derechos complejos presentan vertientes de exigencia de respeto –no injerencia– o vertientes prestacionales –de sustento público–, aparte de la ya declarada y aceptada interdependencia entre los derechos sociales y económicos y los derechos civiles y políticos.

El propio Capítulo II del Título I de la CE se caracteriza por la naturaleza heterogénea y extremadamente variada de los derechos que reconoce, incluyendo el reconocimiento de genuinos derechos, y ello contribuye a difuminar una hipotética diferenciación ontológica con los reconocidos como "genuinos" derechos fundamentales.

Por otra parte, los derechos reconocidos como meros principios rectores presentan claras conexiones con otros que sí tienen una calificación expresa de "fundamentales" en la taxonomía constitucional o se conforman más estrictamente como derechos subjetivos, y ello –aunque sea de forma indirecta– puede presentar una sinergia positiva de cara a su "efectividad" o a la extensión de garantías reservadas para los primeros[140]. No se puede contemplar la CE ignorando del complejidad de un sistema jurídico cuyos materiales van agregándose y ajustándose por aluvión.

Muchos derechos sociales forman parte de las estructuras básicas que subyacen a la idea de persona y de la dignidad que le es inherente. Los derechos sociales no se sitúan en una posición subalterna o marginal respecto de los tradicionales derechos fundamentales de libertad. Los derechos sociales son, en muchos casos, una extensión de los propios derechos fundamentales, y se sitúan en una posición de actuación recíproca a fin de garantizar la autonomía social y política del individuo. Así pues, no debe descartarse la "mutación constitucional" de ciertos derechos concebidos como mero principio rector pero que, por vía jurisprudencial, adquieran ese carácter fundamental si su contenido se incluye en la dimensión objetiva de los derechos propiamente fundamentales[141]. En este sentido, se habla de los derechos sociales como un tipo derechos fundamentales "in fieri" o "en potencia" (por el carácter diferido de su eficacia)[142], definidos como derechos fundamentales que requieren de una oportuna intervención legislativa, sujeta a límites,

---

[140] Este es un postulado admitido en la doctrina del TC [STC 45/1989, de 20 de febrero, con cita de la STC 155/1987].

[141] Bastida, F. J.: "¿Son los derechos sociales derechos fundamentales?", *cit*., págs. 148-149.

[142] Carrillo, M.: *Sistema de garantías y suspensión de los derechos y libertades en la Constitución española de 1978*, PPU, Barcelona, 1982, pág. 12.

y de una interpretación judicial que los proteja en su estatus "móvil" de derechos fundamentales[143].

Tampoco la diferenciación entre derechos y principios debe leerse como un binomio que divide lo exigible y garantizado de aquello otro con valor meramente "informador" de la legislación positiva. Por ello, es admisible una interpretación del art. 53.3 CE en el sentido de que la declaración de derechos se divide en función del mayor o menor margen de maniobra del que dispone el legislador a la hora de desarrollarla[144]; puesto que en las distintas *sedes materiae* elegidas por el art. 53 CE para escindir los diferentes niveles de protección hay tanto derechos como principios[145].

Las debilidades de tales principios –en una perspectiva de garantías constitucionales– derivarían de dos cuestiones centrales, que en ocasiones se abordan con un cierto simplismo.

De un lado, quedarían excluidos del recurso de amparo constitucional. Frente a ello, puede señalarse que no es óbice para que consigan articularse a través de dicha vía gracias al denominada "conexión o extensión de derechos" (*litigio "por conexión"*), favorecida, a su vez, por la recepción de la normativa y jurisprudencia internacionales[146]. La litigiosidad social por conexión con el principio-derecho de igualdad ha sido muy relevante en la doctrina del TC, hasta el punto de ser la entrada en nuestro ordenamiento a conceptos tales como la discriminación directa o indirecta, importada del Derecho comunitario [STC 145/1991, de 1 de julio] o de la acción positiva en *pro* de la igualdad [SsTC 128/1987, de 16 de julio; 109/1993, de 25 de marzo]. Que todos los posibles contenidos de un derecho no sean exigibles ante un tribunal no quiere decir que ese derecho no sea justiciable *tout court*.

De otro, se señala que no estarían configurados como verdaderos derechos subjetivos, invocables directamente por los ciudadanos ante los órganos jurisdiccionales[147]. Frente a ello, téngase presente que la única limitación constitucional es la alegación ante los órganos judiciales ordinarios cuando no se hayan desarrollado legislativamente tales principios rectores. Por otra parte, a tenor de lo establecido en el art. 162 CE nada impide su alegación fundamentando un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por los sujetos públicos legitimados para ello. El propio TC ha aceptado la posibilidad de que un principio rector sea utilizado como criterio para resolver sobre la constitucionalidad de una acción positiva del legislador, cuando ésta se plasma en una norma de notable

---

[143] Cascajo Castro, J. L.: "Derechos sociales", *cit*., pág. 37.

[144] Revenga Sánchez, M.: "Los derechos sociales (instrumentos de garantía en la Constitución Española)", *cit*., pág. 101; Cascajo Castro, J. L.: "Derechos sociales", *cit*., pág. 25.

[145] Revenga Sánchez, M.: "Los derechos sociales (instrumentos de garantía en la Constitución Española)", *cit*., pág. 100.

[146] Para una exploración de la justiciabilidad de los derechos sociales por conexión con derechos considerados fundamentales, *vid*. Pisarello, G.: "La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español", *cit*., págs. 56 y sigs.

[147] El TC se hace eco de esta limitación, cfr. SsTC 36/1991, de 29 de enero; 14/1992, de 10 de febrero; 199/1996, de 3 de diciembre.

incidencia sobre la entidad constitucionalmente protegida [STC 45/1989, de 20 de febrero]. Especialmente relevante es su invocación constitucional, puesto que es la garantía de que no haya desarrollo por el legislador competente de regulaciones en estos temas que puedan suponer desviación de poder al ser contradictorias con los principios rectores[148].

La *dimensión objetiva* de los derechos sociales que expresan un conjunto de valores o decisiones básicas de una sociedad, consagrado en el texto constitucional, es lo que le confiere el carácter de *"normas" fundamentales*. Esta vertiente se traduce al menos en su tarea de *informar el desarrollo del orden jurídico infraconstitucional* y en la de erigirse como "parámetro" del juicio abstracto de constitucionalidad. El aspecto más relevante de los derechos sociales es precisamente su carácter de normas o principios objetivos del ordenamiento que vinculan a todos los poderes públicos (incluido el legislador) en la producción, interpretación y aplicación del Derecho. En este sentido pueden actuar de *canon* de validez de la ley [en la doctrina constitucional, *vid*. STC 45/1989, de 20 de febrero; 222/1992, de 11 de diciembre].

Ello no quiere decir que estas funciones no estén exentas de dificultades, algunas de las cuales son las siguientes: el déficit de la jurisdicción constitucional para fiscalizar las omisiones de los poderes públicos (inexistencia de mecanismos correctivos ante la falta de desarrollo de las previsiones constitucionales); con frecuencia sólo alcanza a un contenido mínimo el tipo de acción positiva que se pueda deducir de forma directa a partir de las normas constitucionales; sin normas legales de concreción, muchos de estos derechos no desarrollan su potencial contenido prescriptivo ni identifican el alcance real de su protección (pero cumplida la reserva de regulación, cuya suficiencia normativa es difícilmente fiscalizable, pueden hacer surgir verdaderos derechos subjetivos a favor de sus titulares).

En la *dimensión subjetiva*, la directa determinación constitucional de una situación jurídica individualizada (con el carácter de derecho subjetivo), es la vertiente que se presenta de manera incompleta en los principios rectores, dado que no se fija contenido preciso alguno, para lo que requieren del auxilio de los llamados "derechos de configuración legal". Pero ello no significa que estén exentos o no porten un "contenido material" que merezca tutela.

Los principios rectores de la política social y económica cuentan con la *fuerza activa* de la Constitución, de manera que con su aprobación quedaban derogadas las leyes que se opusieran a ellos [cfr. STC 4/1981, de 2 de febrero, sobre el valor aplicativo de los principios "generales" plasmados en la Constitución –en referencia al principio de igualdad–].

Los derechos y principios rectores enunciados en el Capítulo III del Título I CE están protegidos con la *fuerza pasiva* constitucional, tienen una *vis resistendi* que impide su derogación por cualquiera de los poderes constituidos, salvo en

[148] Peces Barba, G.: "Reflexiones sobre los derechos sociales", *cit*., pág. 101.

caso de reforma constitucional[149]. Así pues, salvo mutación constitucional, son incontrolables por cualquier poder constituido, pues también son inmunes a la hipotética fiscalización del Tribunal Constitucional, que debe someterse a ellos como deben hacerlo los demás poderes públicos. El propio TC ha señalado que el reconocimiento constitucional de tales principios impide considerarlos normas sin contenido y obliga a tenerlos presentes en la interpretación, tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes y demás actos normativos que deban aplicar los órganos judiciales en los procesos concretos de los que se trate [cfr. SsTC 19/1982, de 5 de mayo y 64/1983, de 21 de julio][150]. Téngase presente que son principios que dan contenido al Estado social, bajo la forma de derechos sociales y económicos, y bajo este prisma, participan de las cláusulas esenciales o sustanciales de nuestra Constitución. Así pues, la vinculación de los tres poderes del Estado a los mismos impide que puedan actuar contra ellos, o que puedan realizar políticas o construir jurídicamente en contradicción con estos parámetros[151]. El mandato constitucional de acción favorable implica la prohibición de cualquier actuación estatal que perjudique a estos principios [cfr. SsTC 19/1982, de 5 de mayo; 54/1989, de 20 de febrero]. La regresividad sin un fundamento razonable estaría proscrita respecto de ellos, así como debiera garantizarse la preservación de un núcleo intangible que los haga reconocibles.

El reconocimiento de determinados derechos u obligaciones genéricos en el texto constitucional conforma igualmente un conjunto de *criterios o principios interpretativos favorables o extensivos de las disposiciones en los que se concreten*[152] (*v. gr*. permiten una actuación por vía reglamentaria, sin mediación legal, cuando no exista reserva legal)[153]. Pueden actuar como "mandato de optimización" caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en distinto grado[154], subsidiarios del mercado y como derechos cuyo otorgamiento no debe quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria (establecerían un "umbral mínimo" contra el que

---

[149] Prada Fernández de Sanmamed, J. L.: "Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional",*cit*., pág. 283.

[150] En esta dirección, *vid*. Rivero Lamas, J.: "La garantía de los derechos y libertades constitucionales", en AA.VV., Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M. N. (dirs.): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pág. 1980.

[151] Peces Barba, G.: "Reflexiones sobre los derechos sociales", *cit*., pág. 94-95.

[152] Rodríguez-Piñero, M.: "Justicia constitucional y Derecho del trabajo", en AA.VV., *Constitución y Derecho del trabajo: 1981-1991*, Marcial Pons, Madrid, 1992, págs. 443 y sigs.; en este sentido, al apelar al principio garantista por el cual, ante diversas interpretaciones posibles, se debe dar preferencia a la que permite con mayor efectividad dar desarrollo a la eficacia jurídica de un determinado derecho [cfr. Rolla, G.: *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, UNAM, México, 2002, págs. 179-180].

[153] Tenorio, P.: "El Tribunal Constitucional, la cláusula del Estado social, los derechos sociales y el derecho a un mínimo vital digno", en AA.VV.: *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 268.

[154] Es la diferenciación entre principios o mandatos de optimización y "reglas" de Alexy, R. [*Teoría de los Derechos Fundamentales*, CEPC, Madrid, 2002, pág. 86]: "El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes".

el legislador ordinario no podría operar)[155]. Conviene evitar una "degradación" de los mismos a meros derechos "legales" sujetos a una ilimitada discrecionalidad legislativa. Los derechos sociales también presentan un contenido esencial o mínimo identificable por el intérprete (de manera aproximativa o revisable), aunque la amplitud de la zona de penumbra o del núcleo de certeza dependerá de la concreta configuración[156].Uno de los grandes retos de los derechos sociales fundamentales es alcanzar en sus fórmulas de positivación un contenido mínimo exigible que los haga reconocibles frente al desarrollo legislativo, y que incluso pudiera fundar pretensiones judiciales (lo que los ubicaría en el terreno de la plena "justiciabilidad"). Es decir, debe dejarse claro que su función como mandatos o principios para las políticas públicas no debe empañar la posibilidad del reconocimiento de alguna o algunas dimensiones subjetivas exigibles ante los tribunales[157].

Incluso pueden cumplir la función de *justificar la limitación de derechos fundamentales o de otros bienes constitucionales en virtud del criterio de ponderación* [*v. gr*. SsTC 120/1990, de 27 de junio; 57/1994, de 28 de febrero; 227/1988, de 29 de noviembre; 66/1991, de 22 de marzo; 222/1992, de 11 de noviembre].

Por otro lado, identifican –sin que quepa predicar un carácter exhaustivo o tasado– los grupos de personas necesitados de especial protección, sobre los que legitimar asimetrías de tratamiento –reglas diferenciadoras– compatibles con el principio de no discriminación [SsTC 128/1987, de 16 de julio; 109/1993, de 25 de marzo; 173/1993, de 27 de mayo; 55/1994, de 24 de febrero; 269/1994, de 3 de octubre].

De todos modos, debe tenerse también una amplia dosis de realismo en esta materia, y reconocer que muchos derechos sociales encajan en el concepto de "directrices" (se formulan con remisiones a valores, principios y cláusulas generales), como figuras que se limitan a ordenar a los poderes públicos que persigan determinados objetivos colectivos en buena medida interdependientes, sin pronunciarse acerca de los cursos de acción causalmente idóneos para alcanzarlos. En ellas no suele darse la conexión habitual ente contenido y forma, propia de la figura del derecho subjetivo. Este asunto se encomienda a los órganos de representación democrática. Las normas constitucionales en esta materia no quieren "maniatar" las orientaciones de política socio-económica que prioricen los poderes legislativo

---

[155] Cfr. AlexY, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, *cit*., pág. 495.

[156] *V. gr*. en este sentido, el propio TC, en STC 37/1994, de 17 de marzo, en relación al art. 41 CE, sostiene que: "La garantía institucional del sistema de Seguridad Social, en cuanto impone el obligado respeto a los rasgos que la hacen recognoscible en el estado actual de la conciencia social lleva aparejado el carácter público del mencionado sistema"; así como que dicho precepto "consagra en forma de garantía institucional un régimen público cuya preservación se juzga imprescindible para asegurar los principios constitucionales, estableciendo un núcleo o reducto indisponible para el legislador, de tal suerte que ha de ser preservado en términos recognoscibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar". Lo cual supone la utilización argumento *a simili* respecto de la exigencia respeto legislativo del contenido esencial de los derechos constitucionales, pero en relación a un principio rector de la política social y económica.

[157] Pisarello, G.: "La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español", *cit*., págs. 49 y 50.

y ejecutivo; al respecto, es conveniente recordar que la CE ya nace en plena crisis del estado del bienestar.

De ahí que la tutela de los mismos deba plantearse más en términos de *"interacción" entre instituciones políticas y órganos jurisdiccionales*, como planteamiento coherente con un modelo democrático, incluso confiando la tutela de modo deferente a las autoridades políticas antes que a las jurisdiccionales[158]. El garantismo requerirá también de una cierta dosis de "activismo" judicial, pero siempre en obligada deferencia para con el legislador "razonable", esto es, con el suficiente anclaje jurídico-positivo. Así pues, en muchos de estos derechos reconocidos como principios rectores, salvo que queramos incurrir en una "judicialización de la política"[159], sigue siendo precisa una intervención normativa infraconstitucional que determine sus condiciones, alcance e incluso sus mecanismos de financiación[160].

En este sentido, se dice que se trata de derechos que no se aplican sino que se "implementan". Sobre ellos se trata de administrar medios limitados [STC 97/1990, de 24 de mayo] sobre los cuales –su redistribución– hay que tomar decisiones generales con repercusiones presupuestarias, y ello es tarea más de tipo legislativo y de gobierno [cfr. STC 70/1991, de 8 de abril]. Quiere decirse con ello que el grado de cumplimiento de los mandatos constitucionales sociales, y el grado de efectividad y universalidad en el disfrute de los derechos constitucionales sociales por parte de los poderes públicos deberá formar parte del parámetro referencia con que el pueblo deba adoptar sus decisiones electorales de manera periódica[161], en el contexto de un "conflicto social" y de desmantelamiento de servicios públicos, que ahora aflora con fuerza en período de crisis económica.

Por lo señalado, los instrumentos de tutela judicial heredados de la tradición individualista y patrimonialista pueden resultar no siempre adecuados para la tutela de los derechos sociales[162], que seguirán exigiendo nuevas reformulaciones para alcanzar un grado mayor de efectividad [*v. gr*. acciones de amparo individual y colectivas, las "class actions", el desarrollo de medidas cautelares, la facilitación de acciones de inconstitucionalidad, los recursos por inactuación constitucio-

---

[158] Peces Barba, G.: "Reflexiones sobre los derechos sociales", *cit*., pág. 99.

[159] Sobre este riego, *vid*. Gargarella, R.: "Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?", *cit.*, pág. 14, para el que pedirle al poder judicial que "operativice" los derechos sociales, implicaría una grave afrenta para nuestras convicciones democráticas: de este modo, los jueces pasarían a reemplazar a los legisladores –representantes democráticamente elegidos– en muchas de sus funciones más importantes en materia económica y social.

[160] Sobre el papel del legislador en el Estado constitucional, resultan de sumo interés las apreciaciones de Zagrebelsky, G.: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, cit., págs. 150 y sigs.

[161] Prada Fernández de Sanmamed, J. L.: "Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional",*cit*., pág. 314.

[162] *Vid*. Abrahamovich, V., Courtis, C.: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

nal, la profundización en la inconstitucionalidad por omisión y sus consecuencias jurídicas[163], las sentencias "aditivas" de prestación[164], etc.]. También en el plano del "Estado social administrativo" pueden arbitrarse fórmulas de garantía articuladas en soluciones institucionales diversas.

[163] La figura de la *"inconstitucionalidad por omisión"* se entiende como la "falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación" [Fernández Rodríguez, J. J.: *La inconstitucionalidad por omisión*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 81 y 85]. Esta figura puede servir de impulso a la activación de los derechos sociales de manera directa, pues éstos normalmente se configuran en normas constitucionales de eficacia limitada que se traducen en concretas obligaciones de desarrollo ulterior, y ello en tanto que promueve –según el mecanismo de reacción previsto– la actividad del poder público aporta un respaldo útil e importante a la construcción de la ciudadanía social [Tajadura Tejada, J.: "La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales", en AA.VV., Corcuera Atienza, J. (coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 457].

[164] Prácticamente rechazada por nuestro TC en el caso de los principios rectores de la política social y económica [cfr. STC 45/1989, de 20 de febrero].

COMUNICACIONES

LOS SERVICIOS PÚBLICOS AUTONÓMICOS COMO GARANTÍA DE EFECTIVIDAD DEL DERECHO SOCIAL AL EMPLEO: LA CRISIS ¿RAZÓN O EXCUSA PARA SU DESMANTELAMIENTO?

María Rosa Vallecillo Gámez
Doctora en Ciencias del Trabajo
Universidad de Jaén

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. LA TEORÍA DEL SERVICIO PÚBLICO Y LOS DERECHOS SOCIALES
3. LA ELIMINACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO A MANOS DE LAS NORMAS DE REESTRUCTURACIÓN
4. EVOLUCIÓN O INVOLUCIÓN, ÉPOCA DE RETORNOS Y DE NO PROGRESO

1. INTRODUCCIÓN

Aunque la sabiduría popular mantenga el conocido aforismo que aconseja que "en tiempos de cambios no hacer mudanzas", parece que en momentos como los que vivimos haríamos un flaco favor a nuestra sociedad si siguiésemos dicha recomendación al pie de la letra a la hora de calibrar lo que querríamos esperar de los Servicios Públicos de Empleo. Unos servicios sobre los que en periodos de crisis económica se concentran críticas y expectativas más rigurosas de las que se mantienen en tiempos de bonanza, siendo la ambigüedad en las pretensiones uno de los mayores problemas porque se espera que funcionen tan bien como se precisa en estos momentos difíciles, y que lo hagan lo mejor (y más rápido, si cabe) posible.

La Estrategia Europa 2020, aprobada por el Consejo Europeo marca un giro en la autoconciencia europea y evidencia que ya nada queda de la "hybris" de la Agenda de Lisboa, donde se pretendía ser líderes mundiales con el desarrollo de la economía más competitiva basada en el conocimiento. Ahora se trata de no seguir decayendo, aludiendo a ese concepto tan utilizado en los últimos tiempos, la sostenibilidad. Como expresa Barroso en la introducción "es el momento de reconocer que dejar que las cosas sigan igual nos relegaría a un declive gradual, a la segunda fila del orden global…es el momento de ser intrépido y ambicioso". Pero actualmente Europa y particularmente España, se encuentran enfermas, con algo parecido a una "esclerosis múltiple", en la que el órgano más afectado es el mercado de trabajo y con él los Servicios Públicos de Empleo que se encuentran en un proceso de paralización e inminente muerte, ante el anquilosamiento y el retroceso que sufren.

En las directrices para las políticas de empleo para el año 2002 se plantea por primera vez la necesidad de una modernización de los servicios públicos de empleo. Desde entonces ha pasado mucho tiempo que en España se ha traducido en una ampliación de las competencias territoriales a través de las transferencias de las políticas activas de empleo y de la consolidación de los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas y el desarrollo de instrumentos de desarrollo local, una ampliación de los servicios de intermediación/orientación a través de la contratación de orientadores y promotores de empleo y de la puesta en marcha de herramientas "on line", un refuerzo de la oferta formativa o una leve mutación de la misma a partir de la introducción de nuevas modalidades demandadas por la evolución del mercado y destinadas al refuerzo de actividades "sostenibles", lo que en definitiva fue redundando en un servicio público de empleo "mas social".

Desde los inicios de la crisis la situación se ha ido modificando, hasta tal punto que en los últimos dos años hemos venido asistiendo al desmantelamiento de algunos, muchos, servicios públicos de empleo de las comunidades autónomas. Este trabajo intentará ahondar en las causas y las consecuencias de estas medidas, desde la perspectiva de la pérdida de un derecho social, vinculado a la prestación de este servicio público.

Los Servicios Públicos de Empleo deberían a jugar un papel crucial en esta dinámica nueva en la que no solo existe desempleo sino un mayor número de transiciones en el empleo a lo largo de la carrera profesional. De hecho son los instrumentos para facilitar y apoyar esas transiciones a través de las medidas adecuadas de prospección, orientación, activación y aprendizaje.

La actuación de los Servicios Públicos de Empleo, es pues determinante, en una época difícil como la que nos envuelve, para acompañar y promover los cambios en el acceso y la mejora del empleo y facilitar la adecuación permanente de los trabajadores al nuevo modelo productivo hacia el que se ha de avanzar.

En el resto de Europa se están reforzando los Servicios públicos de Empleo tanto para afrontar la actual crisis como para configurar, de cara al futuro, estructuras con un mejor modelo de gestión y prestación de servicios. Se están potenciando los sistemas de orientación profesional, se actualizan las webs y los instrumentos digitales para un amplio acceso a internet de todos los servicios que prestan, se extiende la participación en la formación para el empleo y se vincula esta cada vez más activamente a la cobertura económica por desempleo a la participación activa en la búsqueda de empleo y en la mejora profesional. Todo ello en un contexto de adecuación de espacios físicos y de personal a los nuevos requerimientos del servicio. En España también se están produciendo cambios, pero lejos de procurar una adaptación a las circunstancias nos encontramos en un cambio de patrón desde lo público a lo privado asumiendo una mercantilización del servicio.

Un documento conjunto de la Comisión Europea y del Comité de Empleo presentado en junio de 2010, constata como la crisis económica ha propiciado la demanda de muchas exigencias a los Servicios públicos de Empleo y ha puesto a prueba su adaptación institucional y capacidad de activación situándolos en el centro de atención de la lucha contra el desempleo. Por ello, a pesar de las serias limitaciones presupuestarias muchos gobiernos de la UE han invertido en recursos y aumentado el personal de los SPE – en España cada vez más reducido - a fin de abordar el incremento de su carga de trabajo y ayudar a las personas desempleadas a encontrar un empleo y se esperaba, como está ocurriendo, un posterior refuerzo posterior a 2010 ya que ha crecido la presión para aportar servicios o reorganizarlos, en base a una clientela cada vez más diversificada. En general, según valora el documento, los SPE en Europa han demostrado un claro nivel de adaptación y flexibilidad. Se destaca también en el documento, como las intervenciones tempranas y el aumento de capacidad de respuesta de los SPE, van de la mano con un mayor énfasis sobre las responsabilidades de quienes buscan empleo y que el reconocimiento y certificación de niveles de cualificación es un instrumento que merece mayor atención.

Los Servicios Públicos de Empleo responden a las necesidades que comporta la gestión derivada del incremento de demanda a la vez que se adecuan a los cambios y adaptan sus organizaciones y funciones a un nuevo contexto que se concreta en el cambio estructural que implica la sociedad del conocimiento y los cambios en el empleo.

Es necesario, con estas circunstancias, identificar los nuevos paradigmas del empleo para adaptarse a las tendencias de futuro, a las nuevas formas de trabajar, a la nueva configuración de las organizaciones, teniendo presente que evolucionan a gran velocidad, lo que exige unos sistemas más flexibles, abiertos y ajustados a la realidad para lograr que sean eficaces y eficientes.

El panorama actual con el que tienen que lidiar los Servicios Públicos de Empleo tiene como escenario de referencia la magnitud de la situación de desempleo que ha producido la crisis, con el fondo de las especiales dificultades para el crecimiento y la creación – o la no destrucción - de empleo. Esto supone un alto volumen de trabajo al que hacer frente con unos recursos cada vez más limitados, por el proceso de destrucción progresiva de los servicios públicos de empleo territoriales o la merma de los mismos, que en estimaciones de la OIT suponen una carga de trabajo promedio equivalente a 450 usuarios por trabajador de los SPE[1], una cifra quince veces más elevada que la existente en países con mucho menos desempleo –Alemania, Inglaterra, Dinamarca– y notablemente superior a otros de los países europeos altamente afectados por la crisis como Irlanda o Portugal. A esto debemos de sumar una heterogeneidad de usuarios con perfiles, necesidades y posibilidades muy variadas que complica el quehacer con la diversidad de tareas a afrontar –recualificación, reclasificación, orientación…– con personas de baja o muy baja cualificación y disponibilidad igualmente diversa.

Pero con todo esto, no podemos dejar de lado los bajos resultados mantenidos en lo que a intermediación se refiere, situación que ha venido señalándose por los informes internacionales. No es este un problema baladí porque la dificultad que supone gestionar una cifra notablemente baja de las colocaciones se suma la facilidad con la que dicho dato se utiliza como demostración - a veces interesada y malévola, aunque no por ello menos real – de otros problemas mayores que van desde la eficacia de todo el sistema habilitado por los Servicios Públicos de Empleo y la mala imagen en el tejido empresarial, como adalides de la actual situación.

Se precisa una adaptabilidad permanente de los trabajadores y trabajadoras, de forma que dispongan de competencias clave y capacidades transversales para la permanencia en el empleo. Y la formación para el empleo que facilitan los SPE, debería ser el componente que permite optimizar con eficiencia para el sistema productivo, las competencias adquiridas en el sistema educativo.

Se presentan por delante, pues, una serie de retos a tener en cuenta en la configuración del análisis de situación:

- Ampliar las oportunidades y personalizar las respuestas mediante el amplio uso de herramientas web accesibles, gratuitas y bien posicionadas en internet.

[1] OIT. "Cómo lograr una recuperación sostenible. Medidas nacionales innovadoras". Instituto de Estudios Laborales. Ginebra. Disponible en: <http//www.ilo.org/public/english/buerau/inst/download/syn_s.pdf>.

- Establecer una vinculación adecuada, entre la actividad de la persona en desempleo y la cobertura económica que disponen, de forma que mejore su situación profesional y se reduzca en lo posible el tiempo de permanencia en el desempleo.
- Complementar las actuaciones de los diferentes servicios territoriales, estatales, regionales y locales, haciendo transparente su contenido y resultado, a fin de lograr la mayor eficiencia en la gestión de los recursos disponibles. Lograr también la mejor complementariedad con los servicios que presta la iniciativa privada.
- Generar confianza en el sistema nacional de empleo, entre los usuarios y en el conjunto de la sociedad, haciendo visible la actuación complementaria de los distintos actores públicos y privados que intervienen mostrando resultados eficaces.

Los retos que hemos enumerado nos obligan a profundizar sobre la tipología de organización adecuada a la realidad presente y con sentido de futuro y sobre cuales son las barreras que en los sistemas actuales burocratizan y obstaculizan las respuestas ágiles.

2. LA TEORÍA DEL SERVICIO PÚBLICO Y LOS DERECHOS SOCIALES

La crisis financiera del estado social y la ruptura del compromiso keynesiano vigente durante los años de la postguerra han determinado un cambio sustancial en las concepciones sobre el papel que corresponde al estado en la vida social. Del paradigma del estado gestor, caracterizado por su vocación de asumir mediante su actuación directa la atención de las necesidades más relevantes de los ciudadanos, se ha pasado en las últimas dos décadas al del estado contratante, cuyo rasgo más relevante está constituido pos su propensión a comprometer al sector privado en la atención de tales necesidades mediante el recurso a técnicas diversas.

Por expreso deseo del legislador la denominada descentralización productiva forma parte de los cometidos de una determinada empresa o agente económico, y no solo puede ser utilizada con libertad en el ámbito privado, sino también en el sector público, algo que, por lo demás, ha venido ocurriendo con una frecuencia cada vez mayor en los últimos años, en los que la externalización de servicios públicos ha terminado por convertirse en una "socorrida técnica instrumental de ejercicio de funciones públicas", a través de la cual, las diversas Administraciones ejecutan una parte muy importante de las actividades que les son encomendadas, pero sometiéndolas a fórmulas de derecho privado[2].

[2] GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I y GOÑI SEIN, J.L. "Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contratas", en AA.VV Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000. Pág. 133.

La consecución de objetivos en el plano laboral se sitúa fuera del ámbito de la fundamentación nuclear de la conveniencia del recurso a la privatización de la gestión de los servicios públicos. Esta apreciación guardaría coherencia, al menos desde el punto de vista formal, con la configuración técnica de este instrumento.

La institucionalización de la cuestión social del empleo - o mejor, del trabajo, en tanto que estatuto de derechos profesionales de la persona – es la máxima expresión de un proceso de "re-mercantilización" del trabajo que pone el énfasis solo en un enfoque de carácter cuantitativo, cuando la institucionalización de la cuestión social de trabajo había representado la máxima "des-mercantilización" de la relación de trabajo. Hablar de la institucionalización del empleo es hablar también de los estatutos de protección de personas en los procesos de demanda de empleo y de desempleo[3].

El derecho social del trabajo ha asumido configurado el mercado de trabajo como institución social, evitando que fuera un mercado productivo más. Pero el mercado de trabajo está entre los más institucionalizados socialmente por la importancia del bien que organiza y ordena en el que la forma que adopta es el intercambio de carácter jurídico y económico, de servicios profesionales a cambio de una retribución. Cuando las condiciones del mercado de trabajo permitían a quienes querían acceder a él, poder hacerlo, de una u otra manera, el derecho social del trabajo se ocupaba de poner las condiciones para que ese intercambio se realizara con las mayores garantías. Para ello contaba con la más antigua de sus instituciones, los servicios públicos de empleo, para casar oferta y demanda, en un mercado en relativo "equilibrio". Es cierto que este equilibrio ha sido siempre inestable, aun en los mejores tiempos, incluso en aquellos en los que la obligación de acudir a buscar a los trabajadores a los Servicios públicos de empleo, suponía unos niveles aceptables de intermediación, a sabiendas de los mecanismos de funcionamiento y el poco o ninguno rigor en el análisis de las demandas de los empresarios.

Pero desde hace ya cuatro años el aparente equilibrio está en cuidados intensivos y el acceso al mercado de trabajo casi se ha convertido en un inalcanzable sueño para muchas personas, que no encuentran las oportunidades de entrada. En este contexto la cuestión social relevante ya no es solo la garantía de unas condiciones dignas de un puesto de trabajo, por lo que se hace necesario fomentar las instituciones – herramientas o dispositivos – que están orientados a mantener y procurar el mayor número de ocupaciones posible, en la que el papel principal, en lo que a políticas se refiere - lo tienen los servicios públicos de empleo.

La promoción del crecimiento económico implica el estímulo público de la demanda de bienes y servicios que llevará a la creación de empleo, aunque el empleo no es una variable automática del crecimiento económico sino un valor económico y

[3] MOLINA NAVARRETE, C., en MONEREO PEREZ, J.L. y otros. "El Derecho del Empleo: caracterización y sistematización como rama jurídica y como disciplina científica autónoma dentro del derecho social". Manual de política y derecho del empleo (Instituciones, Relaciones de empleo, Marco Legal de las Políticas Públicas y Derecho Social del Empleo), pág. 120.

social añadido al mismo. Ejemplo claro son las distintas consecuencias de las actuaciones elegidas por cada país para dar solución al problema del desempleo generado por la crisis. Mismos entornos socioeconómicos pero culturas e instituciones del mercado de trabajo diferentes tienen distintos resultados. Alemania o Francia han sufrido una merma de 2 puntos porcentuales mientras que España ha multiplicado esa cifra por 10 y está incrementando los índices de pobreza, en tanto que otros entornos diferentes han conseguido reducir la pobreza e incrementar las tasas de empleo, Brasil es el mejor ejemplo. Después de la década perdida que sufrió Latinoamérica durante la cual las políticas de contención fueron un claro ejemplo de incremento de los índices de desempleo, pobreza y destrucción social, comprobamos que nada hemos aprendido de la experiencia ajena, previa y actual.

Con este panorama, el empleo, como valor social, requiere dispositivos adecuados para lograr el equilibrio que se confía a las instituciones – normas, políticas sociales y políticas públicas – porque es un valor independiente de ellas y no solo del mercado, y de las que se espera que estén dispuestas a actuar y que funcionen. Además son los ejecutores de las políticas de empleo que ostentan la responsabilidad de diseñar y poner en práctica el crecimiento económico, condición necesaria pero no suficiente para el incremento del empleo y la mejora del mismo, añadiendo valor económico y social al crecimiento mismo.

Además de la consideración de objetivo de rango comunitario y constitucional, también tiene un valor estatutario, al aparecer reflejado en todos los estatutos de autonomía de segunda generación de España. El fin que se persigue es el principio de estabilidad en el empleo, mediante la conservación de sus condiciones de trabajo a las que se aplicaría ahora el principio de protección del empleo, pero ¿cómo se instrumenta esto ante la reducción de los dispositivos de protección de los derechos de la persona en el mercado de trabajo y de la empleabilidad?

Lo que está ocurriendo es un traslado de buena parte de los recursos públicos desde el trabajo al capital, en el caso que nos ocupa, con la destrucción masiva de los servicios públicos de empleo de las comunidades autónomas y dejando el mercado abierto –normativamente la reforma ya lo había hecho– a la gestión privada del empleo con el consiguiente traslado de fondos públicos a la empresa que suponen la reducción de los costes sociales asociados al factor trabajo. ¿Dónde se encuentra pues, el principio de servicio público como garante del derecho social al empleo?

Las políticas activas y los servicios públicos –aunque también los privados– de empleo integran un estatuto jurídico subjetivo desde la publicación de la ley de empleo, típico del derecho social del trabajo, actuando antes de entrar en la relación laboral, como una vez extinta la misma. En este sentido el derecho social trata de configurar un estatuto jurídico específico para todas las personas a través de la prestación de un servicio cuyo objeto es la promoción y la garantía de las oportunidades de empleo en el mercado. Esto configura pues un derecho subjetivo de todas las personas a personas, a que se les proporcionen oportunidades efectivas de acceso, mantenimiento y transición al y del empleo, además de un derecho objetivo

Las consecuencias de estas circunstancias son que los ciudadanos no tienen, durante periodos más o menos amplios, cobertura para sus necesidades por la desatención a problemas y el decaimiento de derechos, y la precariedad afecta a un aparte notable de los profesionales de los programas de empleo, sin que tras ello exista la voluntad de generar una "mejora antinatural de la empatía hacia los desempleados" a través de la vivencia personal del desempleado y los servicios y programas vinculados a los mismos deben considerar la discontinuidad y la permanencia en el tiempo de desempleo, como un problema añadido al que es necesario hacer frente.

Pero los argumentos no quedan tan solo en la merma de derechos subjetivos que supone la supresión y desmantelamiento de los servicios públicos de empleo de ámbito de las Comunidades Autónomas. El respeto del mandato de eficacia contenido en el artículo 103.1 CE impone un cambio de rumbo, que rescate lo que este tipo de técnicas pueden tener de útil para la mejora de la calidad y la eficiencia en la prestación de los servicios públicos, cerrando el paso a su uso con otros fines claramente reprobables por sus negativos efectos sociales. Pero no solo se atenta contra el mandato de eficacia, sino también contra los que les siguen en la redacción "descentralización, desconcentración, coordinación". El modelo de Sistema Nacional de Empleo diseñado en la ley de empleo, establece una composición del mismo descentralizada, en consonancia con la Constitución.

Cosa distinta es que el Autogobierno esté obligado a crear un servicio público especifico, lo que nos lleva a la dialéctica entre "servicio público-institución" y "servicio público-prestación". La Comunidad puede crear o no un servicio público de empleo específico, o mandar las competencias a un departamento más general… Pero lo que no puede es, si asume en sus Estatutos la competencia, no ejercerla… O lo que tampoco podrían el Estado es hacer normas y políticas que atribuya prácticamente todo al Servicio central y deje a las CCAA.

3. LA ELIMINACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO A MANOS DE LAS NORMAS DE REESTRUCTURACIÓN

España, como ya hemos hecho referencia, es el país con la mayor tasa de desempleo de la UE, superando el duplo de la media comunitaria. Estas cifras desalentadoras obligarían a buscar estrategias nuevas de gestión de los servicios públicos de empleo, con el objetivo de que todos los desempleados recibiesen algún tipo de atención que le proporcionara herramientas adecuadas a sus necesidades de inserción, para su incorporación en el menor plazo posible, al mercado de trabajo.

Pero lejos de afrontar este reto ante una demanda creciente de desempleados – la tan traída y llevada mejora de los servicios públicos de empleo presente en toda la normativa reciente de reformas -, la reestructuración de los servicios públicos devenida de las normas de ajuste y de reducción del gasto – las de austeridad – ha traído la "muerte" por desaparición de los servicios públicos de empleo autonómicos, en unos casos y en otros el "coma inducido" por privatización de los mismos.

Esto contradice las dos líneas de actuación que se pretende promover y promover como principales desde las instituciones internacionales –OIT, OCDE, WAPES…– la mejora en la gestión y la modernización de los servicios. Cuando se habla de introducir mejoras en la gestión se está hablando de establecer unos criterios de contrastación de la eficacia y seguimiento de los resultados desde un enfoque similar al utilizado en ámbitos empresariales. Ello implica en general, por un lado establecer un elemento de comparación, que dadas las circunstancias, serán los servicios o agencias privadas de colocación, con las que se pueda realizar un posicionamiento – por ejemplo a través de la estrategia "contestability" que persigue establecer los elementos comunes entre los SPE y las Agencias Privadas de cara a poder, ulteriormente, establecer criterios e indicadores de resultados. Por otro, organizar una definición de responsabilidades y funciones en los procesos de toma de decisiones y ejecución de los servicios similares a los de los "mercados privados", delimitando quienes asumirán la responsabilidad de "provisores" y quienes de "compradores", entendiendo como tales quienes, por un lado, tutelan y por otro asumen y determinan las necesidades que tendrán los usuarios de los servicios, estableciendo, en la medida de lo posible, la delimitación de las condiciones de contratación de los modelos que prestan los servicios.

Pero no podemos ni debemos perder de vista que existe un condicionante internacional en torno a los servicios de colocación. Tanto la OIT como la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales establecen el derecho de todo ciudadano a un servicio de colocación gratuito… Por tanto, en esta dimensión –intermediación–, una eventual desaparición de un servicio público autónomo y su disolución en un departamento administrativo genérico podría plantear esos problemas de constitucionalidad –el artículo 10.2 CE exige interpretar las normas nacionales conforme a las internacionales–. Pero afirmaciones como esta exigen matices, y no puede desprenderse con radicalidad, dado que la Constitución no determina un único modo de organización de una prestación.

Respecto de la modernización de los servicios, el núcleo principal de recomendaciones se sitúa en el uso de herramientas y soportes técnicamente avanzados que faciliten el uso y aprovechamiento por parte de los usuarios. Dicha recomendación que hace referencia fundamentalmente a la generación de plataformas basadas en las tecnologías de la información y la comunicación, basadas en la generación de un enfoque preventivo y curativo, es un tópico desde hace décadas, desde que se viene insistiendo en métodos de activación y perfilado. De todos modos en las circunstancias actuales, los programas dirigidos a "individualizar o personalizar las actuaciones o tratamientos" deberían de ser una actuación clave.

La primera Comunidad autónoma en dar el paso de extinción del servicio público de empleo, fue la Comunidad de Madrid, quien por Decreto 98/2011, de 7 de julio, acogiéndose a la posibilidad que da la Ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma para 2011 de suprimir organismos autónomos por razones de política económica, presupuesta u organizativas. A tal efecto, procede concretamente a la supresión del organismo autónomo "Servicio Regional de Empleo", creado por la Ley 5/2001 de 3 de julio, justificándola en la introducción del texto porque el nuevo

gobierno surgido de las elecciones del 22 de mayo tiene entre sus objetivos "optimizar la eficacia de la administración autonómica y avanzar en la contención del gasto público y austeridad en la actuación administrativa". La supresión del servicio fue duramente criticada por las organizaciones sindicales quienes, en un escrito conjunto entendiendo que se vulnera el artículo 5 de la ley 5/2001, de 3 de julio de creación del servicio regional de empleo, al no haberse seguido los conductos reglamentarios para su extinción y la Ley 56/2003, de empleo, al suprimir una estructura que forma parte del Sistema Nacional de Empleo – compuesto por el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas -. Igualmente consideran que se suprime unilateralmente la participación de las organizaciones sociales en un órgano que fue creado por consenso.

La siguiente Comunidad Autónoma fue Castilla la Mancha, con el mismo argumento de suponer "un ahorro en los costes de gestión y más eficacia en la prestación, al haber integración plena". Se completa el mismo con la justificación –"excusatio con petita accusatio manifesta est"– de que tal supresión no supondrá la eliminación de ninguna prestación sino de la mejora del servicio que correrá directamente a cargo de la administración regional y no de un organismo autónomo.

Pero no son las únicas, a ellas se han sumado Canarias, La Rioja, Baleares, Asturias…y seguro que no queda ahí el listado, el modelo evoluciona hacia la desaparición. El caso de Andalucía es singular, de momento, no ha optado por la supresión del SAE, pero sí lo ha llevado a un estado "zombie" al desmantelar sus servicios; formación a educación, intermediación y desarrollo local al paro –promotores de empleo, unidades territoriales de empleo, orientación–.

Todas estas decisiones autonómicas plantean otro nivel es el de oportunidad, e incluso de efectividad de la tutela, de modo que puede pensarse que el levantamiento de actas de defunción a diestro y siniestro de Servicios Públicos autonómicos de Empleo, e incluso de los locales, supone una extraordinaria merma de eficacia de la protección y, en consecuencia, la frustración del proyecto constitucional en sentido sustantivo, aunque no pueda determinarse la inconstitucionalidad. El programa constitucional no es de mínimos, sino de básicos y estándares suficientes…

La desaparición de las políticas de empleo y sus servicios, o viceversa. De la AGE al servicio público especializado, ahora el futuro se escribe eliminando el servicio, con acta de defunción y retornando a la administración indiferenciada…

4. EVOLUCIÓN O INVOLUCIÓN, ÉPOCA DE RETORNOS Y DE NO PROGRESO

Para realizar este análisis, conviene partir de examinar el fenómeno desde dos perspectivas distintas. La primera de ellas, permite centrar la atención en los procesos de reorganización administrativa que se sitúan en la base de la externalización de la prestación de un servicio por parte de los entes públicos que venían asumiendo de forma directa su realización.

La externalización de los servicios contribuye a reducir la seguridad, la estabilidad y las garantías que las normas laborales han venido asegurando a los trabajadores sujetos a una relación de dependencia[4]. El trabajo prestado en régimen e dependencia pierde, así, como consecuencia de su trasvase del ámbito público al privado, algunas garantías básicas de las que contribuyen a asegurar su calidad, tornándose "precario e inseguro", pese a que su régimen jurídico sigue siendo formalmente el mismo.

La reformulación de dicha política es antes que nada, una responsabilidad y un deber de las Administraciones Públicas. La reducción de costes de prestación de los servicios públicos que se consigue a través de estas técnicas no puede ser considerada, como parece estar ocurriendo, como un valor absoluto. Y ello porque se sitúa en manifiesta contradicción con las políticas de fomento de la calidad del empleo. La precariedad fomentada por este tipo de técnicas está en condiciones de afectar igualmente a la eficacia en la prestación de los servicios públicos, que no pueden ser atendidos del mismo modo si se degradan las condiciones del servicio.

Una situación en la que se produce un incremento tan demencial de demandantes de empleo exige, además de las mejoras en la gestión y modernizaciones de los servicios, realizar un mayor esfuerzo de atención. Respecto de la naturaleza de dicho esfuerzo parece que existe un cierto acuerdo en dos elementos clave, la expansión de recursos y al cooperación con las partes interesadas, y un cierto debate respecto de la "ampliación de la idea de cooperación" a las Agencias Privadas de Colocación.

Según se recoge en un informe de la OIT[5], compilado con la ayuda de AMSPE/WAPES y los Servicios públicos de empleo nacionales, las medidas adoptadas por los diversos países para hacer frente a la avalancha de demandantes producida por la crisis, dándose un punto común en todas las soluciones adoptadas: el incremento de recursos –humanos y materiales– para atender a los demandantes con fórmulas diversas que comprenden desde "servicios móviles" a diversificación de los servicios especializados en colectivos específicos.

Existe un acuerdo entre las instituciones internacionales que insiste en la necesidad de unos modelos organizativos en los que prime la integración de las políticas activas y la asociación y la colaboración estrecha con las entidades e instituciones que constituyen "partes interesadas en las mismas", además del concurso al diálogo y la cooperación con entidades patronales y sindicales, instituciones de formación, entidades públicas y privadas dedicadas a la promoción del empleo…

En lo que se refiere al papel con el sector privado y las agencias de empleo, con posiciones poco unánimes y claras diferencias en los modelos adoptados, desde hace un tiempo se plantea como una parte de las respuestas encaminadas a

---

[4] RIVERO LAMAS, J. "La descentralización productiva y las muevas formas organizativas del trabajo". Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Descentralización productiva, nuevas formas organizativas del trabajo. Madrid. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2000. Pág. 33

[5] OIT. "Respuestas de los Servicios Públicos de Empleo a la Crisis Económica Mundial". Noviembre 2009

la extensión y diversificación el establecer un marco de cooperación con Agencias Privadas de empleo que puedan recibir – o no – respaldo económico para desarrollar su labor. Algunas instituciones internacionales – OIT, WAPES – están claramente posicionadas a favor de esta colaboración por su condición de portavoces o ejemplos de estas agencias. Por encima de un debate en el que aunque rápidamente se mezclan aprioris ideológicos con desconfianzas respecto de las posibilidades, los servicios públicos de empleo, hay que insistir en que respecto de tales agencias tal vez lo más importante es considerar qué modelo de cooperación puede ser más oportuno conociendo el conjunto de estudios que se han realizado al respecto y en los que el propio Banco Mundial señala, dada la diversidad de enfoques y lo variado de los resultados, la necesidad de adoptar medidas adaptadas a cada geografía[6], lo que para esta autora no supone una novedad sino una necesidad.

Al mismo tiempo se evidencia una profunda incoherencia del modelo, que dice buscar el empleo en un modelo en el que todo se sacrifica, y que hace que "todo valga", incluso el desmantelamiento de los estándares clásicos del trabajo asalariado y su estatuto de seguridad y garantía de dignidad, pero luego, en la verdad, se procede a laminar todo el entramado institucional, amén de reducir al mismo tiempo las políticas activas… Por tanto, no es que se mute el modelo institucional infraconstitucional, favoreciendo el retorno a departamentos indiferenciados de gestión administrativa de los programas, sino que son los programas mismos los que o están zombis o fenecen…

De todas maneras es necesario plantearse si esta nueva situación de mercantilización del servicio público justificada en una reconversión – evolución – o una sustitución – involución – progresiva de las oficinas de empleo, entendidas como costosas e ineficientes, por otras más eficientes y menos costosas oficinas/agencias privadas de colocación , permitiendo que las empresas privadas de intermediación acreditadas colaboren con las públicas en la provisión y gestión y otorgando así mayores oportunidades de elección a los usuarios de estos servicios, garantiza la prestación del servicio. No estamos en contra de la apertura a la colaboración privada, pero siguiendo un modelo de búsqueda de la eficacia y la eficiencia basado en la colaboración bien instrumentada y transparente, pero no estamos en absoluto de acuerdo en que esto suponga una reducción del coste de lo público. El coste social se multiplica exponencialmente con la supresión del servicio público, no solo por la merma de derecho social que supone para los desempleados sino también porque la pretendida reducción del coste del servicio no lo es tanto al suponer reducción de personal que pasa "al otro lado de la ventanilla".

---

[6] Resulta interesante estudiar el trabajo de FAY, desarrollado bajo los auspicios de la OCDE en el que se revisan los modelos de cooperación y modalidades de "pago o subvención" con las Agencias Privadas, con vistas a no olvidar que en todo un conjunto de casos dicha cooperación no ha ampliado la cuota de mercado – SPE y Agencias privadas competían teniendo costes similares y pocos beneficios añadidos – y que en dicho documento la fórmula de "pago por resultados" es una de las prácticas recomendadas. FAY, G.R., "Making the public employment service more effective through the introduction of market signals". OECD Labour Market and Social Policy Occasional. OCD Publishing. Paris. Disponible en http//dx.doi.org/10.1787/031348351683

Y, por supuesto, es evidente que tras esa eliminación, o disolución del modelo específico de empleo como servicio público autónomo y diferenciado de gestión administrativa, se puede estar ocultando, y creo que así es, la privatización del mismo, de modo que sean las agencias privadas de empleo, ocupen el espacio que ahora se libera… Y aquí sí reemerge un problema de constitucionalidad, en la medida en que se privatice en exceso esa gestión. El que se dediquen partidas específicas a tal fin en la LPGE/2013 –los célebres 20 millones de euros-, mientras se retira para servicios y políticas activas… nos da una pista en esa dirección.

Lo primero por tanto, sería alcanzar un consenso sobre cómo medir la eficacia de los servicios de empleo, pero sobre todo debemos reflexionar y debatir sobre cómo debe ser el sistema Nacional de Empleo que necesitamos, con las mutaciones que a nivel territorial está sufriendo, ahora para responder a la crisis, pero también mañana para construir el mercado de trabajo que queremos. Para eso lo que tenemos que hacer es ordenar y regular la actuación de todos los actores que operan en el mercado, asegurando los principios de igualdad, transparencia, gratuidad para los trabajadores y calidad en el empleo. Participación de los agentes sociales y centralidad de lo público. Hoy tenemos la urgencia de construir un servicio público de Empleo eficaz, capaz y solvente, con mayor y mejor dotación de recursos humanos, organizativos y tecnológicos; un nuevo sistema de formación profesional y de reconocimiento de las competencias de los trabajadores. Nada de todo esto pasa por la descapitalización de los servicios públicos, por la externalización de sus funciones nucleares ni por su debilitamiento como garante de un derecho social.

LA TUTELA DE LOS DERECHOS SOCIALES A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

José Sánchez Pérez
Profº Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO

1. DERECHOS SOCIALES Y ESTADO SOCIAL
2. LOS MECANISMOS DE TUTELA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL
   2.1. La congruencia
   2.2. La exigencia de motivación
   2.3. Ausencia de error patente
   2.4. El juicio de razonabilidad y la razonabilidad reforzada
3. LOS DERECHOS SOCIALES Y SU TRATAMIENTO INDIVIDUALIZADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
   3.1. Reforzamiento de la conexión del artículo 24.1 CE con el derecho a la libertad sindical
   3.2. La adecuación de las interpretaciones judiciales a los valores de alcance constitucional: vacaciones y libertad de decisión
   3.3. Derecho a la no discriminación por razón de sexo en el despido de la mujer embarazada
   3.4. Vulneración del principio de igualdad de trato en la ley y discrimación indirecta por razón de sexo. Inconstitucionalidad y nulidad del artículo 12.4 ET (redacción de 1995).
4. BIBLIOGRAFÍA

1. DERECHOS SOCIALES Y ORDENAMIENTO LABORAL

A la hora de identificar el hito histórico que propicia el reconocimiento de los derechos sociales resulta obligado dirigir la mirada hacia la Revolución Francesa (1789) como el punto de partida a partir del cual los modernos Estados nacionales comienzan a regular jurídicamente los derechos humanos –también libertades civiles–, los derechos naturales, inalienables o fundamentales del hombre. En este contexto, los derechos civiles y políticos surgen como el reclamo del liberalismo inspirador de la Revolución Francesa, como *«ariete»* referente para derribar al orden monárquico absolutista. Sin embargo, la igualdad de oportunidades que se preconizaba distaba mucho de encontrar una traducción en la realidad.

En un primer momento los revolucionarios del siglo XVIII, que llevan a cabo la positivación de los derechos del hombre y del ciudadano, consideran suficiente la simple declaración de la igualdad, pero sin acometer su desarrollo normativo[1]. Pese a ello, desde aquel momento histórico, ya hubo intentos de asegurar la plenitud de los derechos naturales en el interior de la sociedad, subrayándose la idea de que *«el hombre debe vivir de su trabajo y todo hombre que no puede trabajar debe ser socorrido»*[2].

Con el avance del constitucionalismo social del siglo XX se proclaman junto a los derechos y deberes del individuo, los llamados derechos sociales y económicos del trabajador viniendo a configurar así los derechos laborales[3]. Las constituciones sociales vienen así a elaborar un sistema político de Estado Social y democrático de derecho que introduce una nueva fórmula de legitimación del poder establecido que sustenta su racionalidad jurídica en el procedimiento democrático (legitimación formal) y en la realización del principio del Estado Social (*«cláusula»* del Estado Social)[4]. Con el Estado Social se extiende el modelo del *«Estado del Bienestar»* definido como

---

[1] Para hacer frente a la positivación del derecho de igualdad, como indica RUBIO CASTRO, se establece la naturaleza como regla de igualdad, de modo que basta *«ser hombre para ser igual»*, lo cual ofrecía el rasgo positivo que permitía representar a sujetos diferentes como iguales, pero, por otra parte, la igualdad se revela como meramente artificial y formal, siendo claramente insuficiente para generar cambios sociales. "El derecho a la igualdad y a la no discriminación", en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, Mª N. (dirs.), Comares, Granada, 2001, pág. 929.

[2] A este respecto CASCAJO CASTRO, recordando el proyecto de SIEYÈS, interpreta que estamos obligados a interrogarnos sobre el origen de los derechos sociales atribuidos demasiado cómodamente a la irrupción del movimiento popular. Aprecia desde esta perspectiva que, tanto ayer como hoy, lo que se ventila y está en juego en la condición humana son precisamente los derechos sociales. "Derechos sociales", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 37, pág. 13.

[3] Indica MONEREO PÉREZ que se produce una equiparación jurídico-política de los derechos de la persona y los derechos subjetivos del ciudadano en su condición de trabajador por cuenta ajena. "*Derechos sociales de la ciudadanía y Ordenamiento Laboral*", CES, Madrid, 1996, pág. 120.

[4] La recepción constitucional de los principios y derechos laborales se configura, según describe MONEREO PÉREZ, como un largo y controvertido proceso histórico que parte de la proclamación en la parte dogmática de las constituciones lo que se estimaba como *«derechos naturales de la persona»,* esto es, los derechos del hombre como individuo (esencialmente la propiedad privada y la libertad individual). Se trataba de los derechos de la burguesía emergente, garantizados por los textos constitucionales, en calidad de prototipo de sociedad constituida jurídicamente. *Ibidem*., cit., pág. 119 y 121.

una fórmula del poder político destinado a asegurar una protección social y bienestar básico para los ciudadanos[5]. Pese a ello, como apunta Ferrajoli, la satisfacción de los derechos sociales es costosa, exige la obtención y la distribución de recursos y por ello se enfrenta a la lógica del mercado o cuando menos muestra límites a éste[6].

Los principios, democrático y constitucional, deberían impedir la disposición automática, y sin límites de los derechos sociales, en la medida en que, por lo general, no se configuran como normas de potencial autodisposición, ni son totalmente indisponibles para el legislador[7]. Matiza Ferrajoli en relación a los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacerlos, de modo que ni siquiera por unanimidad se puede legítimamente decidir acerca de la violación de un derecho de libertad o *«no decidir la satisfacción de un derecho social»*. En tal sentido, los derechos fundamentales en cuanto están garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad tanto del mercado como de la política, actúan no solo como factores de legitimación, sino que conforman la esfera de lo indecidible tanto en sentido positivo como negativo –respecto de las decisiones que se toman y respecto de las que no se toman–[8].

En la actualidad el Estado Social se ha vinculado directamente a una actividad de todos los poderes estatales de modo que éstos quedan obligados constitucionalmente a *«promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas… (y a) remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud»*[9]. Pese a lo expuesto, pese a que el artículo 1º CE establece como cláusula primera de la organización del Estado su naturaleza social, la actual y persistente política de recortes, propiciada por la presión del mercado bursátil internacional se ha traducido en la modificación del artículo 135 CE. En este contexto, la desenfrenada política de recortes, viene a incluir de forma indiferenciada los de carácter social.

Aunque estamos familiarizados con los problemas relativos a los derechos sociales persiste una seria dificultad para plantear abiertamente un debate sobre los mismos. Y ello a pesar de que se tenga la clara conciencia de que *«el silencio es cómplice de la injusticia social»*[10].

---

[5] Concreta Monereo Pérez que el *«Estado del Bienestar»* viene a ser la encarnación de los derechos de la ciudadanía social. *Ibídem*., cit., pág. 10.

[6] Ello comporta que tomar en serio los derechos humanos proclamados internacionalmente exige una puesta en discusión de nuestros niveles de vida, que permiten a Occidente disfrutar de un bienestar y democracia a expensas del resto del mundo. Ferrajoli, L.: "*Derechos y garantías. La ley del más débil*", traducción y prólogo a cargo de Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 1999, págs. 24 a 25.

[7] *Ibídem*., cit., pág. 15.

[8] Ferrajoli no limita al papel legitimador de la democracia a una concepción exclusivamente formal, que atienda a la validez de las normas, sino que se ha de atender a una concepción sustancial de la democracia que actúe como garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos al margen de la omnipotencia de la mayoría. "*Derechos y garantías. La ley del más débil*", cit., págs. 24 a 25.

[9] Loperena Rota defiende con rotundidad la irreversibilidad de los derechos sociales afirmando que el legislativo no es libre para decidir donde recortar, pues los recortes se deben afrontar con un criterio constitucional y no con un *«presuntamente aséptico criterio gubernamental»*. "La irreversibilidad de los Derechos Sociales", *Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2012, págs. 11 a 14.

[10] Cascajo Castro, J.L.: "Derechos sociales", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 37, pág. 13.

En la forma descrita el Estado ocupa un papel referente en la medida en que es el único, al menos desde la teoría, que puede concretar opciones legislativas con razonable imparcialidad entre demandas, intereses y bienes en conflicto. No obstante se ha de tener presente que, en relación a los avances sociales, se han de rechazar las amenazas dirigidas a los logros alcanzados, en lugar de incurrir en la suposición ingenua de que constituyen una herencia intocable. Es por lo anterior que se ha de tomar conciencia de la transformación del papel del Estado, que tradicionalmente llevaba a cabo una actividad directa (a través del servicio, prestación y dación de bienes y servicios) y que ahora ha pasado a asumir un papel de actividad de dirección, supervisión y control[11].

En cualquier caso, entiendo que se ha de defender con rotundidad la irreversibilidad de los derechos sociales afirmando que el legislativo no es libre para decidir donde recortar, pues los recortes se deben afrontar con un criterio constitucional y no con un *«presuntamente aséptico criterio gubernamental».*

Se han de rechazar, por tanto, las amenazas dirigidas a los logros alcanzados, en lugar de incurrir en la suposición ingenua de que constituyen una herencia intocable. Desde mi perspectiva el papel del jurista no puede ser meramente contemplativo. Se debe denunciar por tanto la reciente Ley de tasas 10/2012 no sólo por atentar de forma directa contra la tutela judicial efectiva, sino por dejar en entredicho la posibilidad real de acceso a la justicia de los ciudadanos y, en consecuencia el acceso a la tutela de los derechos sociales.

Hoy tras la consolidación del constitucionalismo social, puede afirmarse el rango constitucional de los derechos sociales que queda fuera de toda duda, de modo que participa del estatus de los derechos fundamentales en tanto que se caracterizan por ser irrenunciables, inalienables, indisponibles, intransmisible e inviolables[12]. En el ámbito descrito la Seguridad Social se ha ido conformando como una pieza imprescindible del entramado normativo e institucional de todo Estado civilizado[13]. En lo que afecta a la tutela de los derechos de Seguridad Social, el criterio de legitimación que hoy se debe considerar referente viene determinado precisamente por el artículo 41 CE[14].

---

[11] CASCAJO CASTRO recoge en la forma expuesta el criterio de JUDT y PAREJO en diversas de sus obras. *Ibídem*., cit., pág. 14.

[12] *Ibídem.*, cit., pág. 19.

[13] MONEREO PÉREZ, J. L.: Comentario al artículo 34 (Seguridad Social y ayuda social) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en AA. VV., *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, (dirs. y coords. MONEREO ATIENZA, MONEREO PÉREZ) Comares, Granada, 2012, págs. 910.

[14] A este respecto MONEREO PÉREZ subraya que el texto constitucional consagra (artículo 41) la evolución que han experimentado los sistemas contemporáneos de Seguridad Social, siendo así que la protección de los ciudadanos frente a las situaciones de necesidad se considera una *«función del Estado»*, rompiéndose en gran medida la correspondencia entre prestación-cotización propia del seguro privado y que se ve superada por la dinámica de la función protectora de titularidad estatal (SSTC 103/1988, fjº 8º, 65/1987, fjº 3º, 88/1987, fj. 17º, 184/1993, fjº 3º; 37/1994, fj 3º). En la forma indicada el *«régimen de prestaciones de la Seguridad Social no es, en efecto, un régimen contractual, del que lo diferencian radicalmente las notas de universalidad, obligatoriedad y uniformidad. Se trata de un régimen legal que tiene como límites, entre otros, el respecto*

2. LOS MECANISMOS DE TUTELA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

El reconocimiento de los derechos sociales al máximo nivel constitucional no resuelve por sí mismo los diversos problemas conceptuales y de tutela judicial efectiva que se asocian a los mismos.

De entrada, hemos de considerar que la búsqueda de un concepto general y uniforme de los derechos sociales conduce a un fracaso anunciado. No cabe recurrir, en este sentido, a definiciones taxativas o inequívocas y, menos aún, a relaciones de requisitos o condiciones de justiciabilidad. Ha de considerarse, a tales efectos, el nivel de heterogeneidad que concurre en los derechos sociales, su condición de dependientes, en buena medida, de las ideologías políticas y valores sociales. Por último, se ha de tener presente el propio sistema de fuentes de reconocimiento y positivación que se caracteriza por una regulación normativa de los derechos sociales a distintos niveles[15]. Se alcanza, en el modo expuesto, un alto nivel de complejidad que describe una composición de distinta naturaleza y estructura diversa; en ocasiones el derecho social podrá vincularse con una determinado derecho subjetivo a una prestación, en otras, podrá identificarse con un principio jurídico que vincula al legislador.

En cuanto a la problemática, vinculada a la tutela judicial efectiva y a la tutela judicial de las decisiones, se plantea la intervención del Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional superior en materia de garantías constitucionales, tal y como subraya el artículo 123,1 CE.

La singularidad fundamental, que ofrece la doctrina constitucional frente a la jurisprudencia ordinaria, viene asociada a que el Tribunal Constitucional no queda incluido en el marco del poder de la jurisdicción ordinaria. Puede así someter a control a la jurisdicción ordinaria en materia de derechos fundamentales a través del recurso de amparo, cuyo requisito previo de admisibilidad exige el agotamiento de todos los recursos jurisdiccionales respecto de la acción ejercitada.

Se ha de tener presente, como señala Mercader Uguina, la inexistencia de simetría entre los mecanismos de control utilizados por el Tribunal Constitucional y los Tribunales Ordinarios. En la jurisdicción ordinaria se plantea la opción del recurso con la finalidad de corrección del error a través de la instancia superior, para llegar así al acierto. La función del Tribunal Constitucional plantea diferencias claras pues su objetivo no es controlar el *«acierto»* del Juzgador –no es una nueva instancia revisora, ni tampoco una instancia casacional–. A la hora de aplicar el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE al enjuiciar las vulneraciones de los derechos de alcance constitucional el Tribunal Constitucional recurre al test

al principio de igualdad, la prohibición de la arbitrariedad, el principio de igualdad, la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la asistencia y prestaciones sociales suficientes para casos de necesidad que la constitución garantiza en su artículo 41». "El derecho a la Seguridad Social", pág. 1432.

[15] Cascajo Castro, J.L.: "Derechos sociales", cit., pág. 21.

de razonabilidad[16]. Este test de razonabilidad integra cuatro criterios o cánones: la congruencia o exigencia de respuesta a las pretensiones y causas de pedir; la motivación de la respuesta judicial; la razonabilidad; y la ausencia de error patente.

En la forma expuesta la doctrina del Tribunal Constitucional, que se muestra recogida en la sentencia 32/2001[17], viene a indicar *«que no es posible que este Tribunal enjuicie la corrección jurídica de las resoluciones judiciales que interpretan y aplican las normas procesales de acceso a los recursos, pues nuestra jurisdicción no se extiende a la fiscalización del acierto de las decisiones que adopten los Jueces y Tribunales en el ejercicio de su competencia exclusiva de selección y aplicación de dichas normas de interposición de recursos»*. En consecuencia a lo expuesto el criterio que mantiene el Tribunal Constitucional a la hora de delimitar el ámbito de su jurisdicción a tenor del artículo 4 LOTC *«aun cuando se aduzca la vulneración de derechos fundamentales sigue siendo, en acceso al recurso, el de arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente»*[18].

2.1. La congruencia

La congruencia es uno de los elementos de la decisión judicial, junto con la precisión y claridad (artículo 218 LEC), y viene a delimitar el ámbito de enjuiciamiento en función de *«las demandas y las demás pretensiones»*[19]. A tal efecto este primer punto de referencia queda así concretado en las pretensiones deducidas en la demanda y, en su caso, los motivos que puedan haberse esgrimido en fase de recurso.

Este planteamiento resulta trasladable al procedimiento laboral en la medida en que la jurisdicción civil muestra eficacia supletoria de sus normas procesales. En la forma expuesta el vicio de incongruencia, como reverso de lo anterior, viene a traducirse en *«el desajuste entre la respuesta judicial y los términos en que los litigantes han configurado el debate, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido y, en ocasiones, especiales, no siempre ni necesariamente puede afectar al principio procesal de contradicción, creando así eventualmente situaciones de indefensión, proscritas por el artículo 24.1 CE»*[20].

En la forma expuesta, la congruencia o –la cara inversa de la moneda– la incongruencia, *«son el resultado del paralelismo o la divergencia de dos líneas discursivas que dan origen y ponen fin, respectivamente, a la confrontación dialéctica, que es la esencia de cualquier litigio»*[21].

---

[16] Se trata de un control meramente externo en el que se ha de evitar toda ponderación en relación a la corrección jurídica de las resoluciones judiciales. Dicho de otro modo no permite anular resoluciones judiciales por desacuerdos jurídicos en la selección, interpretación y aplicación de la ley. MERCADER UGUINA, J.R.: "Tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y *«canon reforzado»* de motivación en la doctrina del Tribunal Constitucional", *RMTAS*, Madrid, 2008, págs. 128 y 129.

[17] STC 32/2001, de 12 de febrero.

[18] STC 71/2002, de 8 de abril.

[19] STC 17/2003, de 27 de mayo.

[20] STC 20/1982, de 5 de mayo.

[21] STC 71/2002, de 8 de abril.

La congruencia no se traduce en un elemento puramente formal y, por tanto, no conlleva un paralelismo servil de los razonamientos que sirven de fundamento a la Sentencia con el planteamiento discursivo de los escritos rectores del proceso (demanda, contestación y recursos) donde se contienen las alegaciones respectivas. En tal sentido, no deben confundirse los *«motivos»* que sirven de apoyo a las pretensiones formuladas por las partes como *«alegaciones»*, que tienen un doble soporte; de hecho y de derecho, con los razonamientos jurídicos. Desde la perspectiva simétrica, no hay que caer en la tentación de dar a las argumentaciones otro valor o significado que el propio de cualquier reflexión como premisa del acto resolutivo en que se traduce el fallo judicial. En definitiva, esta característica extrínseca de la resolución exige nada más pero nada menos, que el Juez decida todas y cada una de las cuestiones controvertidas explícitamente en principio, pero también en forma implícita.

Por otra parte, *«la incongruencia deja al margen de su ámbito propio, como vicio estructural, la consistencia intrínseca del razonamiento jurídico utilizado por el juzgador en el ejercicio de la potestad privativa de aplicar las normas al supuesto de hecho»*, con la doble operación de seleccionar la idónea e incluso integrarla aun cuando no haya norma aplicable al caso y la de interpretarla, extrayendo su significado y alcance[22].

Se ha de tener en cuenta, a tenor de lo expuesto, que la desestimación global de las pretensiones en el fallo conlleva la congruencia por definición, si no se omite pronunciamiento alguno con relevancia en el litigio[23]. Entretanto, y en relación a la casuística que permite estimar la eventual situación de incongruencia hay que considerar la modificación sustancial del planteamiento original del debate, el fallo extraño a las recíprocas pretensiones de las partes[24], si se ha desconocido el principio procesal de contradicción, o ha sido menoscabado el derecho de defensa[25].

Desde otra perspectiva, la incongruencia, también puede producirse por exceso o por defecto, por contener la decisión más o menos pronunciamientos que cuestiones planteadas y, asimismo, por conceder más o menos de lo pedido o algo distinto[26].

2.2. Exigencia de motivación

El criterio complementario para un análisis comparativo es la parte dispositiva de la sentencia, debiéndose entender por la misma el fallo recaído en que se concreta la exteriorización del acto de voluntad *«imperium»* en que consiste la Sentencia como ejercicio de la potestad de juzgar, tal y como se desprende del artículo 97, párrafo 2º de la LRJS 26/2011, de 10 de octubre, debiendo fundamentarse *«suficientemente los pronunciamientos»* que contiene.

---

[22] STC 17/1993, de 27 de mayo.

[23] STC 169/1988, de 29 de septiembre.

[24] SSTC 12/1984, de 2 de febrero; 191/1987, de 1 de diciembre; 144/1991, de 1 de julio y 88/1992, de 8 de junio. .

[25] SSTC 59/1983, de 6 de julio; 61/1989, de 3 de abril; 225/1991, de 28 de noviembre y 124/1992, de 28 de septiembre.

[26] STC 67/1993, de 1 de marzo.

Esta norma protege la coherencia interna y externa de las resoluciones judiciales sin que les preocupe la pureza estilística o el rigor discursivo de los razonamientos que han conducido a su adopción[27], *«aunque no sean desdeñables la solidez constructiva y la vestidura retórica, que dotan a la Sentencia de la auctoritas necesaria para justificar la decisión, evitando en lo humanamente posible la tentación del decisionismo o voluntarismo»*.

2.3. Ausencia de error patente

El error patente se traduce por su parte en una *«desviación lógica grave del razonamiento judicial»*[28]. Sobre el error patente con relevancia constitucional existe ya una abundante y consolidada doctrina de este Tribunal de la que es ejemplo la sentencia 167/2008[29], que a su vez recoge el criterio sintetizado de una amplia doctrina[30]. A tenor de la misma para poder apreciar un error de este tipo es necesario que concurran los siguientes requisitos: *«a) que el error sea determinante de la decisión adoptada, esto es, que constituya el soporte único o básico de la resolución (ratio decidendi), de modo que, constatada su existencia, la fundamentación jurídica de la resolución judicial pierda el sentido y alcance que la justificaba, y no pueda conocerse cuál hubiese sido su sentido de no haberse incurrido en el error; b) que sea atribuible al órgano judicial, es decir, que no sea imputable a la negligencia de la parte; c) que sea de carácter eminentemente fáctico, además de patente, esto es, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales y sin necesidad de recurrir a ninguna valoración o consideración jurídica; y d) que produzca efectos negativos en la esfera del ciudadano»*.

2.4. El juicio de razonabilidad y la razonabilidad reforzada

El juicio de razonabilidad es el que ofrece mayor significación y alcance en la doctrina constitucional. Juicio de razonabilidad y juicio de constitucionalidad vienen a coincidir, tanto en su contenido (sólo lo razonable es constitucional) como en su límite (toda vez que dentro del marco de la razonabilidad todas las soluciones son constitucionalmente válidas, en la medida en que han descartado objetivamente la arbitrariedad)[31]. La noción de *«razonabilidad»* viene a resultar un concepto jurídico indeterminado. Tal y como expresa MERCADER UGUINA *«la afirmación de lo que es razonable en derecho es una noción de contenido variable»* que se compone tanto de un sentido histórico y social (pues lo considerado como racional depende de circunstancias históricas y espaciales) como de un

---

[27] SSTC 97/1987, de 28 de septiembre y 88/1992, de 8 de junio. .

[28] MERCADER UGUINA, J.R.: "Tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y *«canon reforzado»...",* cit., pág. 131.

[29] STC 167/2008, de 15 de diciembre.

[30] Entre ellas las SSTC 221/2007, de 8 de octubre; 4/2008, de 21 de enero y 21/2008, de 31 de enero.

[31] CARRASCO PEREA, A.: "El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional", *REDC*, 1984, núm. 11, pág. 53, Cuadernos de Derecho Público, núm. 37, pág. 53.

sentido lógico (lo que se entienda por razonable depende del campo en que se aplique la noción)[32].

Para dotar de contenido al juicio de razonabilidad es necesario partir de la idea de que *«la validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión»*[33]. Así pues, desde el punto de vista de la lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad de hecho, al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de las relaciones formales existentes entre ellas. Ahora bien, desde el momento en que no resulta posible construir el Derecho como un sistema lógico puro el Tribunal Constitucional ha unido a *«la exigencia de coherencia formal del razonamiento»* una exigencia adicional consistente en que, *«desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable»*. A tal efecto, no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones judiciales que *«a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas»*[34].

Nos queda, en último término, dotar de contenido al juicio de *«razonabilidad reforzada»* que opera cuando el derecho a la tutela judicial efectiva incide, de algún modo, cuando están en juego otros valores de índole constitucional. Este criterio reforzado muestra una particular importancia en el ámbito penal y se muestra en situaciones en que entran en juego otros valores constitucionales como la privación de libertad (STC 110/2003, de 16 de junio), igualdad ante la ley (SSTC 100/1993, de 22 de marzo sobre cambio de línea jurisprudencial). Con posterioridad ha venido a proyectarse como canon de control constitucional sobre el resto de ramas del ordenamiento jurídico y, en particular, sobre el control de las decisiones judiciales producidas en el orden social[35].

De esta forma, las decisiones judiciales deben estar especialmente cualificadas en función de los derechos materiales sobre los que recaen ya que no solo se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, sino un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental. En tal caso, indica el Auto del Tribunal Constitucional 47/2009[36] *«no basta con que la resolución judicial se adopte de forma razonada y motivada, sino que es preciso que identifique ade-*

---

[32] Llama la atención Mercader Uguina, recogiendo la doctrina constitucional, acerca de que *«una aplicación de la legalidad que sea arbitraria, manifiestamente irrazonaba o irrazonable, no puede considerarse fundada en derecho»*. "Tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y *«canon reforzado»...",* cit., pág. 131.

[33] STC 164/2002, de 17 de septiembre.

[34] STC 214/1999, de 29 de noviembre.

[35] Entre los supuestos en que quedan afectados los derechos sociales se puede citar, entre otros, el derecho a la libertad sindical o el derecho a la protección de la trabajadora en situación de embarazo. Mercader Uguina, J.R.: "Tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y *«canon reforzado»...",* cit., pág. 136.

[36] ATC 47/2009, de 13 de febrero.

cuadamente el contenido del derecho o libertad que puede verse afectado y, una vez examinadas las circunstancias concurrentes en el caso y la interpretación de los preceptos aplicables conforme a los criterios existentes al respecto, adopte la decisión que contribuya a otorgar la máxima eficacia posible al derecho fundamental afectado».

3. LOS DERECHOS SOCIALES Y SU TRATAMIENTO INDIVIDUALIZADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Una vez examinados los criterios genéricos utilizados para la valoración de los principios de alcance constitucional resulta preciso entrar a considerar la plasmación práctica de los mismos en relación a diversos y concretos derechos sociales, considerando como punto de partida que los mismos son derechos complejos lo que se traduce en que contienen *«elementos de distinta naturaleza y diversa estructura»*[37].

3.1. Reforzamiento de la conexión del artículo 24.1 CE con el derecho a la libertad sindical

En la STC 90/1997[38] la trabajadora recurrente en amparo plantea la lesión de su derecho a no ser discriminada en sus condiciones de trabajo por el ejercicio de su derecho de huelga. En este supuesto se produce la decisión empresarial de denegar la transformación de su contrato a tiempo parcial en contrato a tiempo completo, solicitada por la trabajadora en aplicación de la preferencia sobre nuevas contrataciones establecida en el convenio colectivo, coincidiendo la negativa de la empresa con la fecha en la que la trabajadora participó en una huelga general. Quedó acreditado que se realizaron nuevas contrataciones y transformaciones de contrato con otras trabajadoras. La discriminación alegada por la trabajadora, y que implica directamente a los artículos 14 y 28 CE, se reconduce al segundo de estos preceptos.

Se destaca, a tales efectos que la plena efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral no puede implicar la privación de los mismos para quienes prestan servicios en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo. De esta forma las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos[39]. En este supuesto la prueba indiciaria permite evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos

---

[37] CASCAJO CASTRO concreta que no todos los derechos sociales tienen un mero contenido prestacional, sino que con frecuencia se viene a dar una suma de situaciones jurídicas que abarcan desde la clásica figura del derecho subjetivo hasta su consideración como principio jurídico vinculante para el legislador. "Derechos sociales", cit., pág. 21.

[38] STC 90/1997, de 6 de mayo.

[39] STC 292/1993, de 18 de octubre.

motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental[40], articulándose esta prueba a través de un doble elemento.

Sobre estos antecedentes se aprecia que la empresa no acreditó y ni siquiera alegó, que existiese ninguna justificación laboral real y de entidad suficiente en su decisión de postergar a la trabajadora respecto de las demás cuyo contrato se había transformado, *«ni excluyó, por tanto, que su decisión fuese ajena a todo propósito discriminatorio»*. Se concluye por tanto, que se ha de impedir la discrecionalidad empresarial, cuyo límite no permite que ésta pueda servir para perjudicar a la trabajadora en sus condiciones de trabajo por tomar parte en la convocatoria sindical de una huelga.

3.2. La adecuación de las interpretaciones judiciales a los valores de alcance constitucional: vacaciones y libertad de decisión

El supuesto de hecho que contempla la STC 192/2003[41] hace mención al despido de un trabajador, fundamentado por el empresario en la transgresión de la buena fe contractual, en atención al hecho acreditado de haber prestado servicios laborales para un tercero. Se plantea que esta actitud no es acorde con la configuración actual del derecho a vacaciones anuales retribuidas cuyo sentido principal se concreta en la reposición de energías para la reanudación de la prestación. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que el despido producido no es acorde con la libertad y dignidad de la persona, ni con el respeto a su vida privada, de modo que no se puede negar la libertad al trabajador para desplegar durante el reseñado periodo de vacaciones su actividad en el modo que estime más conveniente.

3.3. Derecho a la no discriminación por razón de sexo en el despido de la mujer embarazada

La doctrina del Tribunal Constitucional viene determinada por el criterio reflejado en las sentencias 92/2008, de 21 de julio y 124/2009, de 18 mayo. En ellas se concreta que *«la garantía frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas no exige, necesariamente, un sistema de tutela objetiva como el previsto por el legislador en la Ley 39/1999»*. Se plantea que una vez que el legislador ha optado por un desarrollo concreto del artículo 14 CE, que incrementa las garantías precedentes conectándolas con una tutela reforzada de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, no

---

[40] STC 38/1981, de 23 de noviembre. Tal y como se expone, la prueba indiciaria se lleva a cabo calculándose a través de un doble elemento. El primero implica la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, dirigiéndose el principio de prueba a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Tal indicio permitirá deducir la posibilidad de que aquélla infracción se haya producido. Una vez que se ha dotado de contenido a este presupuesto, recae sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, siendo éste el único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios.

[41] STC 192/2003, de 27 de octubre.

puede el órgano judicial efectuar una interpretación restrictiva y ajena a las reglas hermenéuticas en vigor que prive al precepto legal de aquellas garantías establecidas por el legislador y con las que la trabajadora podía razonablemente entenderse amparada, dado que con ello se vendría a impedir la efectividad del derecho fundamental de acuerdo con su contenido previamente definido[42].

3.4. Vulneración del principio de igualdad de trato en la Ley y discriminación indirecta por razón de sexo. Inconstitucionalidad y nulidad del artículo 12.4 ET (redacción de 1995)

En la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 253/2004[43] de 22 diciembre se plantea la duda acerca de la constitucionalidad del artículo 12.4 ET, en su redacción de 1995, en la medida en que ha podido incurrir en posible vulneración del principio de igualdad en la Ley consagrado en el artículo 14 CE, por entender que la regla que se contiene en dicho precepto, en cuanto al cómputo de los períodos de cotización para causar derecho a las prestaciones de Seguridad Social en los contratos a tiempo parcial, quiebra el principio de proporcionalidad, que es uno de los aspectos del principio de igualdad[44]. En estos supuestos la aplicación del criterio de proporcionalidad estricta a los contratos a tiempo parcial, a efectos del cómputo de los períodos de carencia necesarios para causar derecho a las prestaciones conduce a un resultado que se considera claramente desproporcionado, pues dificulta injustificadamente el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a la protección social, al exigirles unos períodos de actividad más extensos para reunir el requisito de carencia. De este modo no sólo se obtiene una pensión de cuantía inferior cuando en la vida laboral existen períodos de trabajo a tiempo parcial (lo cual, se insiste, es constitucionalmente legítimo por responder al menor esfuerzo contributivo realizado), sino que se dificulta el acceso mismo a la prestación, al exigir un mayor número de días trabajados para acreditar el período de carencia requerido en cada caso, lo que resulta especialmente gravoso o desmedido en el

---

[42] La STC 229/2002, de 9 de diciembre, establece que la decisión discutida no satisface las exigencias del canon de razonabilidad y motivación reforzadas del derecho fundamental que impone la afectación del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora y de los restantes derechos y bienes constitucionalmente relevantes implicados. Se concluye que la declaración de nulidad del despido llevado a cabo al encontrarse la trabajadora recurrente embarazada en el momento del despido, no pudiendo quedar supeditada la resolución judicial correspondiente a la exigencia de que la empresa hubiera tenido conocimiento de su estado de gravidez en dicho momento.

[43] La STC 253/2004, de 22 de diciembre, matiza que el concepto de la discriminación indirecta por razón de sexo ha sido elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, precisamente con ocasión del enjuiciamiento de determinados supuestos de trabajo a tiempo parcial a la luz de la prohibición de discriminación por razón de sexo del art. 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (actual art. 141 del Tratado de la Comunidad Europea) y las Directivas comunitarias de desarrollo. Puede resumirse en una fórmula reiterada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en múltiples de sus fallos, que se relacionan, y que se concreta en que *«se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo».*

[44] En los términos descritos se expresa la STC 177/1993, de 31 de mayo.

caso de trabajadores con extensos lapsos de vida laboral en situación de contrato a tiempo parcial y en relación con las prestaciones que exigen períodos de cotización elevados.

4. BIBLIOGRAFÍA

Carrasco Perea, A.: "El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional", *REDC*, 1984, núm. 11, pág. 53. *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 37, págs. 39 a 106.

Cascajo Castro, J. L.: "Derechos sociales", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 37, págs. 11 a 35.

Ferrajoli, L.: "*Derechos y garantías. La ley del más débil"*, traducción y prólogo a cargo de Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 1999, 180 págs.

Loperena Rota, D.: "La irreversibilidad de los Derechos Sociales*"*, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2012, págs. 11 a 14.

Mercader Uguina, J.R.: "Tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y *«canon reforzado»* de motivación en la doctrina del Tribunal Constitucional", *RMTAS*, Madrid, 2008, págs. 127 a 146.

Monereo Pérez, J. L.: "*Derechos sociales de la ciudadanía y Ordenamiento Laboral*", CES, Madrid, 1996, 266 págs.

—: "El derecho a la Seguridad Social", en AA.VV *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M. N. (dirs.), Comares, Granada, 2002, págs. 1425 a 1524.

—: "Comentario al artículo 34 (Seguridad Social y ayuda social) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en AA. VV., *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, (dirs. y coords. Monereo Atienza, Monereo Pérez) Comares, Granada, 2012, págs. 894 a 937.

CONSTITUCIÓN Y SINDICATOS SIN PERSONALIDAD JURÍDICA

María Dolores Rubio de Medina
Doctora de Derecho. Funcionaria del Cuerpo Superior de Administradores Generales de la Junta de Andalucía
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

SUMARIO

1. EL TRATAMIENTO NORMATIVO DE LOS SINDICATOS CON O SIN PERSONALIDAD JURÍDICA EN LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY ORGÁNICA DE LIBERTAD SINDICAL
2. LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA SOBRE LOS SINDICATOS SIN PERSONALIDAD JURÍDICA
3. CONEXIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE LA DEMOCRACIA INTERNA SINDICAL Y LOS SINDICATOS SIN PERSONALIDAD JURÍDICA

1. EL TRATAMIENTO NORMATIVO DE LOS SINDICATOS CON O SIN PERSONALIDAD JURÍDICA EN LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY ORGÁNICA DE LIBERTAD SINDICAL

La Constitución, dentro de su Título Preliminar, reconoce expresamente el papel de los sindicatos a la contribución de la defensa y promoción de los intereses sociales y económicos de los trabajadores (art. 7). Para tutelar los derechos de los trabajadores deberán de actuar dentro de los parámetros impuestos por la Constitución y las normas legales, debiéndose de regirse en su estructura interna y en su funcionamiento por principios democráticos. Como se observa, constitucionalmente no se les exige personalidad jurídica, tampoco se impone ésta en el art. 22 CE, que reconoce el derecho de asociación y que sólo exige la inscripción en un registro a los solos efectos de publicidad.

El desarrollo del contenido del art. 28.1 de la CE que reconoce el derecho a sindicarse libremente se concretó mediante la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical –en adelante LOLS–, concretamente en su Título I, el cual:

1. Reconoce el "*derecho a fundar sindicatos sin autorización previa, así como el derecho a suspenderlos o a extinguirlos, por procedimientos democráticos*", con lo que potencia el la libertad sindical individual[1], sin imponer ninguna formalidad asociativa de forma expresa, ni su inscripción en ningún registro.
2. Al definir la libertad sindical de los propios sindicatos la LOLS no impone que las actividades que realice tengan que vincularse con la adquisición de personalidad jurídica, puesto que parte del reconocimiento internacional de la autonomía organizativa, de manera que frente a la injerencia de los poderes públicos, las asociaciones sindicales tienen derecho a *redactar sus estatutos y reglamentos, organizar su administración interna y actividades y formular su programa de acción* –art. 2.2.a) LOLS–. En consecuencia, será el mismo sindicato, en el ejercicio de su autonomía y su democracia interna, ejercida por sus afiliados, quien tendrá que determinar si opta, o no, por adquirir personalidad jurídica conforme al mecanismo regulado en el art. 4 de la LOLS y desarrollado por las disposiciones legales autonómicas, como por ejemplo, por el Decreto 14/1986, de 5 de febrero, por el que se regula el régimen de deposito de los estatutos de los sindicatos de trabajadores en Andalucía.
3. Su art. 4.1 se abre con un significativo *los sindicatos constituidos al amparo de esta Ley*, *para adquirir la personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, deberán depositar, por medio de sus promotores o dirigentes, sus estatutos en la oficina pública establecida al efecto [...]*. Esta disposición sugiere la posible existencia de sindicatos que se amparan en otras disposiciones, por un lado; por otro, que a los sindicatos no se le impone imperativamente el depósito

[1] Salvo para aquellas personas que se encuentran exceptuadas de este derecho –art. 1.1 LOLS– o no tienen facultad para fundar sindicatos (art. 3 LOLS).

de sus estatutos para adquirir la personalidad jurídica, si se les impusiera, se debería indicar: "los sindicatos constituidos al amparo de esta Ley deberán de adquirir personalidad jurídica y plena capacidad de obrar realizando el deposito de los estatutos en la oficina pública establecida al efecto", por ejemplo.

Aunque desde un punto de vista práctico parece irreal admitir la existencia de sindicatos sin personalidad jurídica en nuestro país, jurídicamente no hay nada que impida que funcionen como una asociación de derecho común o como asociación de hecho[2]; ahora bien, adoptar una formula u otra no le exime, en ningún caso, de someterse al imperativo de la democracia interna, por lo que deberán tener, en todo caso, una estructura interna y regirse por procedimientos democráticos y ésta, como se argumentará, conllevaría la adquisición de la personalidad jurídica.

En ocasiones son los propios sindicatos los que impiden la adquisición de la personalidad jurídica, los cuales se apoyan en la prohibición contenida en sus estatutos a que elementos de su propia estructura puedan depositar, a su vez, sus estatutos para tener personalidad jurídica propia. Hay que tener en cuenta, por otro lado, que el uso del nombre de un sindicato por otro sin autorización sería una vulneración de la libertad sindical, tal como se dispone en la STS de 17 de enero de 2006[3]; por lo que pueden impedir, perfectamente que una parte del mismo se constituya en sindicato con personalidad jurídica utilizando el mismo nombre, parte del nombre o las siglas sindicales. El problema de cara a los terceros se produce cuando esos sindicatos sin personalidad jurídica –o mejor dicho corrientes internas– que están integrados dentro de un sindicato que si la tiene, a través de sus dirigentes y afiliados, actúan como si tuvieren personalidad jurídica por desconocimiento de los trámites necesarios para que pueda adquirirla. En este

---

[2] La libertad de constitución de una asociación empresarial, que requiere igualmente el depósito de los estatutos para adquirir personalidad jurídica, ha sido reconocida por la jurisprudencia, concretando que el depósto es un mero acto de publicidad, así la STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha de 20 de diciembre de 2004, para la que «[…] no se encuentra supeditada a una autorización administrativa y, que el depósito de los estatutos y el registro de la oficina pública, son exigencias formales, para dotarlas de publicidad, que no pueden coartar en ningún caso, el derecho de asociación empresarial. De suerte que el control de la autoridad administrativa ha de ser un control objetivo de la legalidad y no un control de oportunidad».

[3] Así lo interpreta la STS 17 de enero de 2006, entendiendo que «[…] la utilización por el sindicato recurrente, tanto en sus dependencias como en su propaganda y en los actos y comparecencias públicas, de la denominación que es la propia del otro sindicato –SATSE–, que aparece registrada desde el año 1989, con anterioridad, por tanto, a la constitución y registro de aquel primer Ente sindical mencionado, entraña sin la menor duda una actuación que viola, claramente, lo prescripto, con carácter imperativo, en el art. 2.4.a) de la LOLS, pero, además, esta infracción legal reviste una manifiesta trascendencia constitucional, inevitablemente, ligada al derecho fundamental de libertad sindical, por cuando, "prima facie", está induciendo a una patente confusión pública que afecta a un derecho básico y elemental de todo Sindicato, cual es el de preservar su propia identidad en el ejercicio de la actividad que le es propia. El derecho a la preservación del propio nombre e identificación se revela como algo insito en la esencia de la libertad y de la actividad sindical, de tal forma que no puede sostenerse con verdadera consistencia jurídica que el derecho fundamental consagrado en el art. 28.1 CE no quede dañado por la utilización pública de una denominación ya adoptada y registrada por un sindicato legalmente constituido o que, en todo caso, esa grave conducta haya de quedar relegada al ámbito de un contencioso ordinario entre los sindicatos implicados, puesto que una de las primeras y más fundamentales facultades inherentes a la libertad sindical ha de ser, necesariamente, la de la libre y no compartida utilización de una exclusiva denominación en el ejercicio de la actividad sindical».

caso la cuestión se centraría en la determinación de la responsabilidad jurídica que, al margen de lo dispuesto en el art. 5 de la LOLS, se concretaría aplicando el contenido del art. 10.4 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, de aplicación supletoria, que establece: *"Sin perjuicio de la responsabilidad de la propia asociación, los promotores de las asociaciones no inscritas, responderán, personal y solidariamente, de las obligaciones contraídas con terceros. En tal caso, los asociados, responderán solidariamente por las obligaciones contraídas por cualquiera de ellos frente a terceros, siempre que hubieran manifestado actuar en el nombre de la asociación*".

2. LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA SOBRE LOS SINDICATOS SIN PERSONALIDAD JURÍDICA

Las principales líneas doctrinales y jurisprudenciales sobre la existencia o la inexistencia de los sindicatos sin personalidad jurídica son las siguientes:

1. Parte de la doctrina estima que los sindicatos sin personalidad jurídica no tienen razón de ser en nuestra sociedad, ni justificación legal y/o social para subsistir en nuestro país. Esta línea argumental se asienta sobre la jurisprudencia mayoritaria que vincula la responsabilidad patrimonial del sindicato con su personalidad jurídica[4], dado que tradicionalmente, la personalidad jurídica del sindicato se ha vinculado con su capacidad para obligarse frente a terceros.
2. Otra corriente interpreta que el sindicato sin personalidad jurídica no puede existir en nuestro país al no poder eludir el control administrativo (depósito y publicidad de los estatutos)[5], dado que se establecen derechos y deberes distintos para las asociaciones y los sindicatos; estiman que aunque el sindicato pueda subsistir acogiéndose a otras regulaciones legales, en ningún caso, estará exento de la obligación de depositar sus estatutos en la correspondiente oficina puesto que, aunque el art. 22 de la Constitución sólo exige la inscripción a meros efectos de publicidad, estas inscripciones registrales siempre se conectan con la adquisición de la personalidad jurídica[6].

   El problema que tiene esta teoría es que en nuestro país no existen Oficinas de registro de sindicatos, sino Oficinas de depósito de lo estatutos; se depositan los estatutos y se da publicidad al depósito ordenando su publicación

---

[4] MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ, *El sindicato, naturaleza jurídica y estructura*, Civitas, Madrid, 1982, pág. 103.

[5] Analizan el diferente tratamiento constitucional entre sindicato y asociación y las repercusiones que estas diferencias ocasionan a su funcionamiento y estructura interna: LUIS DÍEZ PICAZZO y ANTONIO GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, Tecnos. 2.ª reimpresión de la 8ª edición, págs. 632 y ss., especialmente la página 643; MANUEL ALBADALEJO, *Derecho Civil*, volumen I, Bosch, pág. 395; y ANTONIO OJEDA AVILÉS, *Derecho sindical*, Tecnos, séptima edición, 1995, págs. 154 y ss.

[6] LUIS DÍEZ PICAZZO y ANTONIO GULLÓN, op. cit, pág. 634. MANUEL ALBADALEJO, op. Cit., págs. 397 a 398, para quien las asociaciones en general aunque no tienen obligación de registrarse por las normas genéricas, sí deben de hacerlo por imperativo de las normas especiales.

en el Boletín Oficial correspondiente, aunque en la práctica se realiza la anotación del nombre y los datos del sindicato en un libro registro, no puede anotarse en este libro registro sin que previamente se acepten los estatutos en depósito por la persona encargada de la Oficina correspondiente.

Esta teoría tampoco serviría para otros tipos de asociaciones, como para las asociaciones comunes a las que se refiere el art. 22 CE. La Ley Orgánica 1/2002, establece en su art. 5.2 que con el otorgamiento del acta fundacional, la asociación adquiere personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar, *"sin perjuicio de la necesidad de su inscripción a los efectos del artículo 10"*, es decir, para hacer pública su constitución y ser garantía tanto para los terceros que con ellas se relacionan, como para sus propios miembros. Como se observa, ya no existe la vinculación de la personalidad jurídica con la inscripción registral; la personalidad jurídica la tiene desde el momento de la constitución y a los efectos previstos en el art. 10 de la Ley Orgánica 1/2002, la asociación puede inscribirse en el registro que le corresponda o no.

3. El concepto de sindicato asumido por la interpretación jurisprudencial corresponde con aquél que ha depositado los estatutos en Oficina pública correspondiente, siguiendo el procedimiento establecido por la LOLS, con la finalidad de adquirir personalidad jurídica. Esta línea interpretativa se manifiesta, especialmente en relación con la responsabilidad patrimonial del sindicato derivada de los actos y decisiones de sus órganos internos (órganos colegiados y directivos), hasta el punto que tal responsabilidad se vincula con la personalidad jurídica del sindicato.

4. Los sindicatos complejos han dado lugar a una nueva línea jurisprudencial que unifica la responsabilidad patrimonial de distintos sindicatos. Es muy común, que las Confederaciones, Federaciones, Asociaciones o similares de sindicatos inserten cláusulas estatutarias en las que evitan asumir responsabilidad por los actos o acuerdos tomados por sus organizaciones inferiores, de modo que las actuaciones de los sindicatos inferiores no tengan consecuencias legales o patrimoniales para la organización mayor u organización matriz. Esta jurisprudencia[7] no tiene en cuenta los límites de la personalidad jurídica para el reparto de tales responsabilidades en el seno de las organizaciones sindicales complejas. A partir de 1993 la jurisprudencia comienza a abandonar la teoría de las personalidades jurídicas múltiples, basándose en que:

   a) Es la misma organización la que impone la asunción de responsabilidades, puesto que un sindicato no es independiente de la Federación en la que se integra, «sino simplemente una de las partes de su estructura, como una forma de organización interna para actuar en los diversos sectores productivos [...] por lo cual, aunque la actora ejerciera su trabajo en

[7] Ejemplos jurisprudenciales de esta evolución: STSJ de Extremadura, 9 de febrero de 1993 (Aranzadi Social núm. 607). STSJ. de Canarias/Sta. Cruz de Tenerife, 21 de marzo de 1995 (Aranzadi Social núm. 883). STSJ. de Andalucía/Málaga, de 27 de marzo de 1995 (Aranzadi Social núm. 1030).

la sede de una de esas Federaciones, como ésta no es más que un órgano o parte de la estructura del sindicato y éste es quien recibe la prestación del servicio de aquélla, debiendo considerarse empresario a tenor de los art. 1.1 y 2 y 8.1 del Estatuto de los Trabajadores y sobre él deben de recaer las consecuencias de la declaración de nulidad del despido»[8].

b) Es necesario impedir que el trabajador salga económicamente perjudicado con la aplicación de las cláusulas de exoneración patrimonial previstas en los estatutos sindicales, por lo que se introduce, jurisprudencialmente, la posibilidad de aplicar figuras de índole empresarial o civil para impedirlo, así, por ejemplo, se aplican los principios de:

   – La agrupación de empresas[9]. De esta manera la prestación indistinta de servicios por parte de un trabajador, en distintas Federaciones del sindicato, determina la asunción solidaria de las deudas contraídas frente al mismo, por las entidades en las que, indistintamente, prestó servicios.

   – La comunidad de bienes. La defensa integra de la posición del trabajador en la relación laboral conlleva defender su posición frente a los fraudes económicos de los que pueda ser objeto por parte de la empresa, aunque ésta sea un sindicato complejo. Para garantizar la defensa patrimonial del trabajador se consideran a las agrupaciones complejas como una comunidad de bienes, con la finalidad de depurar las responsabilidades patrimoniales[10] sin perjudicar los derechos del trabajador.

Podemos encontrarnos con organizaciones sindicales que actúan al amparo de otro sindicato que si tiene adquirida personalidad jurídica, a veces se interpreta erróneamente que la aplicación de los estatutos del sindicato matriz que reconoce la personalidad jurídica de los sindicatos que se afilian o asocian a la misma es suficiente para tener personalidad jurídica propia por parte de dichos sindicatos o agrupaciones sindicales. Los propios dirigentes de los sindicatos inferiores –que en realidad funcionan dentro de la estructura del sindicato principal como corrientes internas, por decirlo de alguna manera– no son conscientes de que la adquisición de la personalidad jurídica se adquiere cuando se depositan los estatutos en la oficina de depósito correspondiente, al aplicarse el mecanismo legal previsto en la LOLS[11]. En estos casos, existe una única personalidad jurídica, la del sindicato

---

[8] STSJ. de Extremadura, de 9 de febrero de 1993 (Aranzadi Social núm. 607).

[9] Vid. STSJ de Canarias/Sta. Cruz de Tenerife, de 21 de marzo de 1995. (Aranzadi Social núm. 883).

[10] Vid. STSJ de Andalucía/Málaga, de 27 de marzo de 1995. (Aranzadi social núm. 1030).

[11] Esta cuestión ha sido debatida en los tribunales, precisamente por el rechazo del depósito de los estatutos en el Consejo Andaluz de un sindicato complejo que pretendía inscribirse como sindicato de ámbito territorial andaluz, aportando los estatutos del sindicato nacional bajo el que se amparaba. El caso fue tratado por la STSJ Andalucía, Sevilla 24/6/2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Fundamento de Derecho Cuarto.– «[…]. El Decreto 14/1986 autonómico establece unos requisitos para la inscripción que son razonables a la vista de que se trata de un órgano de ámbito autonómico. Si se pretende el registro de la federación (…) de Andalucía habrán de presentarse los estatutos de esa federación. Y eso es cabalmente lo que no se hace. Y es que ciertamente, la federación nacional es una para la que el Consejo Andaluz no tiene competencia en cuanto a la valoración de sus estatutos, por lo que la presentación de los mismos no

principal, si las estructuras sindicales que no tienen personalidad jurídica adoptan decisiones con implicaciones patrimoniales, con mayor razón habrá que aplicar la línea jurisprudencial expuesta, principalmente por la aplicación de lo dispuesto en el art. 5.2 LOLS que establece que *"los sindicatos responderán por los actos individuales de sus afiliados, salvo que aquéllos se produzcan en el ejercicio regular de las funciones representativas o se pruebe que dichos afiliados actúan por cuenta del sindicato"*.

3. CONEXIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE LA DEMOCRACIA INTERNA SINDICAL Y LOS SINDICATOS SIN PERSONALIDAD JURÍDICA

Al exigirse en el art. 7 de la Constitución el respeto a la ley para lo sindicatos y las asociaciones empresariales, la pregunta que nos plantearíamos sería concretar si esa referencia implica cumplir el contenido de la normativa sindical en vigor, lo que conllevaría la posibilidad de plantearse la necesidad de que adquieran personalidad jurídica para lo que tendrían que depositar, por medio de sus promotores o dirigentes sus estatutos en la oficina pública establecida al efecto. En el caso de los sindicatos con ámbito superior a una provincia y no superior al territorio de la Comunidad Autónoma Andaluza, esa unidad administrativa sería el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales[12]. Hay que diferenciar dos supuestos distintos, derivados de la aplicación de normas distintas:

a) En la Ley 19/1977, de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, –en adelante LAS– aplicable a las asociaciones empresariales –y antes de la aprobación de la LOLS a los sindicato–, era y es evidente la necesidad de depositar los estatutos en la oficina competente para adquirir personalidad jurídica, dado que su art. 3 establece que: *"las asociaciones constituidas al amparo de la presente Ley deberán depositar sus estatutos en la oficina pública establecida al efecto (...)"*. Se impone un imperativo *"deberán*" frente a la aparente voluntad de los fundadores o representantes del sindicato de depositar sus estatutos contenida en el art. 4.1 LOLS, que impone el depósito de los estatutos *sólo* para poder adquirir personalidad jurídica; lo que inserta la duda de la posible existencia de sindicatos sin personalidad jurídica.

---

es posible a efectos de la inscripción de la federación andaluza. Y es que, en definitiva, como sostiene la demandada, la imposibilidad de inscripción no deriva de una prohibición caprichosa de la administración sino de la imposibilidad del actor de aportar la documentación que se le exige: esa imposibilidad, como él mismo reconoce, deriva de sus propias normas estatutarias, no de una prohibición legal. Así, pues, siendo el ámbito de actuación de la demanda autonómico, resulta razonable que exija, para la inscripción de sindicatos o entidades empresarial, que éstas sean de ámbito autonómico también. Así lo hizo en ejecución de la normativa que regula el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales y al no poder atender el demandante la exigencia que se hizo de documentación, es lógico y conforme a derecho que se deniegue la inscripción.»

[12] Art. 3.2.g) de la Ley 4/1983, de 27 de junio, del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales y art. 1.a) del Decreto 14/1986, de 5 de febrero, por el que se regula el régimen de depósito de los estatuto de los sindicatos de trabajadores en Andalucía, que establece que dicha oficina radicará en la Secretaria General del citado Consejo.

b) Con la aprobación de la LOLS ha quedado claro, tal como ha explicado, que su art. 4.1 al establecer que *"los sindicatos constituidos al amparo de esta ley, para adquirir la personalidad jurídica y plena capacidad de obrar deberán depositar…";* que siguiendo lo dispuesto en el art. 7 CE no les impone iniciar, necesariamente, el trámite del depósito. Ahora bien, la exigencia de someterse a los principios democráticos, a los que también alude el art. 7 CE, equivale a cumplir no sólo las exigencias de la legislación sindical[13], sino también que el sindicato está obligado a cumplir otras normas, por ejemplo, el mantenimiento de los principios constitucionales, las disposiciones de orden público, las normas relacionadas con el planteamiento de conflictos colectivos y de convocatoria de elecciones sindicales, para lo cual sería necesario que tuviera personalidad jurídica.

El sometimiento a los principios de la democracia interna, mediante un ejercicio real y efectivo, conlleva que cualquier sindicato deberá actuar bajo estos principios tanto en su vertiente interna (dentro del sindicato, por ejemplo, cuando los órganos competentes sancionan a un afiliado por el procedimiento establecido en los estatutos o cuando eligen a los directivos) como en su vertiente externa (en relación con los actos adoptados por los órganos internos del sindicato pero que tienen relevancia externa, como por ejemplo en la venta de inmuebles que sean propiedad patrimonial del sindicato, en la posible firma de acuerdos extraestatutarios o en la celebración de elecciones sindicales en las empresas) y, dentro de esa exigencia democrática, tendría que actuar en garantía de los terceros que con él se relacionan y con sus propios miembros, tal como establece el art. 10.2 de la Ley Orgánica 1/2002, por lo que aunque la LOLS no lo exija, debería depositar sus estatutos en una Oficina de depósito para adquirir la personalidad jurídica.

[13] En el mismo sentido, JUAN PABLO LANDA ZAPIRAIN**,** «La organización... », op. cit., pág. 290. En su opinión la referencia a la legalidad hace referencia a normas básicas que ordenan el funcionamiento del Estado de derecho y no, necesariamente, a una ley especial de asociaciones sindicales.

DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL, INTERPRETACIÓN Y TUTELA DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS INMIGRANTES

Luis Ángel Triguero Martínez
Profesor Ayudante Doctor
Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO

1. PREMISA
2. LOS DERECHOS ANTE LA NOCIÓN TÉCNICO-JURÍDICA DE EXTRANJERO
3. MODELO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE RECONOCIMIENTO Y TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS: LA INFLUENCIA DEL "DERECHO JURISPRUDENCIAL" DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
4. REFLEXIÓN CONCLUSIVA: CONSTITUCIÓN, DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES Y TUTELA DEL TRABAJADOR EXTRANJERO
5. BIBLIOGRAFÍA

1. PREMISA

La Constitución Española de 1978 no define de un modo expreso al extranjero ni enumera explícitamente la titularidad y ejercicio de sus derechos. Pero esto no implica que se desconstitucionalicen ambos. La técnica utilizada a tal fin es, para estos últimos, la propia remisión relacional condicionada a los derechos de los extranjeros contenida en el artículo 13 y, para la definición del primero, se habrá de atender a lo establecido en el artículo 1 de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social. Ahora bien, el sentido y alcance de la propia definición y contenido de los derechos han de estar en consonancia con las implicaciones inherentes al modelo de Estado social y sus valores inspiradores –libertad, igualdad y justicia, *ex* artículo 1.1 de la Constitución–, en términos de inclusión, universalidad, comunicabilidad e interdependencia de los derechos humanos fundamentales.

2. LOS DERECHOS ANTE LA NOCIÓN TÉCNICO-JURÍDICA DE EXTRANJERO

Sobre la base de la distinción entre persona y ciudadano, la condición de nacional de un Estado se definió desde finales del Siglo XIV y comienzos del XV –con el advenimiento de la Edad Moderna y el nacimiento del Estado como Estado nacional– en relación al principio de soberanía (Jouvenel, B., 2000, *passim*.). En base a éste, una persona que se hallase en el territorio interno a sus fronteras definidas formando parte de la población del mismo y se sujetase, en consecuencia, a su orden jurídico-político, tenía la condición de ciudadano del Estado que se tratase. Implícitamente, se ponía de manifiesto una contraposición entre el ciudadano nacional de un Estado y el ciudadano nacional de otro, no considerándose éste último como nacional del primero –ni viceversa– y sí como extranjero.

A día de hoy, este sentido y alcance para la condición de nacional de un Estado no es *stricto sensu* como se venía considerando en siglos anteriores. Se ha atemperado. Ahora bien, en los ordenamientos jurídicos actuales de los diferentes países sí sigue vigente con total esplendor en la definición de extranjero el sentido negativo –de contraposición, de exclusión– inherente al principio de soberanía. Muestra paradigmática de ello es el caso español y la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Y es que en la misma, delimitando su ámbito y a efectos de su aplicación, en su artículo 1.1 se define al extranjero como el que carece de la nacionalidad española. Es decir, jurídico-legalmente se concibe y percibe al extranjero diferenciándolo del nacional, en sentido negativo, excluyente y discriminatorio (Monereo Pérez, J. L. y Gallego Morales, Á., 2001, pp. 65 y ss.). Se configura así la extranjería como la situación jurídica en que se encuentra una persona en relación con un Estado del que no es nacional y en el que se

encuentra (Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C., 2003, p. 108). Si a esta situación de extranjero, se le suma "lo sociolaboral", en relación a la entrada, permanencia y salida –o retorno– de personas que igualmente acceden, se encuentran o salen del mercado de trabajo (Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., 2009, p. 6), nos encontramos con la condición o categoría material de extranjero inmigrante –trabajador no nacional–, pues ni en la Constitución ni en la propia Ley Orgánica 4/2000 se recoge formalmente la expresión inmigrante o extranjero inmigrante.

Esta definición jurídico-legal de extranjero y sus connotaciones no es absoluta ni completa para el caso español y los estados miembros actuales de la Unión Europea. Y es que la propia naturaleza supranacional e intergubernamental de ésta ha tenido un efecto inmediato sobre el concepto clásico de nacionalidad y ciudadanía, pues en todos y cada uno de los Estados miembros no se consideran extranjeros a las personas nacionales de los restantes países de la Unión. En el marco de la ya analizada ciudadanía europea, se les consideran y definen como comunitarios. Éstos, en España, no se rigen por la vigente Ley Orgánica 4/2000 –salvo con carácter supletorio en aspectos que pudieran serles más favorables, *ex* artículo 1.3– y sí por las normas que regulan el régimen comunitario en el marco del derecho a la libre circulación. Más concretamente, en el caso español, por el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos comunitarios y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo[1]. En éste, destaca la regulación de las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia y trabajo en España de las personas de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los países que forman parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como las limitaciones a estos derechos por razones de orden público, seguridad pública o salud pública.

De este modo, tanto en España como en los restantes Estados miembros de la Unión, desde una perspectiva jurídico-formal, será extranjero el nacional de un tercer Estado no miembro de la Unión Europea. Y, teniendo presente "lo sociolaboral",

---

[1] Inicialmente, éste fue modificado por el Real Decreto 1169/2009, de 10 de julio. Posteriormente, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Quinta, de 1 de junio de 2010, declaró nulos determinados artículos, apartados o disposiciones de distinto sentido y alcance para las personas comunitarias. Aglutinando los cambios anteriores, por medio del Real Decreto 1710/2011, de 18 de noviembre, se volvió a reformar, siendo ejes centrales de la misma: en primer lugar, la extensión de su ámbito de aplicación a los familiares de personas nacionales de los Estados de la Unión Europea con nacionalidad de terceros Estados, disponiendo éstos de la tarjeta de residencia desde la fecha de entrada en España –y no desde la fecha de concesión de la misma–; en segundo lugar, el mantenimiento del derecho de residencia en España para nacionales de terceros Estados en supuestos específicos, como para aquellos que lleven tres años casados o como pareja de hecho con una persona comunitaria, que dispongan de la custodia de hijos comunes o sean víctimas de violencia de género o de trata; y, en tercer lugar, la instauración de mayores garantías jurídicas en los procesos de expulsión de personas nacionales de Estados de la Unión Europea y sus familiares. Asimismo, 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, modifica el artículo 7 del mismo, afectando a los requisitos para inscribirse en el Registro Central de Extranjeros.

éstos formalmente serán trabajadores no comunitarios o extracomunitarios (Ramos Quintana, Mª I., 2009, pp. 1356-1357), además de que, materialmente, también se les pueden denominar y categorizar asimismo como extranjeros inmigrantes.

Ahora bien, actualmente, en pleno Siglo XXI, desde una perspectiva jurídico-formal, los derechos de estas personas extranjeras sí han evolucionado hacia su efectiva universalidad, dejando en un segundo plano el sentido negativo y restrictivo presente en la definición de extranjero con origen en el principio de soberanía. El desarrollo de los sistemas constitucionales y la normativa internacional sobre derechos humanos, así como la inclusión de ésta última en aquéllos (Monereo Pérez, J. L., 2009, pp. 13-30), han sido esenciales en este intercambio de posiciones de importancia y relevancia. Además, también ha sido clave el hecho de que tanto la separación entre persona y ciudadano como el significado de éste último se hayan visto seriamente modalizados en sus implicaciones más directamente relacionadas con los derechos de la persona por la propia universalidad de los derechos humanos, obligando a repensar y evolucionar el sentido estricto de la ciudadanía y su carácter restrictivo-locativo hacia la desnacionalización y el criterio de residencia (Oliván López, F., 2004, pp.45-60).

En este sentido, el que todo un elenco de derechos humanos fundamentales universales haya sido reconocido en el Derecho Internacional actual, ha implicado la superación en el ámbito internacional del principio de soberanía de los Estados en esta materia. Así, las principales Declaraciones y Pactos de Derechos vienen a establecer, reconocer, configurar y dotar de contenido a un conjunto de derechos inherentes a la persona humana y su dignidad allá donde esté, sea o no nacional del Estado en el que se encuentre (Baylos Grau, A., 2010, p. 15). En este contexto, es precisamente la conexión que presentan los propios derechos humanos con la dignidad la que genera para los Estados, en su relación con la comunidad internacional, una obligación de respetarlos y respetarla. En el caso español, el paradigma de esta situación lo constituye el sentido y alcance del artículo 10.2 de la Constitución: el establecimiento de una cláusula remisiva a las declaraciones de carácter internacional sobre derechos humanos a efectos interpretativos (Vidal Fueyo, Mª C., 2009, p. 27). Se incorpora e integra así en el ordenamiento jurídico español el estándar universal de reconocimiento y protección de los derechos humanos de la persona. De este modo, se han relativizado y superado las diferencias entre nacionales y extranjeros en materia de derechos humanos fundamentales (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., 2003, p. 24), al menos formalmente.

Ahora bien, tampoco se ha de obviar el cuestionamiento que está experimentando esta relativización y superación de diferencias sobre la base del debate en el seno de las políticas de inmigración entre las dimensiones de control y de integración ante la presencia de personas extranjeras inmigrantes en situación administrativa irregular. Desde el propio Tribunal Constitucional, a través de su Sentencia 17/2013, claramente se aboga por la primera dimensión frente a la segunda por medio de los derechos, ya que si para el ejercicio de los derechos fundamentales es la residencia o estancia en España, es difícil reconocer estos últimos a aquellas personas que, por su situación de irregularidad, no deben estar en el territorio nacional.

En suma, pese a estos avances y retrocesos, como resultado de una interpretación sistemática de conjunto que tiene presente estos últimos postulados, sustantivamente son extranjeros las personas carentes de nacionalidad española –y de la del resto de países miembros de la Unión Europea– que gozan en España del conjunto de derechos humanos fundamentales que, ateniéndose a sus circunstancias propias, se les atribuyan legalmente en consonancia con la propia Constitución y las disposiciones del Derecho Internacional sobre la materia.

3. MODELO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE RECONOCIMIENTO Y TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS: LA INFLUENCIA DEL "DERECHO JURISPRUDENCIAL" DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En la configuración general del modelo jurídico-constitucional de reconocimiento de los derechos de los extranjeros en España, es clave el artículo 13 de la Constitución (Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C., 2002, pp. 203 y ss.). Su sentido y alcance es garantizar a los extranjeros que se encuentren en España el goce de los derechos que se reconocen en el Titulo I de la misma con un condicionante fundamental: *en los términos que se establezcan en los tratados y en la ley*. Es decir, la Constitución no regula en sí misma los derechos de los extranjeros, sino que los enuncia y utiliza una técnica de remisión para la concreta titularidad y ejercicio de los mismos a lo que venga establecido tanto a nivel internacional –en los grandes tratados y pactos internacionales– como a nivel infraconstitucional –en el desarrollo legal de los mismos, principalmente en la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social–. En consecuencia, de una parte, la Constitución española no es solo una Constitución exclusiva para las personas nacionales –si bien fue realizada por éstos–; y, de otra parte, el texto constitucional no ha desconstitucionalizado los derechos de los extranjeros –que tienen su fuente primaria en el mismo–, sino que sólo remite las condiciones de ejercicio a la Ley (Díez-Picazo, L. Mª, 2008, pp.138-139).

En este sentido, la titularidad y el ejercicio de los derechos de los extranjeros en España se han de deducir de los preceptos que integran el título I –de los derechos y deberes fundamentales–, interpretados sistemáticamente. Para su determinación debe acudirse, en primer lugar, a cada uno de los preceptos reconocedores de derechos que se incluyen en dicho título, dado que el problema de su titularidad y ejercicio depende del derecho afectado (STC 107/1984, fj.4). En segundo lugar, al propio contenido del artículo 13, según el cual *los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley* –artículo 13.1–; teniendo presente que *solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23 de la Constitución, salvo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones*

municipales –artículo 13.2–. Por tanto, como se deduce de su redacción y de su misma ubicación en el Capítulo I –de los españoles y los extranjeros– del título I, este precepto constitucional hace referencia a todos los extranjeros, por contraposición a las personas de nacionalidad española, a pesar de que aquéllos puedan encontrarse en España en situaciones jurídica diversas.

La remisión realizada al legislador por este artículo 13 es en el sentido de negarle una total libertad para la regulación tanto de la titularidad como del ejercicio de todos y cada uno de los derechos del Título I. Y es que, atendiendo a lo establecido en la STC 107/1984, la aplicación del criterio fijado para la determinación de si un derecho pertenece o no a los extranjeros es la propia dignidad humana. Esto pone de manifiesto, a su vez, que los derechos fundamentales, por sí mismos, se encuentran ligados a ella y, como resultado, deben de ser derechos que pertenezcan tanto en la titularidad como en el ejercicio a los extranjeros, independientemente a su nacionalidad y situación. Por tanto, para los derechos fundamentales de los extranjeros, el legislador tiene la libertad limitada a la hora de configurarlos, ya que tiene que respetar siempre su grado de conexión con la dignidad humana y, en consecuencia, no puede modular su contenido (STC 99/1985) ni negar su ejercicio a las personas nacionales de terceros Estados, al tratarse de derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano de un Estado concreto.

De esta forma, es la propia dignidad de la persona –establecida constitucionalmente– la que es el primer, elemental y fundamental límite a la libertad del legislador para regular, según lo que establece el artículo 13 de la Constitución, el conjunto de derechos y libertades de los extranjeros en España. Ello es así porque en la interpretación sistemática de ésta, junto a los valores de la igualdad y la libertad, se ha de fundamentar la construcción teórica y jurídico-positiva de los derechos humanos fundamentales (González Moreno, B., 2002, pp.94-102). Prueba de su importancia es que se conforma como el valor fundamental sobre el que se articula la dimensión moral del hombre sobre la que quedan ensamblados los derechos de la persona y que deriva en la realización de dos obligaciones morales: la de ser solidarios con aquellos que están insatisfechos física y moralmente y la de ser solidarios con los sujetos morales que carecen de participación en igualdad de condiciones en los ámbitos sociales.

Ahora bien, ello no obsta a que el legislador pueda fijar condicionamientos adicionales en el ejercicio de los propios derechos por los extranjeros. Los mismos, en todo caso, han de respetar siempre lo que venga establecido constitucionalmente respecto de ellos. No se puede estimar el derecho que se trate en cada caso permitiendo que el legislador configure libremente su contenido, cuando ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros. Es decir, los tradicionales requisitos de legalidad plasmados en la exigencia de la autorización para trabajar o el permiso de residencia, no permiten al legislador privar al extranjero de derechos que les corresponden constitucionalmente en su condición de persona (Triguero Martínez, L Á., 2012, pp. 220 y ss.; García Vázquez, S., 2007, p. 48). Si se le permitiese, no sería respetado de ninguna forma el contenido esencial por la distinción entre titularidad y ejercicio y se daría paso a la

consideración de los derechos fundamentales desde los criterios dogmáticos de la teoría tradicional de los derechos patrimoniales, del derecho de propiedad, lo que supondría la degradación de las garantías inherentes a la dignidad humana (Gutiérrez Gutiérrez, I., 2001, pp.19-22).

Esta posible situación conllevaría una desconstitucionalización de los derechos fundamentales y una desnaturalización de los mismos que se produce cuando se entiende que forma parte del contenido posible legal elementos típicos del contenido esencial –tales como la titularidad y el ejercicio en sí de los derechos–, porque nunca, en términos de principio, puede formar parte del contenido posible legal elementos esenciales o resistentes del derecho constitucional. Si ello es así, en tal caso se estaría invadiendo el límite del contenido esencial impuesto deliberadamente por el legislador constitucional al legislador infraconstitucional del derecho que se trate. Y es que una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales (Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C., 2003, p.116). Así pues, se pone de manifiesto que ningún derecho fundamental puede ser considerado totalmente como de configuración legal –todo derecho fundamental goza de la garantía constitucional de un contenido esencial que actúa como límite infranqueable para el legislador infraconstitucional, *ex* artículo 53.1 de la Constitución– (Häberle, P., 2003, pp. 322 y ss.), pues aunque en los supuestos en los que la intervención del legislador es necesaria para que el contenido del derecho quede configurado, el legislador habrá de respetar un contenido mínimo que en la Constitución se encuentra consagrado (Vidal Fueyo, Mª C., 2002, p.62) en clara consonancia y respeto a lo establecido internacionalmente (Jover Gómez-Ferrer, R, Ortega Carballo, C, y Ripol Carulla, S., 2010, pp. 25-28).

En esta dirección, el régimen de garantías constitucionalmente establecido para la protección de estos derechos es el que se recoge en el artículo 53.1 de la misma, por el que se garantiza una protección ordinaria de los mismos que se ha de entender necesariamente atribuida también a los extranjeros en cuanto poseedores de ellos (Triguero Martínez, L. Á., 2012, pp. 370-378). Esto supone que la regulación de las condiciones de ejercicio por los extranjeros de los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución ha de hacerse imperiosamente bajo el respeto del contenido esencial, puesto que bajo artículo 53.1 no cabe el establecimiento de diferencias en base a la nacionalidad (Lucas Murillo de la Cueva, P., 2005, p. 18). Así, este conjunto de derechos tiene la protección ordinaria consistente en la tutela a través del recurso de inconstitucionalidad. En consecuencia, esta garantía es aplicable única y exclusivamente a los derechos como tales, no a las garantías institucionales y en ningún caso a los mandatos del legislador (Rivero Lamas, J., 2002, p. 1985)**.**

De este modo, se comprueba que el artículo 13.1 de la Constitución proporciona al legislador una libertad considerable para la regulación de los derechos de los extranjeros, pero siempre y cuando las condiciones que establezca en la misma respeten la conexión de los derechos con la garantía de la dignidad humana, el

contenido mismo del derecho constitucionalmente establecido y el contenido del mismo fijado en los Tratados Internacionales. Así, la remisión a la Ley no comporta una desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros, porque el legislador, aun disponiendo de un amplio margen de libertad para concretar los términos en los que aquéllos gozarán de los derechos en España, se encuentra sometido a límites derivados del conjunto del título I de la Constitución. Especialmente los contenidos en el artículo 10.1 y 2 de la misma: de un lado, la dignidad humana y los derechos inviolables que le son inherentes como fundamento del orden político y de la paz social; y, de otro, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades reconocidas por la Constitución se han de interpretar de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre dichas materias ratificados por España.

En clara consonancia, para el Tribunal Constitucional (Casas Baamonde, Mª E., 2008) existen derechos del título I que corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, no resultando posible un tratamiento desigual respecto de los españoles (STC 107/1984, fj. 3) porque gozan de ellos en condiciones plenamente equiparables a los españoles (STC 95/2000, fj. 3). Precisamente, estos derechos son los que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos: derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 de la Constitución es el fundamento del orden político español (SSTC 107/1984, fj. 3; 99/1985, fj.2; y 130/1995, fj. 2). Se trata, en efecto, de derechos inherentes a la dignidad de la persona humana (STC 91/2000, fj.7). Esa inherencia a la personalidad afecta al conjunto de los derechos fundamentales de la persona según su garantía constitucional y en conexión obligada con la cláusula consagrada *ex* artículo 10.2 de la Constitución (SSTC 78/1982; 84/1989; 139/1989; 236/2007; 259/2007; 17/2013). Ciertamente la dignidad humana impone el reconocimiento a toda persona, independientemente de la situación en que se encuentre, los derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla efectivamente, por lo que ésta constituye y se configura como un mínimo infranqueable que, por imperativo constitucional, se impone a todos los poderes, incluido, como es obvio, el mismo legislador infraconstitucional. Es así que deberá prestarse una especial atención la observancia por el legislador de los límites que impone el texto constitucional.

Por su parte, el artículo 10.2 de la Constitución constituye el canon hermenéutico de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas. Sobre este precepto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado advirtiendo de que no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en la medida en que no estén también consagrados por la propia Constitución. Pero, sin embargo, sí obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios. Así, el texto constitucional implica que toda interpretación de los derechos y libertades que consagra sea conforme con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Hecho que tiene una gran relevancia para las personas extranjeras,

pues la normativa internacional de derechos humanos superó hace muchísimos años ya la clásica distinción nacional-extranjero, proclamando la existencia de un conjunto de derechos cuya titularidad se predica de todo ser humano, dando lugar así un estándar mínimo internacional (Vidal Fueyo, Mª C., 2002, p. 70). Esto no significa que el Tratado Internacional invocado sea en sí mismo canon de constitucionalidad, sino que los artículos reguladores de derechos a nivel jurídico-legal han de ser contrastados con los preceptos constitucionales que enuncian y proclaman los derechos y libertades de los extranjeros en España, siempre que sean interpretados de acuerdo con el contenido del Tratado de referencia. Se convierte así, en la práctica, este contenido en el propio y constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo II del título I de la Constitución (STC 36/1991, fj. 5). Adicionalmente, se ha señalado, que especial interés revisten, en este proceso de determinación, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el artículo 10.2 de la Constitución remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales.

De este modo, el principal criterio general y motivación básica perseguido es el adecuado establecimiento del estatus jurídico básico fundamental de derechos de la persona extranjera en España. La forma técnico-jurídica a tal fin es hacer primar la condición de persona, conforme a la relación que presenten cada uno de los derechos que lo integran con la propia dignidad personal y humana.

Esta firme apuesta y decisión del orden jurídico-constitucional es tanto manifestación clara del reconocimiento del compartir nacional con el ámbito de los valores e intereses que los instrumentos internacionales citados protegen, como expresión de la voluntad española en cuanto Nación de incluirse en un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado. Sobre estos motivos, desde sus primeras sentencias, el Tribunal Constitucional ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (SSTC 38/1981, 78/1982, y 38/1985) y, muy singularmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas de 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer –como contenido mínimo de sus derechos fundamentales– los Estados signatarios del mismo (SSTC 36/1984, 114/1984, 245/1991, 85/1994 y 49/1999).

En clara consonancia con esta tendencia interpretativa, corresponde examinar, primeramente, la conexión del concreto derecho de que se trate con la garantía de la dignidad humana. Tal determinación requiere partir del tipo abstracto de derecho y los intereses que básicamente protege –es decir, su contenido esencial– para precisar, seguidamente, en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona. Ahora bien, acudiendo necesariamente para ello a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales

sobre las mismas materias ratificados por España –*ex* artículo 10.2 de la Constitución, ubicado significativa e ilustrativamente dentro del mismo artículo garante de la dignidad de la persona– (STC 91/2000, fj.3). Una vez realizado esto y también comprobado la vinculación del derecho con la dignidad de la persona, lo que deberá corroborarse es si la condición establecida por el legislador para su ejercicio es constitucionalmente admisible. En tal sentido si el derecho es de toda persona –derecho universal–, sólo cabe establecer condicionamientos adicionales a su ejercicio, pero siempre que realmente no supongan una privación del mismo. Es decir, siempre y cuando el legislador de desarrollo de las previsiones constitucionales respete un contenido del mismo –que precisamente es el que lo hace reconocible como tal– que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona y al libre desarrollo de su personalidad, independientemente a la nacionalidad del mismo y a la situación en que se encuentre.

Esta es, en lo sustancial, la premisa argumentativa y hermenéutica que sustentan las SSTC 236 y 259/2007 y la doctrina establecida por ellas (Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L. Á., 2008, pp. 16-28; Ramos Quintana, Mª I., 2008, pp. 47-80; Alonso-Olea García, B., 2011, pp. 33 y ss.), seguida por la Ley Orgánica 4/2000 tras la reforma operada por medio de la Ley Orgánica 2/2009 (Triguero Martínez, L. Á., 2009, pp. 347 y ss.). Sobre esta doctrina y argumentación, se ha de dejar claro que se trata, en todo caso, de una interpretación jurídica, de manera que la *ratio* de la norma se identifica sobre la base de una reflexión compleja en relación a su fundamento lógico y axiológico, que ha de saber unir la exigencia de coherencia intrínseca del ordenamiento y su adecuación a las exigencias sociales históricamente determinadas por la propia cultura de los derechos fundamentales –en este caso concreto– (Heck, P., 1999, *passim*.).

Es necesario recalcar, en cualquier caso, que en este contexto interpretativo es en el que se ha de tener presente que, en la regulación jurídico-legal de los derechos de los extranjeros, es indispensable el respeto a lo que venga establecido en la Constitución referido a esta materia y a los Tratados y Pactos de derechos de carácter internacional. En ello es clave el hecho de que a nivel internacional, como consecuencia del paso histórico de los tratados internacionales entre Estados con poca o nula proyección en el derecho interno, a los tratados y pactos de derechos humanos de carácter universal, se produjese un establecimiento de estándares mínimos internacionales a los que el contenido de los derechos internos reguladores deben de ajustarse. Por tanto, la regulación jurídico-legal de cada uno de los Estados concretos ha de respetar, genéricamente, los mínimos internacionales establecidos –a modo de estándar universal– en las principales declaraciones, pactos y convenios reconocedores de derechos.

En clara consonancia, a nivel jurídico-legal, es el artículo tercero de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, el que actúa como pórtico al reconocimiento de los derechos de los extranjeros en base interpretativa a tres criterios: en primer lugar, la igualdad de trato jurídica respecto al nacional en derechos reconocidos constitucionalmente a los extranjeros; en segundo lugar, la vigencia universal

de los derechos fundamentales de las personas; y, en tercer lugar, la cláusula de interpretación conforme al estándar internacional de protección de los derechos humanos. Así, en correcta lógica y técnica-jurídica de conjunto, se le dedica un título por completo de la misma a los derechos, el título I: Derechos y libertades de los extranjeros, que a su vez se divide en cuatro capítulos y veintidós artículos. Es decir, poco menos de una tercera parte del global de la Ley en la que se reconocen la titularidad y las particularidades de ejercicio de los derechos de los extranjeros, ya sean fundamentales o no y sin categorizar en civiles, políticos y/o sociales.

Desde la perspectiva del constitucionalismo de carácter democrático-social, el sistema de derechos imperiosamente ha de ser contemplado desde el principio de integración por la igualdad de derechos (Monereo Pérez, J. L., 2009, pp. 34-38; Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L. Á., 2013, pp. 17 y ss.), por más que desde una lógica de control se traten de limitar mediante mecanismos de policía administrativa a través del control de flujos, sobre el fundamento, precisamente, de la defensa del interés público que subyace en el adecuado control de éstos últimos (STC 17/2013). En consonancia con esta opción, es donde la última reforma de conjunto en la Ley Orgánica 4/2000 por medio de la Ley Orgánica 2/2009, desempeña un rol clave al insistir implícitamente –derivado de las SSTC 236 y 259/2007– en que la norma de desarrollo del artículo 13 de la Constitución, cuya expresión es el título I que se ocupa de los *derechos y libertades de los extranjeros*, no reproduzca con fidelidad la clasificación de derechos realizada hace casi tres décadas por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 107/1984 en su fundamento jurídico tercero.

Ésta última clarificó cuáles eran los derechos que correspondían a los extranjeros: aquellos que pertenecen a la persona en cuanto tal, es decir, pertenecen a nacionales y extranjeros; derechos de configuración legal, según venga establecido en la ley; y derechos que en modo alguno pertenecen a los extranjeros, que son exclusivamente de los nacionales.

En primer lugar, están los derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano. Es decir, aquellos que tienen un carácter imprescindible para la garantía de la dignidad humana, que conforme al artículo 10 de la Constitución Española constituyen fundamento del orden político español. Así, corresponden a los extranjeros por mandato constitucional, no resultando posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los nacionales. No se establece una tasación cerrada del conjunto de los derechos que se pueden acoger bajo este grupo, sino que es una lista abierta ejemplificadora, citándose algunos como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad o a la libertad ideológica, religiosa y de culto. También se incluye el derecho a la tutela judicial efectiva extendida a las garantías judiciales vinculadas a los derechos fundamentales. Así pues, son derechos que presentan una clara identificación con los derechos fundamentales y las libertades públicas, cuyo disfrute se produce en términos de completa igualdad como diferenciación negativa (De Asís Roig, R., 2006, pp. 40-43), implicando la no diferenciación en lo referido a su titularidad, ejercicio y garantías, más allá de la mera condición personal administrativa y/o de nacionalidad. Esto hace que sean derechos que deban de

ser interpretados conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Acuerdos y Tratados internacionales ratificados por España. En esta línea está la tendencia que, en relación a los derechos fundamentales que deben poseer los extranjeros, identifica que todos los del Título I de la Constitución, cuyas garantías normativas y jurisdiccionales se supeditan al carácter fundamental de los derechos.

En segundo lugar, están los derechos de configuración legal, cuya titularidad y ejercicio quedan reconocidos según las condiciones que establezcan los Tratados y la Ley. Es admitida una diferenciación en su ejercicio respecto a los nacionales, pero siempre respetando los preceptos constitucionales. Se origina así, a una igualdad como diferenciación positiva (Ibídem, 2006, pp. 40-43), en cuanto que se produce un trato distinto considerado como relevante. Es decir, son derechos compartidos por nacionales y extranjeros, en la medida en que a éstos vengan atribuidos en los términos establecidos por el legislador, que es el que tiene autoridad para someter su cumplimiento a determinadas condiciones. Estas condiciones, o límites, son la justificación de la desigualdad que se pueda producir respecto al reconocimiento de los derechos a determinados extranjeros, entrando aquí a jugar un papel fundamental las autorizaciones administrativas pertinentes. Pero complementaria y esencialmente, hemos de tener presente que esta autoridad del legislador no es absoluta ya que se encuentra moldeada por dos límites básicos. Por un lado, tal y como hemos aludido, por los mandatos constitucionales establecidos. Y, por otro lado, por los contenidos esenciales que ostentan cada uno de los derechos, que se presentan como fundamentales a respetar (Triguero Martínez, L. Á. 2012, pp. 203 y ss.), según el artículo 53.1 de la Constitución. En conexión con este grupo de derechos se encuentra aquella posición que, en relación a los derechos fundamentales que deben poseer los extranjeros, identifica que tan sólo algunos de ellos, para lo que se amparan en la interpretación reductiva y en la exclusión constitucional de algunos derechos propios de los españoles o los ciudadanos; a la vez que condicionan sus garantías jurisdiccionales y normativas al ejercicio y disfrute establecido en el desarrollo estatal o internacional del mismo.

En tercer lugar, están los derechos que de ninguna manera pertenecen a los extranjeros, por ser específicos de los nacionales y cuya facultad se liga a la noción y ejercicio de la soberanía estatal. Es decir, son derechos políticos. Estamos ante el caso del artículo 23 de la Constitución: la participación en asuntos públicos, de forma directa o mediante representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal y el acceso a funciones y cargos públicos. En consecuencia, los extranjeros son parte de la sociedad en la que se encuentran en base a un conjunto de derechos universales, pero con la ausencia de compartir una misma identidad colectiva que les reporte tener el conjunto de derechos de la ciudadanía política. Se crea así un colectivo en la sociedad que disfruta de derechos sociales y civiles, pero no políticos, dando lugar a una situación de extranjería permanente (Benhabib, S., 2005, p. 108). Pero este derecho en principio tajantemente prohibido, presenta la excepción de que el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales quede supeditado a la firma de convenios o acuerdos de reciprocidad entre Estados, constituyendo éstos un aspecto elemental en la materia según el artículo 6 de la Ley Orgánica 4/2000.

Esta clasificación tripartita se fundamenta en una diferenciación radical entre los derechos fundamentales de la persona y los derechos sociales, de modo que es en relación a éstos últimos –que son los más efectivos para hacer real la integración social en la medida que son el presupuesto para la garantía del disfrute real de aquellos– donde el legislador ha tenido un mayor margen de actuación. Es así debido a su dimensión prestacional, ya que se abre una mayor posibilidad de atender a concretas circunstancias, socioeconómicas y personales. La equiparación de todos, esto es, entre españoles y extranjeros e, incluso, de entre éstos entre sí, se hace más difícil.

Sin embargo, la función de legitimación social de la Ley, conforme a una más moderna y social perspectiva establecida en la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000, se juega básicamente en este punto, en la medida que la actitud ante la posición jurídica de uno de los colectivos más desfavorecidos en el plano socioeconómico define de forma muy clara la concepción subyacente e inspiradora del vigente texto legal. Si los derechos fundamentales no son vinculados a la condición de nacional, ni tan siquiera de ciudadano, sino a la de persona, que por tanto precede a la ley, aunque sea la ley la que delimita cuando se es persona; tampoco los derechos sociales, *conditio sine qua non,* para la vigencia de la cláusula de dignidad de la persona.

En concordancia con esta situación descrita, es posible proponer una nueva clasificación tripartita de los derechos de los extranjeros más acorde (Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C., 2002, pp. 220-223). Un primer grupo vendría conformado por los derechos universales de todas las personas en cuanto sujetos y, por tanto, serían derechos inherentes a la garantía de la dignidad humana. Este grupo concordaría con el primero de la comentada sentencia. Ahora bien, ampliando el elenco por la propia caracterización de universalidad y los derechos humanos y su estándar mínimo internacional. Un segundo grupo lo constituiría los derechos exclusivos y, por tanto, excluyentes, de los nacionales de un Estado, que estarían en relación directa con los derechos de participación política. En consecuencia, serían derechos de ciudadanía política. Este grupo se corresponde, en parte, con el tercero de la citada Sentencia. Un tercer grupo de derechos generalizables, sin ninguna relación con la ciudadanía, serían compartibles según las exigencias legislativas y constituirían el reflejo de una ciudadanía cívica y social. Así pues, atendiendo a esta propuesta –doctrinalmente establecida–, no queda fijada una división radical e ilógica de los derechos, sino que se manifiesta la interdependencia entre todos los derechos humanos fundamentales. Sin embargo, el que se admita la realidad jurídica de una diferenciación como regla entre las categorías de derechos atendiendo al contenido y a las técnicas de protección, no puede conducir a afirmar su necesaria separación y abogar por un tratamiento jurídico completamente independiente.

Es en esta dirección en la que el Tribunal Constitucional, mediante las SSTC 236 y 259/2007 profundizó y mostró la intención de superar su doctrina tripartita en la atribución de los derechos a los extranjeros establecida en la STC 107/1984. Con ello, lo que se produjo fue una extensión de los derechos de ciudadanía a los

extranjeros como objetivo de la política jurídica bajo el amparo de que, necesariamente, se tienen que recibir legislativamente los mandatos constitucionales, en especial en los términos fijados en las normas internacionales, tal y como se deduce del artículo 10.2 de la Constitución. El paradigma de tal situación en aquéllas sentencias se produjo con las cuestiones planteadas para la tacha de inconstitucionalidad de derechos sociolaborales como la libertad de sindicación, el derecho de huelga o el derecho de reunión (Triguero Martínez, L. Á., 2008, *passim*.).

Tales derechos, o bien derivan del ejercicio de una actividad socioeconómica útil –independientemente de la nacionalidad del que la realiza– o bien son inherentes a la existencia de determinadas situaciones de necesidad, al margen de la condición personal y de que se realice o no actividad. De lo contrario, quedarían acentuados los efectos excluyentes de una sociedad remercantilizada en la que, al igual que ocurre con otros colectivos en el seno de las sociedades de la opulencia, cada vez son más los desplazados hacia situaciones vulnerables y desarraigados, con la consecuencia inmediata del aumento de los focos potenciales o reales del conflicto social. Por lo tanto, el reto de la integración no sólo tiene el objetivo de la cohesión desde la dimensión social, sino también económica, en cuanto que es un presupuesto para el mantenimiento del modelo económico basado en las reglas del mercado. De ahí el permanente avance y retroceso de los extranjeros inmigrantes entre las leyes y el mercado.

4. REFLEXIÓN CONCLUSIVA: CONSTITUCIÓN, DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES Y TUTELA DEL TRABAJADOR EXTRANJERO

La jurisprudencia constitucional de finales de 2007, que afectó directamente a paradigmáticos derechos sociales fundamentales del trabajador extranjero inmigrante –libertad sindical o huelga–, es clave para la auténtica y genuina conformación de éstos en cuanto derechos de ciudadanía laboral o industrial. Éstos entroncan tanto con el principio participativo –propio de los derechos de ciudadanía política–, como con el principio de libertad –propio de los derechos de ciudadanía civil o cívica–, e incluso con el principio de igualdad –propio de la ciudadanía social–. Sin embargo, se concretan en un determinado colectivo socioeconómico –los trabajadores– y se ejercen en un concreto ámbito –la empresa– y el mundo del trabajo en general –derechos del ciudadano en cuanto trabajador, hombre socialmente situado (Monereo Pérez, J. L., 1996, pp. 116 y ss.)–.

Esta circunstancia tiene el riesgo de trazar una desaconsejable separación entre los derechos y libertades generales de la persona y los derechos y libertades del individuo en su condición –estatus social– de trabajador. Pero, sin embargo, se ha de tener presente que la Constitución tiene una función formadora y conformadora de los principios, derechos y libertades de contenido social y laboral. La Constitución forma el Derecho Social en tanto que la constitucionalización de los principios y derechos jurídico-laborales es un dato básico para conocer su

caracterización como sector diferenciado dentro del ordenamiento jurídico general. En efecto, la recepción constitucional de determinados derechos subjetivos del ciudadano trabajador y la consagración de principios jurídicos-laborales en la norma fundamental o fuente que constituye y define el sistema jurídico, implica que esos principios y derechos laborales adquieran el mismo rango formal y material que los que venían inspirando tradicionalmente el ordenamiento general. Se ha podido decir que la Constitución da al trabajo humano igual consideración y jerarquías que otras materias de orden político-jurídico. Esto deriva del hecho de que la regulación del trabajo se estima como elemento esencial del orden social establecido en un momento histórico determinado. De ahí que sea la propia Constitución quien formalice los principios básicos de la organización jurídica del trabajo por cuenta ajena y, consiguientemente, garantice los derechos sociolaborales.

El constitucionalismo social contemporáneo reconoce junto a los derechos de libertad clásicos los derechos sociales y económicos del trabajador profesional. Hay, pues, una equiparación jurídico-política, en la misma fuente –la Constitución–, de los derechos generales de la persona y los derechos subjetivos del ciudadano en su condición de trabajador por cuenta ajena. Por eso es legítimo afirmar que se hace de los derechos del trabajador derechos análogos a los del ciudadano. Esta ciudadanía social derivada directamente del trabajo y de la condición de trabajador, hace también que a la persona extranjera trabajadora –inmigrante– se le reconozca el conjunto de derechos sociales y económicos vinculados al hecho del trabajo (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., 2003, p. 28), elemento clave para una efectiva integración y cohesión social.

Es en esta línea de pensamiento en la que un sector de la doctrina clásica (Lyon-Caen, G., 1980, pp. 31 y ss.) ha hecho notar que el Derecho Constitucional tiene la función de organizar las instituciones de la democracia; y la democracia en las relaciones de trabajo no puede ser otra cosa que hacer de los derechos de los trabajadores –independientemente a su nacionalidad y condición– derechos análogos a los del ciudadano.

5. BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (dirs. y coords.), Comares, Granada, 2012.

—, *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica,* Fernández Avilés, J. A., Moreno Vida, Mª N. (dirs.), Ortega Pérez, N., Guillén López, E., Durán Ruiz, F. J., Triguero Martínez, L. Á., (coords.) Comares, Granada, 2011.

—, *La inmigración en Andalucía. Instituciones, aspectos jurídico-sociales y culturales*, MONEREO PÉREZ, J. L., GARCÍA CASTAÑO, F. J. y FERNÁNDEZ

AVILÉS, J. A. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coord.), Comares, Granada, 2012.

—, *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coord.), La Ley, Madrid, 2010.

—, *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (coords.), Comares, Granada, 2010.

ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *Extranjería y Trabajo. Implicaciones constitucionales del Derecho de Extranjería en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2011.

BAYLOS GRAU, A., "El derecho internacional de los migrantes", en *Derechos Humanos de las personas migrantes y reformas normativas*, BAYLOS, A., PARIZA, L. M. y MORENO, J. A., Fundación 1º de Mayo, Madrid, 2010.

BENHABIB, S., *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos,* Gedisa, Barcelona, 2005.

CASAS BAAMONDE, Mª E., "El Tribunal Constitucional ante la extranjería", en *Derecho, Inmigración e Integración*, AA. VV. Ministerio de Justicia, Madrid, 2008.

DE ASÍS ROIG, R., "Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos", en *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, AA. VV. CAMPOY CERVERA, I. (Ed.), Dykinson, Madrid, 2006.

DÍEZ-PICAZO, L. Mª, *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed., Thomson Civitas, Navarra, 2008.

GARCÍA VAZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., "Constitución Española, derechos de los extranjeros", *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 41, 2001.

HÄBERLE, P., *La libertad fundamental en el Estado constitucional,* Comares, Granada, 2003.

HECK, P., *El problema de la creación del Derecho,* Comares, Granada, 1999.

JOUVENEL, B., *La soberanía*, Comares, Granada, 2000.

JOVER GÓMEZ-FERRER, R., ORTEGA CARBALLO, C. y RIPOL CARULLA, S., *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., "Notas sobre la posición de los extranjeros en el ordenamiento constitucional español", en *Inmigración y derechos de los extranjeros*, AA. VV., FERNÁNDEZ LE GAL, A. y GARCÍA CANO, S. (dir.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005.

LYON-CAEN, G., "Constitucionalización del Derecho del Trabajo", en *Los trabajadores y la constitución*, AA. VV, Selsa, Madrid, 1980.

MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1996.

—, *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Bomarzo, Albacete, 2009.

MONEREO PÉREZ, J. L. y GALLEGO MORALES, Á., "Artículo 1. Delimitación del ámbito", en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), Comares, Granada, 2001.

MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., "Ciudadanía, solidaridad y extranjería: el derecho a la inserción de los inmigrantes", en *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, Mª N. (dirs.), Comares, Granada, 2002.

—, "Los derechos sociales de los inmigrantes en el marco de los derechos fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la nueva reforma «pactada»", *Revista de Relaciones Laborales Lan Harremanak*, núm. 8, 2003.

MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., "Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre (I)", *Revista Relaciones Laborales,* núm. 6, 2008.

—, "Las personas extranjeras inmigrantes y sus derechos sociales ante las transversales novedades jurídicas nacionales y comunitarias de 2011 y 2012: sentido y alcance desde el constitucionalismo democrático-social", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 157, 2013.

OLIVÁN LÓPEZ, F., *Constitución y extranjería. La dialéctica de la integración*, Dykinson, Madrid, 2004.

RAMOS QUINTANA, Mª I., "Extranjeros en situación irregular en España: derechos atribuidos, limitaciones a la libertad y medidas de carácter sancionador: la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 19, 2008.

—, "Trabajo de extranjeros", en *Enciclopedia Laboral Básica «Alfredo Montoya Melgar»*, AA. VV., SEMPERE NAVARRO, A. V., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y AGUILERA IZQUIERDO, R. (dirs. y coords.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009.

RIVERO LAMAS, J., "La garantía de los derechos y libertades constitucionales", en *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, Mª N. (dirs.), Comares, Granada, 2002.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios", en *Derechos y libertades de los extranjeros*, Tomo I, AA. VV., Gobierno de Cantabria, Cantabria, 2003

—, "La intervención autonómica en las autorizaciones de residencia y trabajo", *Revista Relaciones Laborales*, núm. 20, 2009.

TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., *El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante*, Bomarzo, Albacete, 2008.

—, "La nueva reforma de la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su integración social: notas clave para su comprensión", *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 9, 2009.

—, *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, Comares, Granada, 2012.

VIDAL FUEYO, Mª C., *Constitución y extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

—, "Los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en la Constitución Española", en *Los derechos de los inmigrantes en España*, AA. VV., AJA, E., (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

EL DERECHO A VACACIONES Y A LA INCAPACIDAD TEMPORAL

Belén del Mar López Insua
Contratada FPDI
Universidad de Granada

SUMARIO

1. EL DERECHO A VACACIONES COMO PRINCIPIO GENERAL DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y LA PROTECCIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL
2. LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EUROPEA Y SU INCIDENCIA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL
3. PANORAMA ACTUAL
4. CONCLUSIONES
5. BIBLIOGRAFÍA

1. EL DERECHO A VACACIONES COMO PRINCIPIO GENERAL DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y LA PROTECCIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

La conquista por conseguir una limitación de la jornada laboral que garantice para todos los trabajadores un mínimo descanso para la recuperación física y psíquica de sus aptitudes de trabajo ha constituido, desde el mismo movimiento obrero, una de las reivindicaciones más proclamadas y defendidas para asegurar la mejora de calidad de vida de la clase trabajadora. Haciendo uso de un ejercicio de memoria histórico-jurídica aflora ante nuestros ojos, como antecedente más inmediato a la actual Carta Magna, la Constitución redactada en 1931 tras la instauración de la Segunda República Española. El tortuoso trayecto que ha seguido nuestro constitucionalismo ha quedado desde entonces rubricado por un afán social comprometido con el trabajador, donde ya en el artículo 46 de aquella se reconoce el compromiso del Estado con el empleo y las mejoras de las condiciones de trabajo de las personas al proclamarse, que "*La República asegurará a todo trabajador las vacaciones anuales retribuidas*".

A día de hoy, el derecho a vacaciones aparece configurado por nuestra Constitución Española (en adelante CE) como uno de los principios rectores del Orden Social y económico más importantes e imprescindibles de todo el ordenamiento jurídico laboral. Concretamente, su contenido se enuncia en el artículo 40.2 CE por el que se encomienda a los poderes públicos la tarea de fomentar una política que garantice el reconocimiento de *"las vacaciones periódicas retribuidas*". Ahora bien, más que una función informadora del ordenamiento en general, estos principios que enuncia el Capítulo III de la Norma Madre cumplen una función interpretativa tanto del resto de los preceptos constitucionales, como de las leyes en general (artículo 53.3 CE)[1]. Es por ello, que la doctrina científica mayoritaria ha puesto de manifiesto la necesidad de considerar estas normas como marco indispensable por el que se ha de fijar el contenido del resto de disposiciones que conforman nuestro ordenamiento jurídico, en el sentido que resulte más acorde con la CE[2].

Siguiendo esta línea, el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores (ET) reitera y concreta dicha previsión al cifrar en un mínimo de treinta días naturales al año el disfrute de las vacaciones. No obstante, la fijación de los períodos en los que se podrá tomar el percibo de ese derecho tendrá que ser concretados de común acuerdo entre el empresario y el trabajado conforme con lo establecido por los Convenios Colectivos. De tal forma que se habrá de respectar en todo momento por la empresa el percibo de dicho derecho, pudiendo fijarse por la normativa convencional las pautas o criterios para la distribución y planificación de las vacaciones de todos los trabajadores de acuerdo con las necesidades que presente

[1] En este sentido la STC 19/1982, de 5 de mayo (RTC 1982, 19).

[2] Véase el voto particular que formula el magistrado Jordi Agustí Julia, al que también se adhieren los magistrados: Luis Fernando de Castro Fernández, María Luisa Segoviano Astaburuaga y Rosario María Viroles Piñol, respecto de la STS de 3 de octubre de 2007 (RJ 2008/606).

la organización productiva[3]. Esta competencia que se atribuye a los negociadores colectivos encuentra su límite en el respeto a unas garantías mínimas que derivan de la propia naturaleza y finalidad que se imponen por el Texto Constitucional[4]. Y es que cuando mediante las mismas ya no se garantice la obtención de la concreta finalidad prevista, esto es, el disfrute de un tiempo lo suficientemente continuado para dedicarlo al esparcimiento y desaliento del trabajador[5], se entenderá entonces que se ha producido una conculcación en la efectividad del derecho a vacaciones[6].

Del mismo modo, todos los trabajadores (principio de universalidad)[7] tienen asimismo reconocido el derecho a la salud y a la recuperación plena de los estados de incapacidad que les imposibiliten temporalmente para trabajar. Por lo que con vistas a alcanzar tal objetivo se impone en el artículo 41 de la CE, la obligación a los poderes públicos de "*mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad…*". Así pues, durante ese período transitorio en el que queda suspendida la relación laboral (artículo 45.1 c) del ET), el trabajador que deja de desempeñar su profesión habitual podrá percibir un subsidio económico que permita, a un mismo tiempo, compensar el *lucro cesante* y reparar las consecuencias que a causa de una enfermedad o un accidente (tanto comunes como profesionales) originan una incapacidad temporal (IT)[8].

De la lectura de ambos conjuntos normativos se derivan una serie de problemas prácticos que si bien, no han alcanzado a otorgar una solución uniforme por vía jurisprudencial. De ahí que haya resultado necesario conjugar y revisar los parámetros básicos que marcan cada uno de los Estados[9], con las interpretaciones que viene

---

[3] García-Perrote Escartín, I y Mercader Uguina, J.R: "Incapacidad temporal y vacaciones: las plurales interpretaciones por el Tribunal Supremo de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto Merino", *Justicia Laboral*, nº 28, noviembre de 2006, página: 5. Estos autores ofrecen como ejemplos más repetidos en la práctica convencional: "el reconocimiento de preferencias en la elección del momento de disfrute de las vacaciones a favor de los trabajadores más antiguos; la distribución de los periodos vacacionales por grupos, secciones o departamentos; la exclusión de determinados períodos del año; o finalmente, el cierre de la empresa durante un determinado periodo en el que necesariamente todos los trabajadores disfrutarán de sus vacaciones".

[4] STC 324/2006, de 20 de noviembre (RTC 2006, 324).

[5] STC de 26 de febrero de 2003 (RJ 2003, 3090).

[6] Véase las conclusiones de la abogada general Sra. Verica Trstenjak en el asunto Maribel Domínguez contra Centre informatique du Centre Ouest Atlamtique, Préfect de la región Centre (Asunto C-282/10), a petición de la decisión planteada por la Cour de Cassation (Francia) y presentadas el 8 de septiembre de 2011.

[7] Monereo Pérez, J.L: "Artículo 41. El derecho a la Seguridad Social", en VV.AA, Monereo Pérez, J.L; Molina Navarrete, C y Moreno Vida, Mª N (Directores): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2001, página: 1426.

En un principio entraban dentro de este concepto tan sólo los trabajadores, pero poco después ya abarcó a todos los ciudadanos en situación objetiva de necesidad lo que refleja la concepción o principio de "universalidad" que tanto fundamenta a esta institución de Seguridad Social. En este sentido, Monereo Pérez, J.L: *Los orígenes de la Seguridad Social en España José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007, página: 45.

[8] Moliner Tamborero, G: "Vacaciones e incapacidad temporal", *Diario La Ley*, nº 7364, 17 de marzo de 2010, página: 1 de 6.

[9] Espín Sáez, M: "Nuevas claves para interpretar el alcance del derecho a las vacaciones (a propósito de la STJCE de 20 de enero de 2009, caso Gerhard Schultz-Hoff y otros)", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 20, 2009, página: 2 de 28.

realizando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) respecto de la legislación comunitaria[10], con el objetivo de alcanzar una mejor protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores[11]. Pues no parece que en principio se permita a nivel europeo el solapamiento entre las vacaciones y la incapacidad temporal[12]. Uno y otro derecho se configuran como dos situaciones diferenciadas, por lo que en caso de coincidir en el tiempo, deberán articularse unas concretas medidas que garanticen el disfrute de sendas circunstancias aun cuando sea en un momento posterior y haya concluido el año natural al que correspondan las vacaciones[13]. Se debe aplicar a este respecto, entre otras normativas, la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación de tiempo de trabajo[14], en la cual se establece un régimen común para todo el colectivo europeo sobre el derecho a las vacaciones anuales, que en su transposición al ordenamiento nacional no puede transformarse, pero si mejorarse y especificarse[15].

2. LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EUROPEA Y SU INCIDENCIA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Desde mucho antes de la aprobación del actual Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo por el que se aprueba la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ya se habían planteado ante la sede del Tribunal Constitucional (TC) algunos problemas interpretativos en torno a la concreción del disfrute del derecho a las vacaciones cuando resultaba coincidente con una situación de incapacidad temporal que se prolongaba en el tiempo. En particular, en el Auto núm. 204/1984 de 28 de marzo[16] se cuestionaba sobre la determinación de cual debía ser la extensión del derecho a las vacaciones cuando durante dicho periodo el trabajador había estado de baja por IT.

Del lado empresarial, se había denunciado ante este tribunal una vulneración del artículo 14 de la CE al considerarse como discriminatorio hacer responsable a la empresa del abono de las vacaciones a pesar de no haber trabajado durante la mayor parte del año, alegando que en caso de existir algún derecho, debía de correr por cuenta del Estado. Se entendía así, por esta parte, que el tiempo de disfrute del periodo vacacional debía corresponderse con el tiempo efectivamente trabajado (principio de proporcionalidad) y dado que ante la Magistratura de Trabajo se les había reconocido a las trabajadoras el disfrute a las vacaciones

---

[10] Ruano Albertos, S: "Incapacidad temporal y derecho a las vacaciones anuales (Comentario a la Sentencia del TJCE de 20 de enero de 2009)", *Tribuna Social*, nº221, 2009, página: 50.

[11] Sempere Navarro, A. V. y Charro Baena, P: "El régimen jurídico de las vacaciones desde la perspectiva del Derecho Social Comunitario", VV.AA, Areta Martínez, M y Sempere Navarro, A.V (Directores): *Cuestiones actuales sobre derecho social comunitario*, Murcia, Laborum, 2009, página: 146.

[12] Rabanal Carbajo, P: "Incapacidad temporal y vacaciones", *Aranzadi Social*, nº 16, 2010, página: 115.

[13] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer,M: "Derecho a vacaciones y baja del trabajador en la reciente jurisprudencial del TJUE", *Relaciones Laborales*, nº 13-14, 2012, página: 5.

[14] Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 18 de noviembre de 2003 (L299/9).

[15] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M: "Incapacidad Temporal y Derecho a Vacaciones", *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2009, página: 69.

[16] (RTC/1984/204).

integras, se debía alegar ahora también, ante el TC, la violación del artículo 24 de la CE por estimarse necesario ampliar la demanda contra el Estado.

El TC saliendo del paso de esta pretensión de la empresa, se pronuncia afirmando que "*nada hay en la demanda que exija un pronunciamiento de este Tribunal*", por lo que si en aplicación de las normas legales la Magistratura de Trabajo ha considerado preciso reconocer el derecho al disfrute de las vacaciones reglamentarias, su juicio se mueve en el ámbito de la legalidad ordinaria en ejercicio de su exclusiva competencia jurisdiccional. Por lo que es patente que no existe discriminación por el hecho de que se reconozca, de una parte el derecho a las vacaciones a las trabajadoras y de otra la obligación de su pago a la empresa. Por tanto las "presuntas" responsabilidades del Estado o el abuso de derecho carecen aquí de alcance constitucional.

Casi una década después de este primer pronunciamiento, sale a la luz en el ámbito comunitario la Directiva 93/104/CE del Consejo de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, por la que se establecieron las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo en lo que refiere, entre otras cuestiones, a las vacaciones anuales. No obstante, aunque esta legislación sirvió de base para colmar muchas de las lagunas que en relación al derecho a vacaciones y a la IT se plantearon por los diversos estados, permanecieron aún sin poder solventarse otros temas. De ahí que esta normativa decayera en su vigencia, ocupando ahora su lugar la Directiva 2003/88/CE de 4 de noviembre del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación de tiempo de trabajo.

Tras la publicación de esta escueta Directiva se han sucedido en el espacio europeo una multitud de pronunciamientos jurisprudenciales que han permitido el esclarecimiento de muchos de los interrogantes, que tanto por los tribunales españoles como por la del resto de países comunitarios, se han elevado como cuestión prejudicial. Se marca de este modo para todos los países pertenecientes a la Unión Europea (UE), las pautas a seguir para una correcta interpretación del artículo 7 de la Directiva sobre derecho a vacaciones.

Sin embargo, ya sea por una falta de precisión o quizás por la omisión sobre alguno de los puntos conflictivos que surgen en este entramado de derechos (vacaciones e IT), el TJUE se ha visto en la obligación de completar lo regulado por la Directiva con el predispuesto ya por otros textos[17]. A este respecto, se deben traer a colación las siguientes remisiones específicas: 1) El Convenio 132 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)[18], esencialmente en los artículos 5.4[19], 6.2[20]

---

[17] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M: "Derecho a vacaciones y baja del trabajador en la reciente jurisprudencial del TJUE" op.cit., página: 2.

[18] Relativo a las vacaciones anuales pagadas (revisado en 1970), ratificado por España y que sustituye al Convenio número 52 de la OIT. Este Convenio fue adoptado por la Conferencia General de la OIT el 24 de junio de 1970 y que entró en vigor el 30 de junio de 1973.

[19] Artículo 5.4 dispone que: "En las condiciones que en cada país se determinen por la autoridad competente o por el organismo apropiado, las ausencias del trabajador por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte del periodo de servicios".

[20] Artículo 6.2: "los períodos de incapacidad de trabajo resultantes de enfermedad o accidente no podrán ser contados como parte de las vacaciones anuales prescritas como mínimo".

y 10[21]; 2) la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 24[22]; 3) la Carta Social Europea del Consejo de Europa en el artículo 2 párrafo 3[23]; 4) el artículo 7 letra d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[24]; 5) el artículo 8 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores[25]; y más recientemente, 6) la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02)[26] en su Título IV, artículo 31 apartado 2[27], en donde se consagra las vacaciones como un derecho fundamental[28].

De la breve redacción del precepto número 7 de la Directiva 2003/88, cabe deducir dos medidas que forzosamente no se podrán obviar por parte de ninguno de los Estados Europeos. La primera de ellas es la que se recoge en apartado 1, por el que se fija un límite temporal de al menos cuatro semanas para el disfrute de las vacaciones anuales retribuidas, lo que significa, que como mínimo los trabajadores habrán de disfrutar de 28 días naturales de descanso, sin perjuicio de que este derecho pueda ser mejorado por la normativa interna de cada país. Y en la segunda regla, dispone el apartado 2 de ese mismo artículo que: "El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral".

---

[21] Artículo 10 que prevé que la "época en que se tomarán las vacaciones", salvo "práctica nacional" distinta "se determinará por el empleador, previa consulta con la persona empleada interesada o con sus representantes", teniendo en cuenta "las exigencias del trabajo y las oportunidades de descanso y distracción de que pueda disponer la persona empleada".

[22] Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948 en París.

[23] Hecha en Turín el 18 de octubre de 1961, ratificada por España el 29 de abril de 1980 y publicada en el BOE núm. 153/1980, de 26 de junio de 1980.En su artículo 2, apartado 3, se afirma que para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a unas condiciones de trabajo equitativas, las partes contratantes se comprometen a conceder vacaciones anuales de dos semanas como mínimo.

[24] Adoptada por unanimidad el 19 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada por España en 1976. Su artículo 7 letra d), establece que: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren es especial: El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos".

[25] Adoptada el 9 de diciembre de 1989. Se contempla en su artículo 8 que: "Todo trabajador de la Comunidad Europea tiene derecho al descanso semanal y a unas vacaciones anuales pagadas, cuya duración, en uno y otro caso, deberá aproximarse por la vía del progreso, de conformidad con las prácticas nacionales".

[26] Véase el Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de marzo de 2010.

[27] En el artículo 31 párrafo 2, se dice que: "Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas". No obstante debe tener en cuenta lo dispuesto en el Título VII. "Disposiciones Generales", concretamente en su artículo 51 apartado 1: "Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respecto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respectarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión".

[28] Así pues, el nivel de protección de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta no debe ser inferior al reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por lo que los Estados cumplen con la obligación de proteger tales derechos, velando por su cumplimiento por parte del derecho privado. Véase Gorelli Hernández, J: "Artículo 31.2. Condiciones justas y equitativas", en VV.AA, Monereo Atienza, C y Monereo Pérez, J.L (Dirección y coordinación): *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012, páginas: 787 a 806.

Siguiendo un hilo cronológico, voy a pasar a continuación a analizar alguna de las sentencias más destacadas que se han producido en nuestro país y que han incidido en esa estrecha relación existente entre vacaciones e IT. Por supuesto, trataré de exponer como ha podido verse solucionada cada una de las controversias jurídicas que se han cuestionado atendiendo a las diversas interpretaciones emanadas por la jurisdicción comunitaria.

Las primeras sentencias sobre las que ha podido pronunciarse el TC, aunque también el Tribunal Supremo (TS), han versado principalmente sobre la determinación de la finalidad última de las vacaciones. En esta línea, se ha destacado que el objetivo del derecho a vacaciones es la de posibilitar: "…a los trabajadores el período de ocio que se reputa necesario para compatibilizar su vida laboral con el descanso, si bien… es un tiempo caracterizado por la libertad del trabajador para la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida"[29]; "… el derecho viene concebido en atención a la finalidad de procurar… también al empleado un tiempo, más prolongado que los descansos diario y semanal, con el fin de posibilitarle un período lo suficientemente continuado para dedicarlo al esparcimiento y desalienación"[30]. Porque la "concepción del período anual de vacaciones como tiempo cuyo sentido único o principal es la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral supone reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel período, para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente. Una concepción, según la cual el tiempo libre se considera tiempo vinculado y la persona se devalúa a mera fuerza de trabajo, resulta incompatibles con los principios constitucionales que enuncia el artículo 10.1 (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad), a cuya luz ha de interpretarse, inexcusablemente, cualquier norma de Derecho…"[31].

Especial incidencia en el ordenamiento española ha tenido la sentencia del TJUE de 18 de marzo de 2004 (C-42/01)[32], por la que el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid se cuestionaba acerca de una solicitud de vacaciones anuales presentada por la Sra. Merino Gómez, cuyo permiso de maternidad resultaba coincidente con uno de los períodos de vacaciones anuales de su centro de trabajo establecido en un acuerdo colectivo. Sobre ese asunto, el órgano jurisdiccional remitente recuerda que: "El derecho de cada trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social comunitario de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones (*ubi operarios, ibi feria*) y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva"[33].

---

[29] Véanse las sentencias del TC 192/2003, de 27 de octubre (RTC 2003, 92) y 324/2006, de 20 de noviembre (RTC 2006, 324).

[30] STS de 25 de febrero de 2003 (RJ 2003, 3090).

[31] Fundamente Jurídico séptimo de la STC 192/2003, de 27 de octubre (RTC 2003, 192).

[32] Resulta interesante a este respecto, observar la doctrina que sobre este asunto: maternidad y vacaciones, se ha manifestado por el TJUE en su sentencia de 27 de octubre de 1998, caso Margaret Boyle y otros contra Equal Oppotunities Commission (TJCE 1998/255).

[33] Tal y como ya se había establecido anteriormente por el TJCE de 26 de julio de 2001, caso BECTU, 173/1999.

Además de lo anterior, "el principio de igualdad de trato y no discriminación de la mujer por razón de su embarazo y/o lactancia implica que una trabajadora debe tener derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto no coincidente con el de su descanso maternal, si las fechas de las vacaciones anuales previamente fijadas por acuerdo colectivo entre la empresa y la representación de los trabajadores coinciden con la fecha de disfrute del permiso de maternidad de la trabajadora. Admitir el solapamiento de ambos períodos de descanso supondría la anulación de uno de ellos, en este caso, el disfrute de vacaciones anuales"[34]. Por lo que no cabe sustituir el disfrute de este derecho por una compensación económica, debiendo la trabajara poder gozar de un periodo vacacional anual de cuatro semanas como mínimo[35].

Con motivo de esta sentencia, el artículo 38 de la ET se vio reformado por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres[36]. De modo que para evitar un perjuicio a la mujer en su derecho a vacaciones se estableció, que cuando el período de descanso coincida con el de una incapacidad temporal por embarazo, parto o lactancia se deberá posponer el disfrute del primero de estos derechos a una fecha distinta a la del permiso maternal, aun cuando haya terminado el año natural que corresponda[37].

No obstante, aunque nada se diga respecto del resto de situaciones de baja[38], el TS en su sentencia de 10 de noviembre de 2005[39] aplicó para la IT el mismo trato favorable que respecto a la coincidencia entre maternidad y vacaciones concedió el TJUE. En efecto, entiende el Alto Tribunal español que cuando se produzca una IT previamente al período de descanso podrá el trabajador disfrutar de este segundo derecho en un momento posterior y una vez transcurrido el año en curso[40].

---

[34] En esta misma línea se pronuncia la jurisprudencia del TJCE sobre el artículo 7 de la Directiva 93/104 en la sentencia de 26 de junio de 2001, BECTU (C-173/99, Rec. p. I-4881), la relativa al artículo 8 de la Directiva 92/85 en la sentencia de 27 de octubre de 1998, Boyle y otros (C-411/96, Rec. p. I-6401), y la relativa a la Directiva 76/207 en la sentencia de 30 de abril de 1998, Thibault (C-136/95, Rec. p. I-2011).

[35] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M: "Derecho a vacaciones y baja del trabajador en la reciente jurisprudencial del TJUE" op.cit., página: 3.

Previamente a la resolución del TJCE de este dilema interpretativo, los tribunales españoles ya habían conocido con anterioridad de supuestos como el presente: solapamiento de la fecha de descanso maternal y de la fecha fijada colectivamente para el disfrute de vacaciones de la plantilla. Sosteniendo en todos ellos el criterio de que, en estos supuestos, la trabajadora no tiene derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales en período distinto del fijado por el acuerdo colectivo alcanzado por la empresa, pues primaría el respeto a lo así pactado sobre el derecho individualizado al disfrute por parte de la trabajadora.

[36] BOE núm. 71, de 23 de marzo (RCL 2007, 586).

[37] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M: "Derecho a vacaciones y baja del trabajador en la reciente jurisprudencial del TJUE" op.cit., página: 3. En este sentido la STSJ del País Vasco de 23 de noviembre de 2004 (AS 2004, 3789).

[38] Velasco Portero, Mª.T: "El derecho a vacaciones y las bajas por incapacidad laboral del trabajador", *Actualidad Laboral*, nº 1, 2010, página: 3 de 16.

[39] (RJ 2005, 10084) y también la STS de 21 de marzo de 2006 (RJ 2006, 2312). Véase el comentario de García Gil, B: "Compatibilidad de la prestación de incapacidad temporal con la remuneración de las vacaciones no disfrutadas", *Aranzadi Social*, Tomo III, 2006, páginas: 2960 a 2964.

[40] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M: "Incapacidad Temporal y Derecho a Vacaciones" op.cit., página: 73.

Sorprendentemente, el TS en su sentencia de 3 de octubre de 2007[41] afirmó que aquella doctrina emanada del TJUE para el caso Merino Gómez no podía hacerse extensible respecto de aquellas bajas que por accidente o enfermedad (tanto común como profesional) se produjesen con anterioridad al percibo de las vacaciones. Así pues "la inacción o total omisión de actividad" que caracteriza a la suspensión de la relación laboral, no desvirtúa en absoluto "el efecto de reparación de la fatiga producida por el trabajo prolongado que constituye la finalidad de las vacaciones". Por lo que en caso de colisión entre ambos derechos, deberá otorgarse primacía a lo pactado en el acuerdo individual o colectivo de planificación o fijación del calendario vacacional, sobre el derecho del trabajador a la recuperación de su enfermedad[42]. De forma que "en principio, el trabajador que por causas no achacables al empleador, especialmente debido a una incapacidad laboral, no puede disfrutar de sus vacaciones en el período determinado ni dentro del plazo máximo, pierde el derecho a ellas"[43], es decir, no tiene derecho al señalamiento de un período vacacional distinto[44], salvo que exista condición más beneficiosa[45].

Respecto a la sentencia del TS de 2007 se formuló voto particular disidente por parte de algunos de los magistrados presentes en la sala, defendiéndose, entre otros aspectos, que: 1) la finalidad del derecho a vacaciones es diferente a la de la IT, por lo que para el pleno disfrute de las vacaciones debe encontrarse el trabajador en condiciones tanto físicas como psíquicas para hacer uso de él; 2) como consecuencia de ello, deberán establecerse excepciones al principio *pacta sunt servanda* para el caso de que la IT tengan lugar antes de las vacaciones y no se alegue perturbación del proceso productivo[46], de lo contrario, se estará favoreciendo el interés empresarial; 3) así que por consiguiente, debe razonarse que cuando exista un tiempo suficiente para poder disfrutar de las vacaciones dentro del año natural, se habrá de fijar otro

---

[41] (RJ 2008/606).

[42] Copio literalmente del extracto de esta sentencia: "Estos acuerdos bilaterales de determinación de la fecha de disfrute de las vacaciones tienen un claro propósito de ajuste o compromiso entre el interés productivo del empresario y el interés del trabajador a desarrollar actividades de tiempo libre en el periodo de vacaciones. Como sucede en todo ajuste o compromiso, puede haber sacrificios y cesiones de preferencia por una u otra parte. Entre los sacrificios posibles para el empresario figura la imposibilidad de contar con el trabajador durante los días señalados de vacaciones; entre los sacrificios posibles para el trabajador figura la asunción del riesgo de incapacidad temporal una vez que el período de vacaciones ha sido fijado regularmente".

[43] Cuenca Alarcón, M: "Vacaciones e Incapacidad Temporal: ¿pérdida, coordinación o compensación de derechos sociales? (Comentario a la STS 4ª, de 3 de octubre de 2007)", *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2008, página: 564.

[44] STC 324/2006 (RTC 2006, 324).

[45] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M: "Incapacidad Temporal y Derecho a Vacaciones" op.cit., página: 77: "desde hacía más de 20 años, la empresa venía concediendo un período de vacaciones por los días que no pudieron ser disfrutados por los trabajadores en situación de IT si esta contingencia se producía con antes de la fecha de inicio del disfrute de las vacaciones, y así lo ha continuado haciendo vigente el nuevo Convenio Colectivo".

[46] Basta recordar que el artículo 10 del Convenio 132 de la OIT señala, que "la época en que se tomarán las vacaciones", salvo "práctica nacional" distinta, "se determinará por el empleador, previa consulta con la persona empleada interesada o con sus representantes", teniendo en cuenta "las exigencias del trabajo y las oportunidades de descanso y distracción de que pueda disponer la persona empleada".

período distinto[47]; 4) en cambio, cuando los procesos de baja coincida con el período de descanso (IT durante vacaciones), dado que aquí el trabajador asume un riesgo, se podrán extinguir las vacaciones, ya que no se duda de que se trata de un derecho que se encuentran sometido a plazos que son de caducidad.

Al concepto hasta ahora expuesto sobre lo que debe considerarse como vacaciones, se añade por esta sentencia un ingrediente más, así pues: "el derecho a las vacaciones posibilita también la conciliación de la vida familiar con la laboral, a través de unos tiempos de mayor y mas relajada dedicación a la familia, el mantenimiento y mejora del acceso a la cultura de los trabajadores, el esparcimiento y el ocio, el desarrollo de valores y cualidades del deporte, las relaciones sociales, el necesario ejercicio físico reparador de muchas situaciones estresantes, y en fin posibilita la práctica de las mejoras pertinentes en el propio entorno en que se vive".

Al hilo de la teoría mantenida en el voto particular dictado por esta polémica sentencia de 2007 se pronuncia a continuación la STS de 24 de junio 2009[48]. No obstante, se hace ahora hincapié en un dato que parecía haberse olvidado en el pronunciamiento previo a éste, pero sobre él que sin embargo, ya había incidido antes el TJUE[49], a saber: "Tampoco parece estar de más el destacar que ese criterio de nuestra precedente jurisprudencia estaba ya en la línea… que proclamó la existencia del derecho a disfrutar de las vacaciones en el año posterior al de su devengo", en caso de que se produzca una IT antes del disfrute de las vacaciones.

En medio de una larga y acalorada disputa entre los distintos tribunales españoles que había desembocado en la promulgación de un sinfín de sentencias contradictorias entre sí, se produce el milagro, poniéndose fin a toda esta controversia mediante la resolución que dicta el TJUE de 10 de septiembre de 2009, caso Vicente Pereda contra Madrid Movilidad, S.A (C-276/08)[50]. El tribunal *a quo* planteaba aquí como cuestión prejudicial ante la sede del Tribunal de Justicia lo siguiente: "¿Debe interpretarse el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE en el sentido de que cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa coincide en el tiempo con una incapacidad temporal derivada de un accidente de trabajo acaecido antes de la fecha prevista para su inicio, el trabajador afectado, una vez dado de alta médica, tiene derecho a disfrutar las vacaciones en fechas distintas a las preestablecidas, haya concluido o no el año natural a que correspondan?.

---

[47] Véase también en este sentido la STSJ de Cataluña de 3 de enero de 2006.

[48] (RJ 2009/4286). En esta misma línea, las sentencia del TS de 4 de febrero de 2010 (RJ 2010/645) y de 8 de febrero de 2011 (RJ 2011/2723).

[49] Sentencia de 6 de abril de 2006, en el caso Federatie Nederlandse Vakbeweging (C-124/05). Véanse los siguientes comentarios a esta sentencia, Miranda Boto, J.M: "Vacaciones en Derecho Comunitario: compensación y proposición. Nota a la STJCE de 6 de abril de 2006, Federatie Nederlandse Vakbeweging, asunto C-124/05", *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2006, páginas: 639 a 643; Valdés Alonso, A: "Disfrute aplazado de vacaciones por incapacidad temporal", *Documentación Laboral*, nº 86, 2009, páginas: 143 a 147. Sobrino González, G.M: "Los efectos de la incapacidad temporal sobre el período de vacaciones fijado con antelación", *Relaciones Laborales*, 2010, páginas: 79 a 87.

[50] (TJCE 2009/261).

Haciendo un escueto recorrido sobre los puntos que más habían llamado la atención en anteriores pronunciamientos, la sentencia Vicente Pereda nos recuerda, en primer lugar, que la finalidad del derecho a vacaciones no es sólo el descanso, sino también la posibilidad de disponer de un periodo de ocio y esparcimiento. En cambio, el propósito que persigue la IT es la recuperación de una enfermedad, por lo que, ambos propósitos son diferentes en su esencia[51]. En segundo lugar, el derecho a vacaciones no se extingue al finalizar el período de referencia fijado por el Derecho nacional para el caso de baja por enfermedad cuando coincida que el trabajador ha estado en IT durante la totalidad o parte del período de vacaciones, por lo que sólo se permite su compensación económica en caso de extinción del contrato de trabajo[52]. En tercer lugar, esta Directiva permite que un trabajador de baja por enfermedad disfrute durante ese tiempo de sus vacaciones, pero también ofrece la posibilidad de que éste ejercite, siempre que lo solicite de mutuo propio, su derecho a vacaciones en un período posterior, incluso agotado el año en curso. En ese último caso, habrá que tener en cuenta los diversos intereses concurrentes y en particular, las razones imperiosas que se aleguen por la empresa. En el supuesto de que tales intereses se opongan a que se acepte la solicitud del trabajador relativa al nuevo período de vacaciones anuales, el empresario estará obligado a asignar al trabajador otro período de vacaciones anuales que éste proponga y que sea compatibles con dichos intereses, sin excluir a priori, que ese último puede quedar fuera del referente al de vacaciones anuales.

En definitiva, la sentencia de tribunal europeo se opone a que mediante una disposición nacional o convenio colectivo se establezca que un trabajador no pueda disfrutar de sus vacaciones en un período distinto del fijado inicialmente antes de la baja por IT[53]. Ofreciéndose la opción al trabajador de que elija cuando desea disfrutar de sus vacaciones, si durante la IT o una vez recuperado de sus dolencias incapacitantes[54].

Hasta ahora el problema de la colisión entre el derecho a vacaciones e IT se ha centrado en dilucidar los conflictos que se suceden cuando la suspensión de la relación laboral se produzca previamente al percibo del período vacacional. Sin embargo, se ha emplazado para su resolución en un momento posterior, aquellas situaciones concurrentes en las que convergen a un mismo tiempo ambos derechos, es decir, cuando la incapacidad temporal acontezca durante las vacaciones. Hasta el Auto del TS de 26 de enero de 2011[55], el tratamiento que había recibido ésta última circunstancia no resultaba plenamente coincidente con el de baja temporal seguido por el descanso. Y es que según venía reiterándose por la mayoría de los pronunciamientos judiciales, la situación de baja por IT se trataba de un

---

[51] En este mismo sentido, la STJCE de 20 de enero de 2009, caso Schultz-Hoff (C-305/06 y 520/06).

[52] Véase la STJCE de 20 de enero de 2009, caso Schultz-Hoff (C-305/06 y 520/06).

[53] Tapia Hermida, A: "Vacaciones anuales retribuidas e incapacidad temporal", *CEF-Trabajo y Seguridad Social. Comentarios y Casos Prácticos*, nº 321, 2009, página: 84.

[54] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M: "Derecho a vacaciones y baja del trabajador en la reciente jurisprudencial del TJUE" op.cit., página: 6.

[55] (RJ 2011/3410).

riesgo que debía asumir el trabajador, de ahí que en caso de coincidencia podía llegar éste a perder su derecho a las vacaciones[56]. Aunque en este auto no se resuelve este inédito dilema, se opta por elevar esta petición al tribunal europeo, con el propósito de que a la luz de su doctrina se halle un juicio interpretativo legalmente fundamentado. Ahora bien, esta solución comunitaria tardará al menos un breve tiempo en llegar, pues como se expondrá a continuación, el TJUE se encontraba ya ocupado tratando de solventar otras diferencias que atormentaban la relación existente entre estos derechos.

En particular, el interrogante que más interés ha suscitado es el que se recoge en el marco de la cuestión prejudicial que se resuelve por la sentencia KHS AG del TJUE de 22 de noviembre de 2011(C-214/10)[57]. Aquí el tribunal alemán se cuestionaba sobre la posibilidad de acumular ilimitadamente períodos vacacionales cuando el trabajador se encuentre percibiendo una IT de larga duración o por el contrario, consentir que mediante una norma de derecho interno se limite la concatenación abusiva.

Idéntico tema de discusión es el que se ha planteado en la sentencia de 23 de enero de 2012[58], donde el TS adopta como solución la misma doctrina que fue emitida por el TJUE para el caso alemán y que podemos resumir en estos cuatro puntos: 1) para permitir que se aplace el período vacacional ha de tenerse en cuentas las circunstancias específicas en las que se encuentra el trabajador de baja de larga duración; 2) la finalidad de dicho aplazamiento no es otra que la de ofrecer al trabajador una posibilidad adicional de disfrute de las vacaciones que debe ser sustancialmente mayor que la del periodo de devengo; 3) no se opone a que los convenios colectivos fijen una limitación a cuyo término se extingue el derecho al descanso por acumulación consecutiva de IT[59], que para el presente caso se fija en 15 meses; y 4) la fijación de un período de este tipo compete a los Estados miembros, como se deduce del artículo 7.1 de la Directiva.

Otro asunto comunitario de menor transcendencia es el que se recoge en la STJUE de 24 de enero de 2012, asunto Maribel Domínguez (C-282/10), acerca de la cuestión prejudicial planteada por la Cour de cassation francesa. Esta sentencia contiene doctrina poco innovadora que ya cabía deducirse de la jurisprudencia

---

[56] Carrascosa Bermejo, D: "Incidencia de la Incapacidad Temporal sobre la relación laboral", en VV.AA, Sempere Navarro, A.V (Director) y Pérez Campos, A.I y San Martín Mazzucconi, C: *Cuestiones en torno a la Incapacidad Temporal*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011, página: 27.

[57] Previamente a este pronunciamiento, el TJUE se había referido a un tema planteado en torno a la retribución ordinaria que debían percibir los pilotos durante las vacaciones (Sentencia Williams, de 15 de septiembre de 2011, C-155/10). Entiende la sentencia que ha de diferenciarse entre aquella parte de la retribución que se encuentra vinculada con la ejecución de las tareas y los elementos que cubren los gastos accesorios a los primeros, ya que como bien expone el tribunal comunitario, estos últimos deberán quedar fuera de la base de cálculo de la retribución de vacaciones.

[58] (RJ 2012/5106).

[59] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M: "Derecho a vacaciones y baja del trabajador en la reciente jurisprudencia del TJUE" op.cit., página: 7, quien piensa que "si no se limitase en el tiempo esa posibilidad de aplazamiento en una incapacidad laboral de larga duración se acumularían los derechos al período mínimo de vacaciones anuales retribuidas durante varios años".

anterior, por lo que pienso que no merece la pena detenerse mucho en su contenido. En primer lugar, se pretende resolver si es o no conforme con el derecho comunitario el que una normativa nacional supedite la concesión de las vacaciones a la existencia de un tiempo de trabajo efectivo mínimo de 10 días en el año de devengo de las mismas[60]. En segundo lugar, se manifiestan las dudas sobre si cabe o no establecer diferencias en cuanto a la duración del derecho a vacaciones atendiendo al origen de la causa de la IT. Y en tercer lugar, cuando se declare la incompatibilidad entre la disposición nacional controvertida con el Derecho de la Unión, ¿se impone la eventual obligación de inaplicar la disposición nacional disputada en un litigio entre particulares?.

Sobre el primero de los interrogantes formulados, el TJUE es firme y fiel continuador de la jurisprudencia ya asentada al declarar que: "debe interpretarse el artículo 7, apartado 1 de la Directiva 2003/88… en el sentido de que se opone a que una norma nacional supedite el derecho a vacaciones a la existencia de un trabajo efectivo". En relación a la segunda cuestión se puede decir, que esta Directiva "no se opone" a que en una disposición nacional se establezca diferencias en cuanto a la duración de las vacaciones dependiendo del origen de la IT, siempre que se respeten los límites impuestos por el ordenamiento comunitario. Y respecto a la última de las formulaciones se debe afirmar, que el Juez nacional ha de tratar de alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por la Directiva, si puede efectuar una interpretación de Derecho interno, de lo contrario, si tal objetivo no fuese posible, deberá dejar de aplicar la normativa nacional que contravenga el orden establecido por la Directiva cuando el litigio afecte entre particulares[61].

La Sentencia Neidel de 3 de mayo de 2012 (C-337/10), se ha referido al derecho de un funcionario jubilado a percibir una compensación por las vacaciones no disfrutadas. En este asunto, el TJUE ha aclarado que deberá también aplicarse la Directiva 2003/88, por lo que no cabe hacer distinciones en función del origen público o privado de la relación laboral. De modo que se estima la demanda al reconocerle a este trabajador el derecho al percibo de una compensación monetaria por las vacaciones no gozadas a causa de la acumulación de varios procesos de IT por enfermedad.

Para finalizar, en la STJUE de 21 de junio de 2012 (caso ANGED, C-78/11)[62] se resuelve aquella cuestión prejudicial que fue planteada por el tribunal español sobre la coincidencia de una IT durante el disfrute del derecho a vacaciones anuales. Sin que quepa introducirse doctrina innovadora en esta materia, considera

---

[60] Téngase en cuenta que según viene establecido en el convenio colectivo aplicable: "no se adquiere el derecho a vacaciones anuales en el año en el que se hayan producido bajas por enfermedad o enfermedad de larga duración que hayan provocado una interrupción del trabajo por tiempo igual o superior a doce meses consecutivos ".

[61] No obstante, el problema aquí va mucho más allá, ya que en realidad no se trata de un litigio entre particulares pues la Sra. Domínguez trabajaba en un centro informático perteneciente a la Prefectura de la Región Centro. Véase las conclusiones que realiza la abogada general Sra. Verica Trstenjak y que presenta el 8 de septiembre de 2011.

[62] (TJCE 2012/154).

el tribunal europeo que debe hacerse una interpretación amplia sobre el sentido que establece la Directiva comunitaria, por lo que aplica por analogía la misma solución que quedó asentada en la sentencia Vicente Pereda. Y es que como bien afirma este órgano: "… sería aleatorio y contrario a la finalidad del derecho a las vacaciones anuales retribuidas…, conceder este derecho al trabajador únicamente a condición de que este último ya se encuentre en situación de incapacidad temporal cuando se inicie el periodo de vacaciones anuales retribuidas".

3. PANORAMA ACTUAL

A la vista de todas las aclaraciones efectuadas por el TJUE ante las diversas controversias interpretativas planteadas por los diferentes órganos jurisdiccionales, el legislador español se ha visto en la necesidad de adecuar el derecho interno conforme con dicha legislación internacional, en aplicación del mandato previsto en el artículo 10.2 de la CE. De acuerdo con tal cambio de rumbo, el artículo 38 del ET ha sufrido algunas alteraciones a lo largo de su texto, que fundamentalmente han traído su causa en dos importantes pronunciamientos: 1) la sentencia de 18 de marzo de 2004, asunto Merino Gómez, por la que se incorporó al ET (a través de la promulgación de la LO 3/2007) las situaciones coincidentes entre maternidad y vacaciones; y 2) la sentencia Vicente Pereda de 2009, que ha influido notablemente en la nueva redacción que ha otorgado la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral[63], al mencionado precepto del ET. En efecto, en virtud de esta última modificación se ha añadido al apartado tercero del artículo 38 del ET: a) las situaciones suspensivas de la relación laboral por paternidad que coincidan con el derecho a vacaciones, igualándolas en sus efectos con los estados de colisión entre la maternidad y las vacaciones[64];y 2) se incluyen también, los supuesto en los que el trabajador antes del disfrute de las vacaciones se encuentre en IT, por lo que una vez finalizada su baja y siempre que no hayan transcurrido más de 18 meses a partir del final del año en que se hayan originado las vacaciones tendrá derecho a percibirlas[65].

---

[63] BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

[64] Según expone este nuevo párrafo tercero: " Cuando el periodo de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período suspensivo del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 y 48 bis -que se refiere a la paternidad- de esta Ley, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural".

[65] Véase para el ámbito de la función pública la Resolución de 28 de diciembre de 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos (BOE núm. 313 de 29 de diciembre de 2012), en la cual se introduce idéntica previsión que la contenida en el artículo 38 del ET al reconocerse para los empleados públicos lo siguiente: "… En el supuesto de incapacidad temporal, el periodo de vacaciones se podrá disfrutar una vez haya finalizado dicha incapacidad y siempre que no hayan

No obstante, esta Ley 3/2012 no ha tenido en cuenta los procesos de IT que se produzcan durante el disfrute de las vacaciones, ya que la sentencia ANGED es posterior a la entrada en vigor de esta normativa[66]. De ahí que a fecha de 28 de septiembre de 2012 se haya publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales[67], una proposición de Ley por la que se pretende modificar, nuevamente, el artículo 38 del Real Decreto 1/1995, de 24 de marzo por el que se aprueba la Ley del Estatuto de los Trabajadores[68]. Se busca añadir al vigente ET, en primer lugar, un nuevo inciso al apartado 1 del artículo 38 en los siguientes términos: "En ningún caso la retribución del periodo de vacaciones anuales podrá ser inferior a la retribución percibida en los meses anteriores a su disfrute". Y en segundo lugar, se busca incluir al apartado 3 de este precepto, los supuestos en los que una vez iniciado el período de vacaciones sobrevenga una baja por IT[69].

4. CONCLUSIONES

Las vacaciones y la incapacidad temporal son dos derechos constitucionales que se enuncian y protegen dentro del Capítulo III de nuestra actual CE, concretamente entre los principios rectores de la política social y económica. Su ubicación sistemática no refleja una intención del constituyente por ahondar en una regulación detallada de ambos derechos, sino más bien por delimitar el marco por donde han de discurrir el resto de normas que conforman nuestro ordenamiento jurídico, tratando pues de informar de dicha actuación tanto a la práctica judicial, como en general a los poderes públicos (artículo 53.3 CE). La importancia que se le atribuye a estos derechos como núcleo irrenunciable propio de todo Estado Social ha motivado el surgimiento de una extensa normativa, que busca sin ambages

---

transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado" (Apartado 9.5 párrafo segundo de esta Resolución de 28 de diciembre de 2012).

Téngase también en cuenta la corrección de errores de la Resolución de 28 de diciembre de 2012 antes citada, publicada en el BOE núm.14 de 16 de enero de 2013.

[66] En esta misma línea, la Resolución de 28 de diciembre de 2012 de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, mencionada en la nota al pie anterior, en la cual se incide en esa misma idea ante el miedo un posible fraude al proclamarse en su apartado 9.5 párrafo primero que: "Cuando el período de vacaciones previamente fijado o autorizado, y cuyo disfrute no se haya iniciado, pueda coincidir en el tiempo con una situación de incapacidad temporal, riesgo durante la lactancia, riesgo durante el embarazo o con los permisos de maternidad o paternidad o permiso acumulado de lactancia, se podrá disfrutar en fecha distinta". Ver también la la corrección de errores de la Resolución de 28 de diciembre de 2012, publicada en el BOE núm.14 de 16 de enero de 2013.

[67] Véase el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados (BOCG), serie B, núm. 94-1, de 28/09/2012.

[68] Proposición de ley que presenta los Grupos Parlamentarios del Parlamento de la Izquierda Plural: IU, ICV-EUiA, CHA.

[69] Copio literalmente la nueva redacción que se pretende incluir al apartado tercero del artículo 38 del ET: "En el supuesto de que el periodo de vacaciones coincida con una incapacidad temporal- con independencia de que dicha situación se haya producido con anterioridad al inicio o una vez iniciadas las vacaciones anuales- por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se haya originado".

reforzar unas mínimas garantías que no podrán ser obviadas por parte de ninguno de los estados. Tal es así que vacaciones e IT son reconocidos hoy día en grandes textos normativos como: el Convenio 132 de la Organización Internacional del Trabajo; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Carta Social Europea del Consejo de Europa; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. A parte de estas normativas debe también tenerse en cuenta la Directiva 2003/88 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, por la cual, no sólo se articula una legislación acorde con esos principios protegidos al máximo nivel de garantías posible, sino lo que es aún mejor, se completan las graves deficiencias de las que adolecen las legislaciones internas de algunos países. En consecuencia se precisa además de una intensa labor interpretativa para la correcta aplicación de toda esta legislación, que realizada por el TJUE y a la vista de las diversas cuestiones prejudiciales que son planteadas por los diferentes estados comunitarios, tratará de ofrecer una solución que resulte lo más acorde con el amplio abanico regulador indicado. Por tanto no se permite que una norma de derecho interno contravenga lo previsto por otra de rango superior, de ahí que nuestra legislación deba ser interpretada a la luz de lo previsto en el orden internacional (artículo 10.1 de la Carta Magna) y de conformidad con los tratados y acuerdos ratificados por España (artículos 93 y siguientes de la CE).

Actualmente la normativa nacional española encargada de conjugar el disfrute de las vacaciones y la IT, se recoge en el artículo 38 del Real Decreto 1/1995 de 24 de marzo por el que se aprueba la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Precepto que ha venido sufriendo en los últimos años una tremenda transformación en sintonía con la evolución que han experimentado nuestros tribunales.

En un primer momento en donde la calma por resolver los conflictos de colisión que se planteaban en torno al reconocimiento de ambos derechos brillaba por su ausencia, los tribunales españoles, lejos de alumbrar una resolución que resultara afín al objetivo último de las vacaciones y de la IT, optaron por desnaturalizarlos. Semejante despropósito llegó hasta tal punto de que se dejase en manos del azar el derecho del trabajador a poder o no disfrutar de descanso y de tiempo de convalecencia. Puesto que si se daban ciertas circunstancias por las que coincidían sendos derechos y dado que se trataba de "un riesgo" posible que toda persona tenía que asumir, debía primar lo acordado con el empresario sobre el calendario vacacional (por convenio colectivo o pacto individual) por encima del respeto a la recuperación física o psíquica de una enfermedad, salvo condición más beneficiosa. De justicia es afirmar que no faltaron voces que criticaran mordazmente dicha jurisprudencia asentada por el Alto Tribunal. Sin embargo, no fue hasta la famosa sentencia Vicente Pereda del año 2009 cuando se sobrepuso finalmente en nuestro país, siquiera parcialmente, la corriente que escindía la finalidad de las vacaciones de la de la IT. Así a buen seguro se reconoció que si un trabajador era dado de baja por enfermedad antes del inicio del disfrute de las vacaciones, tenía entonces derecho a que se fijaran nuevas fechas para el percibo del descanso. Pero no ha sido

hasta más adelante, con la sentencia de 21 de junio de 2012 en el caso ANGED, que el TS ha podido dar un paso al frente en esa cadena de transformaciones al permitir ahora que puedan interrumpirse las vacaciones cuando al tiempo de su percepción sobrevenga una IT.

Resulta verdaderamente chocante que los tribunales españoles hayan tardado tantos años en reconocer la importancia del derecho a las vacaciones y a la IT. Incluso es harto sorprendente que el mismo ET no haya incorporado el reconocimiento del derecho a las vacaciones cuando coincida con el permiso de maternidad hasta la entrada en vigor de la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Tan justa solución al conflicto maternidad/período vacacional fue aprovechada, no sin razón, por algunos tribunales para solventar la dicotomía IT/vacaciones por analogía con la primera. No obstante, esta situación no deja de ser poco más que un remiendo, por lo que se ha clamado mucho y con fuerza por la inclusión de esta doctrina en el mismo ET. La meta de las importantes reformas que se han sucedido en nuestro ordenamiento jurídico desde el año 2009 (por ejemplo con la ley 35/2010) ha sido ésta, pese a lo cual se ha tenido que esperar hasta la Ley 3/2012 para modificar el artículo 38 del ET. Por lo que en el momento presente se podrá compaginar las bajas por IT con la percepción de las vacaciones, eso sí, siempre que la primera suceda antes de la fecha fijada para las segundas y con un límite máximo de 18 meses. El mundo laboral efervesce a la espera de la aprobación de la proposición de ley por la que se ajuste este precepto acorde con lo previsto en el caso ANGED del TJUE.

La cultura de los tribunales europeos en aplicación de la normativa comunitaria manifiesta un mayor compromiso con los derechos de IT y vacaciones del trabajador por encima de la sospecha generalizada al fraude, de marcado sesgo economicista y con tintes mercantilistas, ambos globalizantes y manifiestos por la presión de los mercados, que tanto daño están causando a los Estados Sociales y de bienestar, como el español, constitucionalmente establecido. Los retrocesos que estamos experimentando en los logros sociales adquiridos en esta materia (IT y vacaciones) como en otras, por causa de las imposiciones y condiciones restrictivas (recortes) de la Instituciones Supranacionales, están llevando a los responsables a un miedo legislativo y ejecutivo con graves consecuencias que pueden rozar la inconstitucionalidad. Como argumento más consistente a esta idea cabe destacar el RD-Ley 20/2012 de 13 de julio de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (BOE de 14 de julio de 2012), a la postre claro ejemplo de los periódicos retrocesos que experimenta esta materia en virtud del referido miedo al fraude que impera en nuestro hemiciclo. Esta normativa no sólo se ha permitido el lujo de modificar el derecho a vacaciones al limitar los días hábiles del disfrute de la misma, suprimiendo además los días adicionales que por antigüedad le correspondía a todo el personal (laboral y funcionario) de la Administración Pública (artículo 50 y exposición de motivos de este RDL), sino lo que es aún peor, respecto de la IT ha variado el régimen retributivo acordado mediante negociación colectiva para el personal adscrito al régimen general de la Seguridad Social y al mutualismo administrativo, dejando

en manos de la discrecionalidad de cada uno de estos organismos públicos la aplicación de los distintos porcentajes a asignar (artículo 9 y disposición adicional decimoctava de este RDL) [70].

5. BIBLIOGRAFÍA

CARRASCOSA BERMEJO, D: "Incidencia de la Incapacidad Temporal sobre la relación laboral", en VV.AA, SEMPERE NAVARRO, A.V (DIRECTOR) y PÉREZ CAMPOS, A.I y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: *Cuestiones en torno a la Incapacidad Temporal*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011.

CUENCA ALARCÓN, M: "Vacaciones e Incapacidad Temporal: ¿pérdida, coordinación o compensación de derechos sociales? (Comentario a la STS 4ª, de 3 de octubre de 2007)", *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2008.

ESPÍN SÁEZ, M: "Nuevas claves para interpretar el alcance del derecho a las vacaciones (a propósito de la STJCE de 20 de enero de 2009, caso Gerhard Schultz-Hoff y otros)", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 20, 2009.

GARCÍA GIL, B: "Compatibilidad de la prestación de incapacidad temporal con la remuneración de las vacaciones no disfrutadas", *Aranzadi Social*, Tomo III, 2006.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I y MERCADER UGUINA, J.R: "Incapacidad temporal y vacaciones: las plurales interpretaciones por el Tribunal Supremo de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto Merino", *Justicia Laboral*, nº 28, noviembre de 2006

GORELLI HERNÁNDEZ, J: "Artículo 31.2. Condiciones justas y equitativas", en VV.AA, MONEREO ATIENZA, C y MONEREO PÉREZ, J.L (DIRECCIÓN y COORDINACIÓN): *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012.

MIRANDA BOTO, J.M: "Vacaciones en Derecho Comunitario: compensación y proposición. Nota a la STJCE de 6 de abril de 2006, Federatie Nederlandse Vakbeweging, asunto C-124/05", *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2006.

MOLINER TAMBORERO, G: "Vacaciones e incapacidad temporal", *Diario La Ley*, nº 7364, 17 de marzo de 2010.

---

[70] No obstante para garantizar tanto la seguridad jurídica como el correcto funcionamiento de los servicios públicos, la Disposición Adicional Transitoria Primera establece expresamente que lo dispuesto por esta normativa no impedirá, que todo el personal funcionario, laboral o estatutario disfrute los días correspondientes al año 2012 de sus vacaciones, conforme a los Acuerdos, Pactos y Convenios que estuvieran vigentes hasta la entrada en vigor de este RDL, es decir, hasta el 14 de julio de 2012. Igual previsión se establece respecto de los trabajadores que estuviesen de baja por IT.

MONEREO PÉREZ, J.L: "Artículo 41. El derecho a la Seguridad Social", en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, MªN (DIRECTORES): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2001.

MONEREO PÉREZ, J.L: *Los orígenes de la Seguridad Social en España José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007.

RABANAL CARBAJO, P: "Incapacidad temporal y vacaciones", *Aranzadi Social*, nº 16, 2010.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M: "Derecho a vacaciones y baja del trabajador en la reciente jurisprudencial del TJUE", *Relaciones Laborales*, nº 13-14, 2012.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M: "Incapacidad Temporal y Derecho a Vacaciones", *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2009.

RUANO ALBERTOS, S: "Incapacidad temporal y derecho a las vacaciones anuales (Comentario a la Sentencia del TJCE de 20 de enero de 2009)", *Tribuna Social*, nº221, 2009.

SEMPERE NAVARRO, A.V y CHARRO BAENA, P: "El régimen jurídico de las vacaciones desde la perspectiva del Derecho Social Comunitario", VV.AA, ARETA MARTÍNEZ, M y SEMPERE NAVARRO, A.V (DIRECTORES): *Cuestiones actuales sobre derecho social comunitario*, Murcia, Laborum, 2009.

SOBRINO GONZÁLEZ, G.M: "Los efectos de la incapacidad temporal sobre el período de vacaciones fijado con antelación", *Relaciones Laborales*, 2010.

TAPIA HERMIDA, A: "Vacaciones anuales retribuidas e incapacidad temporal", *CEF-Trabajo y Seguridad Social. Comentarios y Casos Prácticos*, nº 321, 2009.

VALDÉS ALONSO, A: "Disfrute aplazado de vacaciones por incapacidad temporal", *Documentación Laboral*, nº 86, 2009.

VELASCO PORTERO, Mª.T: "El derecho a vacaciones y las bajas por incapacidad laboral del trabajador", *Actualidad Laboral*, nº 1, 2010.

EL DERECHO A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y PROFESIONAL TRAS LA ÚLTIMA REFORMA LABORAL

Maite Barruetabeña Zenekorta
Profesora interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Euskal Herriko Unibertsitatea/Universidad del País Vasco

SUMARIO

1. EL ACOMODO DEL DERECHO A LA CONCILIACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA
2. EL REFLEJO DE LA CONCILIACIÓN EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA
3. LA RELEVANCIA DE LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA LABORAL Y LOS EFECTOS DE LA LEY 3/2012, DE 6 DE JULIO
4. CONCLUSIONES
5. BIBLIOGRAFÍA

1. EL ACOMODO DEL DERECHO A LA CONCILIACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Conciliar la vida familiar con la profesional es uno de los mayores retos a los que se enfrentan día a día los trabajadores y las trabajadoras, para lo cual el ordenamiento jurídico no despliega una regulación concisa y práctica. Por ello la conciliación es aún un desafío para el ordenamiento jurídico actual[1], siendo necesario suscitar un contexto adecuado mediante el cual se proteja este Derecho.

En este sentido, una de las mayores prerrogativas consiste en que el Derecho a la conciliación encuentra acomodo en la propia Constitución Española, incluso, en una doble vertiente: la protección de la familia (art. 39.1 CE), y en especial de los hijos (art. 39.2 CE), y la no discriminación por razón de sexo que recoge el artículo 14.

En relación con la protección de la familia que se expone en el artículo 39.1, evidentemente, la satisfactoria conciliación de la vida laboral con la familiar es uno de los pilares que mejor salvaguarda la familia, puesto que una adecuada armonía de la vida profesional y laboral de sus distintos miembros sería un cauce idóneo para proteger los intereses de esta institución. De hecho, debemos entender la familia en su sentido más amplio, esto es, los últimos cambios normativos plantean nuevas estructuras familiares que igualmente deben ser respetados[2]. Por otra parte, si bien la conciliación alcanza su sentido principal en relación con los hijos e hijas no debe limitarse a ello. Nuevamente debe atenderse la familia con un prisma extenso, y aclarar que las necesidades de conciliación no sobrevienen únicamente en cuanto a la descendencia, sino que pueden plantearse en relación con otros miembros de la familia, tales como los ascendientes o los hermanos y hermanas[3]. No obstante, el artículo 39.2 CE, y el ordenamiento jurídico en general, respaldan expresamente la protección de los hijos, dedicando mayor amparo a los descendientes respecto a otros miembros de la familia[4].

Sin embargo, la conciliación no debe plantearse como una cuestión de mujeres. Históricamente, la mujer se responsabilizaba del cuidado –en su sentido más amplio– de la familia, no obstante, su incorporación al mercado de trabajo ha hecho necesario disgregar esta responsabilidad entre hombres y mujeres. Por ello, no debemos caer en

---

[1] MONTOYA MEDINA, David: "Dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar (comentario a las SSTCO 24/2011 y 26/2011, de 14 de marzo)", en *Aranzadi Social,* núm.4, 2011, p. 265.

[2] ARROYO ABAD, Carlos: "Perspectivas laborales en torno a la conciliación de la vida familiar y laboral: el reto de la compatibilidad y la corresponsabilidad", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense,* núm. 40, 2007, pp. 262-269, habla de la importancia de los planes de protección de las familias, entendido este último concepto en su sentido más amplio, tras la evolución vivida en las últimas décadas en este sentido. En cuanto al concepto de familia y sus posibles interpretaciones LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y otros: *Elementos de Derecho Civil. Familia.* Tomo IV, 3ª ed., Edit. Dykinson, 2008, pp. 9-12.

[3] ARGÜELLES BLANCO, Ana Rosa: *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral,* Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 27-30, trata la cuestión, subrayando la dificultad de establecer el límite de la unión familiar hasta el cual se entiende debe actuar el derecho a la conciliación.

[4] Dicha protección más extensa puede plantearse como cierta "obligación" que hace de la conciliación un derecho básico para poder cumplir con los deberes que conlleva la patria potestad (arts. 154 y ss. Código Civil).

el error de plantear las medidas necesarias para compaginar nuestra vida familiar y profesional desde un prisma femenino, porque ello conllevaría la discriminación por razón de sexo que reprueba el artículo 14 de la Constitución Española. Por lo tanto, debe afianzarse la idea de que la conciliación no es una materia que involucra únicamente a las mujeres[5], sino a todos los trabajadores y las trabajadoras.

2. EL REFLEJO DE LA CONCILIACIÓN EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA

El desarrollo de la protección del Derecho a la conciliación se acredita, lógicamente, en las distintas normativas que completan el panorama jurídico laboral, al margen del resguardo que pueda ofrecer la Constitución.

Las cuestiones conciliadoras ya contaban con cierto presencia en el Estatuto de los Trabajadores cuando entró en vigor la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras[6]. Es evidente la importancia que tuvo esta norma, puesto que reestructuró la escasa normativa que existía al respecto. Esta ley recibió un notorio empuje con la posterior Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Desde luego, debe valorarse positivamente la irrupción de estos textos en el marco legal, junto a otras normas, tanto europeas[7], como autonómicas. No obstante, igualmente es inevitable remarcar la poca firmeza de las mismas, puesto que facilitan un contexto para tomar medidas en relación con la conciliación –lo cual ya es

---

[5] RABANAL CARBAJO, Pedro: "Familia y trabajo. Algunas reflexiones sobre el Ordenamiento laboral y la conciliación de la vida laboral y familiar", en *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo,* Edit. La Ley–Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, pp. 58-60; ARGÜELLES BLANCO, Ana Rosa: *La protección de*…, cit., estudia extensamente las medidas que el ordenamiento laboral recoge con intención de proteger los intereses familiares; en este sentido, la autora evidencia que las medidas reguladas deben mantenerse al margen del sexo de la persona trabajadora, salvo excepciones evidentes como en el caso de la protección en el embarazo u otras figuras vinculadas a la maternidad (pp. 51-56). En este sentido, también se pronuncia SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina; SEMPERE NAVARRO, Antonio (directores): *Derechos Fundamentales inespecíficos y negociación colectiva,* Edit. Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 47-49, señala la conciliación como una medida para conseguir la igualdad y la no discriminación por razón de sexo en las empresas, pero, para ello, debe ser utilizada adecuadamente. Igualmente, FABREGAT MONFORT, Gemma: "El Derecho a la conciliación en la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", en *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Hacia un respeto igualatorio de las reformas parentales,* coord. por María Belén CARDONA RUBERT, Edit. Bomarzo, Albacete, 2009, p. 119, señala que presumir las medidas de conciliación únicamente para la mujer "repercute negativamente sobre ésta como trabajadora puesto que incide en su consideración como responsable de las tareas reproductivas".

[6] BALLESTER PASTOR, Mª Amparo: *La Ley 3/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral,* Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, analiza extensamente el contenido y la trascendencia de esta Ley.

[7] BALLESTER PASTOR, Mª Amparo: "De cómo la reforma operada por el RD Ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades", en *Revista de Derecho Social,* núm. 57, 2012, pp. 101-104, subraya que "[e]l derecho a la conciliación en la Unión Europea se ha desarrollado de un modo espectacular desde hace más de 30 años". No obstante, la autora entiende que la normativa española no comparte la misma tendencia. La misma opinión comparten, CARRASQUER, Pilar; MASSÓ, Matilde; ARTILES, Antonio Martín: "Discursos y estrategias en torno a la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva", *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo,* núm. 6, 2005, pp. 267-272; ARROYO ABAD, Carlos: "Perspectivas laborales en…", cit., pp. 250-252.

un gran avance respecto a tiempos anteriores–, mas carecen de reglas contundentes para alcanzar soluciones reales y específicas en este sentido[8].

Es necesario alcanzar una aplicación real de las medidas que facilitan la conciliación de la vida laboral y personal, especificando las reglas generales que el ordenamiento jurídico traza en la actualidad, puesto que las soluciones que viene planteando el poder legislativo no están obteniendo los frutos deseados, mientras que la necesidad de conciliar familia y trabajo sigue siendo un problema cada vez más latente. En este sentido, los convenios colectivos podrían plantearse como herramientas para materializar dicha concreción, pero para ello es necesario que los agentes sociales que participan en los procesos negociadores reconozcan con contundencia la conciliación como un Derecho de todos los trabajadores y las trabajadoras.

La realidad actual descansa en que la cuestión a tratar alcanza poco, incluso nulo, protagonismo en las negociaciones colectivas, a pesar de que la normativa viene recordando este derecho visiblemente, por lo menos, desde la Ley 39/1999, de 5 de noviembre. Incluir respuestas a las necesidades conciliadoras de los trabajadores y las trabajadoras en los convenios colectivos actuaría en defensa de los intereses de las personas trabajadoras[9]; por lo tanto, la negociación colectiva podría ejercer como otra vía más para alcanzar las medidas necesarias en este sentido. Sin embargo, la realidad consiste en que en la actualidad son pocos los convenios colectivos que afrontan esta cuestión de manera que supere la mera enumeración de las normas más esenciales respecto a la cuestión. Incluso, se podría decir que los convenios colectivos con un ámbito territorial más extenso aportan algunas medidas al respecto, los cuales se diluyen cuando el ámbito de aplicación del convenio colectivo en cuestión es más reducido[10].

Si bien los convenios colectivos son herramientas idóneas para recopilar medidas que fomenten la igualdad, y entre éstas, la conciliación, deben plantearse dichas soluciones con cierta cautela. Los convenios colectivos no debe actuar como mero marco de medidas en relación con la conciliación para los sujetos que atienden el convenio en cuestión, puesto que podría condenar a la conciliación a considerarse

---

[8] QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz: "La conciliación de la vida laboral y familiar en el marco jurídico actual", en *Cuadernos de Relaciones Laborales,* vol. 23, núm. 1, 2005, pp. 99-101, acusa al ordenamiento de "miopía notable a la hora de contemplar medidas acerca de la conciliación de la vida familiar y profesional". Entiende la autora que en las medidas propuestas únicamente se contempla el tiempo como principal, y casi única, solución para facilitar la conciliación; planteando éstas soluciones inmediatas, pero que resultan poco prácticas hacia un futuro.

[9] CARDONA RUBERT, María Belén; SALA FRANCO, Tomás: "La negociación colectiva y el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", en *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Hacia un respeto igualatorio de las reformas parentales,* coord. por María Belén CARDONA RUBERT, Edit. Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 131-133: indican los autores que la negociación colectiva y el diálogo social son herramientas que tienen un papel activo para lograr la igualdad, y de este modo, impulsar la conciliación. Igualmente defiende la idea QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz: "La conciliación de la vida laboral y familiar en el marco jurídico actual", en *Cuadernos de Relaciones Laborales,* vol. 23, núm. 1, 2005, pp. 119-125.

[10] CARRASQUER, Pilar; MASSÓ, Matilde; ARTILES, Antonio Martín: "Discursos y estrategias…", cit., p. 274: "(…) Su difusión y el cumplimiento de los acuerdos se diluye a medida que nos acercamos al centro de trabajo, salvo en aquellas ocasiones en que la propia conciliación pasa de ser un objeto de negociación a ser una herramienta de gestión empresarial".

un derecho sin virtualidad práctica, pudiendo, tal vez, perjudicar el derecho individual de conciliación de cada de las trabajadoras y los trabajadores[11], al utilizar la dirección de las empresas estos acuerdos según su literalidad estricta, y sin atender las necesidades individuales de cada uno de sus empleados. Frente a esto, no obstante, también se debe subrayar la fragilidad que pueden tener las medidas que se adoptan en cuanto a la conciliación de manera individual e informal, creando incluso agravios comparativos entre las condiciones de los distintos empleados y empleadas[12].

No es, por lo tanto, una cuestión banal establecer un marco adecuado para fomentar la conciliación, porque tal vez, nos enfrentamos a un derecho que supone atender las necesidades individuales de cada una de las personas que se encuentran ante esta necesidad. Es necesario que se utilice la negociación colectiva como vía para desarrollar el derecho a la conciliación, fomentando las políticas que deben aplicarse en este sentido; posteriormente, será necesario adoptar las soluciones que permitan materializar este derecho según las necesidades que plantee cada contexto personal. La buena voluntad de los empresarios para aplicar las generalidades que recogen las normas de conciliación es clave en esta cuestión. Sin embargo, muchas son los contextos que permiten escudarse en la incapacidad organizativa de la empresa –lo cual es fácil de argumentar, puesto que las propias normas permiten este hecho– para no desarrollar el derecho a la conciliación de los trabajadores y las trabajadoras.

Es evidente que tratamos una cuestión que reta el derecho del empresario de organizar su empresa, pero la solución consiste en buscar un resultado equilibrado que satisfaga las necesidades de ambas partes. El propio Estatuto de los Trabajadores recopila ambos derechos –arts. 20 y 34. 8 ET[13]– los cuales pueden estar contrapuestos si la empresa no afronta la conciliación como elemento positivo y diferenciador. La solución pasa, por lo tanto, por el entendimiento de ambas partes, claro está, pero la legislación tiene la labor de facilitar un marco que fomente estos acuerdos, no quedando la normativa en mera literatura[14].

---

[11] BALLESTER PASTOR, Mª Amparo: "De cómo la…", p. 113.

[12] CARRASQUER, Pilar; MASSÓ, Matilde; ARTILES, Antonio Martín: "Discursos y estrategias…", cit., p. 273, dice que "algunos de los contenidos más relevantes sobre conciliación están inscritos en acuerdos individuales, a veces informales, basados en relaciones de confianza entre la dirección de recursos humanos y ciertas categorías profesionales altas".

[13] MONTOYA MEDINA, David: "Dimensión constitucional de….", cit., pp. 267-268. CASTELLI, Nunzia: "Conciliación de la vida familiar y laboral y exigencias organizativas empresariales", en *Aranzadi Social,* núm. 2, 2012, pp. 115-134, habla de si el artículo 34.8 ET es simplemente una facultad o es un derecho.

[14] BALLESTER PASTOR, Mª Amparo: "De cómo la…", cit., p.110, señala que la clave de este tema es la voluntad para ello, puesto que desde el entramado empresarial se plantea muchas veces la conciliación como una amenaza para la organización empresarial. MAÑAS ALCÓN, Elena; GARRIDO YSERTE, Rubén: *Conciliación. Políticas de conciliación en las empresas. Un análisis del caso español.* Edit. Fundación EOI, Madrid, 2007, pp. 31-35, señala que la conciliación no debe ser un coste para la empresa, sino un elemento diferenciador y estratégico que puede ayudar o mejorar su competitividad. Asimismo, CARRASQUER, Pilar; MASSÓ, Matilde; ARTILES, Antonio Martín: "Discursos y estrategias…", cit., p. 274, indica en relación a los acuerdos entre empresarios y trabajadores que "(…) su difusión y el cumplimiento de los acuerdos se diluye a medida que nos acercamos al centro de trabajo, salvo en aquellas ocasiones en que la propia conciliación pasa de ser un objeto de negociación a ser una herramienta de gestión empresarial".

De este modo, atendidas las pautas que establece la normativa europea, y en su cumplimiento –aunque no con el grado que sería deseado– en la normativa nacional, contamos con distintas herramientas que permiten, o deberían permitir al menos, llevar a cabo en mayor o menor medida la deseada conciliación de la vida familiar y profesional.

Así, el Estatuto de los Trabajadores enuncia el derecho a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo en la lactancia (art. 45 ET); además, se plantea la posibilidad de excedencia voluntaria por cuidado de hijos e hijas y familiares (art. 46 ET). Asimismo, dicho cuerpo legislativo enumera ciertos permisos por lactancia (art. 37.4 ET) o por enfermedad de familiares (art. 37.3 ET). Trata el Estatuto de los Trabajadores, también, la circunstancia de la coincidencia de las vacaciones y las comentadas suspensiones, reconociendo a los trabajadores y las trabajadoras el derecho a disfrutar de ambos (art. 38.3 ET). Y, al mismo tiempo, el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores reconoce el derecho a adaptar la jornada laboral según las necesidades conciliadoras, lo cual se desarrolla mediante el artículo 37.5, al permitir la reducción de la jornada para el cuidado de hijos y familiares[15].

Las medidas ahora citadas son la columna vertebral del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, siendo las alternativas básicas a las que puede "acceder" todo empleado o empleada. Mas claro está, el verdadero cumplimiento o no de estas normas y la intensidad con las que se aplican, en muchas ocasiones, no es el deseado o el más adecuado para lograr la conciliación.

Si bien, todos estos recursos son importantes, tal vez, uno de los más conflictivos pero a su vez más significativo y trascendental para lograr el objetivo que se protege con el derecho a la conciliación consiste en la adaptación de la jornada (art 34.8 ET), y en relación estrecha con la misma, la posibilidad de reducir la jornada laboral (art. 37.5 ET), en lo cual centraremos nuestra atención a partir de ahora.

3. LA RELEVANCIA DE LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA LABORAL Y LOS EFECTOS DE LA LEY 3/2012, DE 6 DE JULIO

Los ahora señalados permisos o suspensiones del contrato de trabajo que el Estatuto de los Trabajadores defiende son medidas positivas para la conciliación, mas éstas pueden entenderse como soluciones simplemente "parciales". Esta parcialidad responde a que no contentan los problemas que acarrea la necesidad de conciliación

[15] Son muchos los trabajos donde podemos observar una enumeración de las distintas medidas que plantea, en concreto, el Estatuto de los Trabajadores para alcanzar la conciliación; entre otros: MAÑAS ALCÓN, Elena; GARRIDO YSERTE, Rubén: *Conciliación. Políticas de*…, cit., pp. 36-45; AGUILERA IZQUIERDO, Raquel: "Los Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. extra 2, 2007, pp. 74-118; FABREGAT MONFORT, Gemma: "El Derecho a la conciliación en la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", en *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Hacia un respeto igualatorio de las reformas parentales,* coord. por María Belén CARDONA RUBERT, Edit. Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 120-129.

bajo un criterio de continuidad para la vida laboral del trabajador o la trabajadora. Las medidas de los permisos, las excedencias o la normativa en cuanto a las vacaciones y su disfrute cuando coincidan con el permiso de maternidad, por ejemplo, actúan como criterios concretos para un periodo exacto. Por lo tanto, aunque son normas que deben acogerse positivamente no solucionan el problema de la conciliación para el día a día.

Es por ello que la adaptación de la jornada laboral acapara un total protagonismo en relación con el derecho a la conciliación, al permitir que la realidad conciliadora se materialice en el día a día de los trabajadores y las trabajadoras. En este sentido, el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores habla en su primer párrafo del derecho que tienen los trabajadores de *adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral* (…). Esta adaptación, no obstante, deberá hacerse según el convenio colectivo o acuerdo alcanzado con el empresario, tal como indica la propia regulación. Asimismo, el artículo 37.5 del mismo cuerpo legislativo ha venido regulando la adaptación de la jornada, pero desde la óptica de la reducción de la jornada de trabajo para el cuidado de hijos e hijas menores de ocho años, personas con alguna discapacidad física, psíquica o sensorial y demás familiares hasta segundo grado que no puedan valerse por sí mismos –siempre que no desempeñe una actividad remunerada en los últimos dos casos– .

La aplicación de estas normas ya venían ofreciendo ciertos problemas, y la última reforma laboral no ha servido para solventar dichas cuestiones, sino más bien, ha agravado estas circunstancias.

El RD-Legislativo 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y luego la Ley 3/2012, de 6 de julio, del mismo nombre han mantenido la esencia de ambas medidas. Sigue planteándose la adaptación de la jornada laboral como un derecho sin respaldo contundente alguno, puesto que se deja en manos de las agentes negociadores de los convenios colectivos –los cuales, decíamos, no atienden con la necesaria contundencia la cuestión en sus negociaciones– o en los acuerdos con los empresarios la posibilidad de tomar medidas en este sentido. Por tanto, la reforma podía haber sido un posible camino para dar un paso adelante en las necesidades conciliadoras y endurecer el tono de la disposición que regula la cuestión. Incluso, parecía que la conciliación acaparaba gran protagonismo en esta reforma, al dedicar la Disposición Final Primera al tema íntegramente bajo la rúbrica de *modificaciones en materia de conciliación de la vida laboral y familiar.* No obstante, no ha sido así. Al amparo de esta designación se han reformado los apartados 4, 5 y 6 del artículo 37 y el artículo 38.3 del Estatuto de los Trabajadores, mas en el caso de la reducción de la jornada –asunto que ahora atendemos– el cambio ha supuesto, incluso, un paso hacia atrás.

La nueva redacción del artículo 37.5 del señalado cuerpo legislativo tras la reforma, podríamos decir, ha empeorado las posibilidades conciliadoras que plantea. Acorde con la vía para la conciliación que el artículo 34.8 abre, una práctica habitual consiste en la reducción de la jornada laboral de los trabajadores y las trabajadoras para atender las funciones familiares. El Estatuto de los Trabajadores no precisaba hasta ahora bajo qué criterios debía realizarse esta reducción, no obstante, la reforma ha incluido que la reducción debe ser de la jornada diaria. Aclaremos esta cuestión, puesto que la

inclusión de una sola palabra mediante la última reforma laboral ha supuesto un paso atrás abrumador en relación con la conciliación de la vida laboral y familiar.

Con anterioridad a la reforma acontecida mediante la Ley 3/2012, de 6 de julio, el Estatuto de los Trabajadores presentaba en su artículo 37.5 que los trabajadores y las trabajadoras con las cargas familiares arriba citadas podrían reducir su jornada, sin precisar en ningún sentido el concepto de jornada[16]. Esta imprecisión facultaba una interpretación extensa del concepto, permitiendo entender la jornada no como un término relacionado con una referencia diaria, sino pudiendo reducir la jornada en un sentido semanal, mensual o porque no, anual. Esta inexactitud normativa permitía plantear una reducción no sólo aplicada al día a día sino, concebida en relación con temporadas más o menos largas, tales como acumular el trabajo en ciertos días de la semana, o intensificar el trabajo en temporadas donde las cargas familiares del trabajador o la trabajadora no eran tan importantes respecto a otros periodos.

Sin embargo, la nueva redacción del artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores ha condicionado esta reducción a la jornada entendida como diaria. De este modo, tras la última reforma la reducción de la jornada laboral entre una octava parte y la mitad que permite la normativa debe realizarse en relación con la dedicación laboral diaria. Esta "pequeña" precisión hace que medidas conciliadoras que venían planteándose atendiendo la jornada de manera más extensa hayan perdido su respaldo normativo que anteriormente tenían.

Es evidente, en este sentido, que una de las alternativas que permite conciliar de mejor manera la vida personal con la profesional ha sufrido un recorte innegable. La reforma laboral ha disminuido el sentido práctico de dicha norma, actuando en contra del derecho a la conciliación y haciendo frente a la permisibilidad conciliadora que pretende impulsarse desde Europa. Fueron varias las voces que se levantaron ante la "precipitada" reforma que se planteó en febrero de 2012 mediante Real Decreto Legislativo en relación a esta cuestión[17]; si hubieran sido escuchadas y el legislador hubiese tenido voluntad de recapacitar en este sentido, contaban con la oportunidad de cejar en su actuación y dejar de lado esta precisión, mas no ha sido así. La confirmación de este paso hacia atrás en el derecho de la conciliación ha sido salvaguardada, igualmente, en la Ley 3/2012, de 6 de julio.

Incluso, podría decirse que la reforma sufrida por el artículo 34.8 ET no hace más que confirmar la tendencia del legislador. La reforma ha incluido cierto cambio en esta disposición, al señalar en un segundo –y nuevo– párrafo *que (...) se*

---

[16] En torno a la posibilidad de reducción de jornada que ofrece el artículo 37.5 ET, AGUILERA IZQUIERDO, Raquel: "Los Derechos de…", cit., pp. 85-88, analiza la reducción de la jornada desde el punto de vista de la Seguridad Social. También dedica su atención al contenido del artículo 37.5 ET, LAHERA FORTEZA, Jesús; GARCÍA QUIÑONES, Juan Carlos: *Tiempo de trabajo y conciliación familiar,* Edit. Bomarzo, Albacete, 2008, pp. 65-87.

[17] BALLESTER PASTOR, Mª Amparo: "De cómo la…", cit., pp. 109-111, anunciaba tras la entrada en vigor del RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, las repercusiones negativas que suponía la nueva redacción del artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores. En el mismo sentido se ha pronunciado HERRAIZ MARTÍN, Mª Sol: "El Real Decreto-Ley 3/2012: Luces y sombras en materia de conciliación de la vida laboral y familiar", en *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral,* dir. Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y Jesús R. MERCADER UGUINA, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 277-282.

promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas. Esta nueva aportación no hace más que enumerar algunas de las medidas que ya vienen utilizándose en empresas que apuestas por la conciliación de la vida profesional y personal de sus trabajadores y trabajadoras; mas nuevamente, parece asociarse la cuestión de la conciliación a la jornada en su sentido diario. Además, carece la norma de contundencia alguna, puesto que se señala que a la hora de tomar decisiones al respecto, aparte de las necesidades conciliadoras del empleado deberá atenderse, igualmente, la mejora de la productividad de la empresa. Por lo tanto, poco corrige la cuestión esta nueva aportación normativa.

No es, sin embargo, ésta la única medida que dificulta la ya complicada cuestión de la conciliación. Decisiones tales como la posibilidad de horas extraordinarias para las personas con contratos a tiempo parcial, la atribución al empresario de "disponer" bajo sus criterios unilaterales de una distribución irregular del diez por ciento de la jornada anual de los trabajadores y las trabajadoras o la desaparición de bonificaciones que se regulaban en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, suponen un varapalo para el derecho a la conciliación.

4. CONCLUSIONES

Alcanzar una adecuada conciliación entre la vida personal y profesional de los trabajadores y las trabajadoras no es una cuestión sencilla y banal, y además el actual panorama legislativo no impulsa medidas concretas y directas en este sentido. Su inexactitud se plantea, incluso, desde la propia Constitución Española, puesto que no se reconoce expresamente, sino que deriva de la protección que se contempla a la familia en su artículo 39, y en cierta medida, de la igualdad que se establece en el artículo 14 y la no discriminación que promueve esta disposición, también, en cuanto a razón de sexo[18].

Sea cual fuere la protección constitucional, la trascendencia de la cuestión es evidente. La importante inserción de las mujeres en el mundo laboral hace que la conciliación se haya convertido en un verdadero conflicto para la mayoría de las familias, lo cual el legislador debe atender y dar soluciones. Mas nos enfrentamos a un propósito significativo que no es preocupación exclusiva de las mujeres: no

[18] No obstante, no existe unanimidad en la doctrina en cuanto a la disposición constitucional que ampara de mejor manera el Derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar. Mientras que ciertas voces ubican este derecho al amparo de los artículos 39 y 14 CE (es el caso de ARROYO ABAD, Carlos: "Perspectivas laborales en…", cit., pp. 248-249), en otros casos, la opinión consiste en limitar esta protección al artículo 39 CE (FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª Fernanda: "Conciliación de la vida laboral y familiar: una visión constitucional", en *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Hacia un respeto igualatorio de las reformas parentales*, coord. por María Belén CARDONA RUBERT, Edit. Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 239-254). En este sentido, es esclarecedor el trabajo de MONTOYA MEDINA, David: "Dimensión constitucional de….", cit., pp. 265-282, donde analiza dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional que abordan, precisamente esta cuestión (SSTC 24/2011 y 26/2011, de 14 de marzo).

planteemos la conciliación como una cuestión femenina que debe ser solucionada por y para este colectivo. Se nos presenta un problema global, un conflicto colectivo que debe atenderse con medidas acordes a su importancia.

El derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar debe acaparar la importancia que le corresponde, y la legislación debe facilitar a los trabajadores y las trabajadoras medidas contundentes que aporten soluciones verdaderas. Del mismo modo, se debe plantear la cuestión como uno de los aspectos que debe tener protagonismo en la negociación colectiva, puesto que nos enfrentamos a un conflicto colectivo, y no privado.

El panorama actual consiste en que la conciliación no se entiende como una realidad a solventar de manera prioritaria. La legislación habla de este derecho (art. 34.8 ET), pero no presenta recursos contundentes; incluso, deja en manos de la buena voluntad de las partes –trabajador y empresario– la solución a esta problema. No podemos admitir que la conciliación se convierta en una cuestión de segundo grado, puesto que es un problema que nos condiciona nuestro día a día personal y laboral.

Además, debemos superar la perspectiva de que la conciliación consiste en una carga para la organización empresarial. Una empresa que plantea políticas activas de conciliación promueve la igualdad entre su personal y fomenta una estabilidad laboral de la plantilla que las propias empresas deben valorar positivamente. Pero, claro está, fomentar actitudes que empujan políticas de empleo estable no es fácil en un mercado laboral como el español, donde la inestabilidad laboral es una realidad latente.

Son muchas las medidas que pueden llevarnos a alcanzar un adecuado equilibrio entre la vida laboral y familiar, mas considero que éstas deben plantearse desde el prisma de la flexibilidad laboral; esto es, el futuro de unas adecuadas medidas conciliadoras pasa por fomentar la flexibilidad laboral, entendido esto último en su sentido más amplio: una flexibilidad temporal, pero también espacial. Adaptar la jornada laboral de los trabajadores y las trabajadoras puede solventar en gran medida las discrepancias laboral-personales de estos, y porque no, la actualidad tecnológica permite, en muchas ocasiones, llevar a cabo nuestras funciones laborales sin un desplazamiento diario al centro de trabajo.

Por lo tanto, deben fomentarse las medidas que permitan una adecuada organización de la vida familiar, pero sin renunciar a la vida laboral. Las medidas que permiten la ausencia laboral son soluciones diríamos a corto o medio plazo, pero terminadas dichos concretos contextos el problema sigue manteniéndose.

Los artículos 34.8 y 37.5 del Estatuto de los Trabajadores actuaban hasta ahora como respaldo jurídico para los sujetos que querían seguir trabajando, pero a su vez, cumplir con sus funciones familiares. De este modo, la posibilidad de la adaptación que presenta el artículo 34.8 se desarrollaba con la reducción de jornada que planteaba el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores. No obstante, la reforma laboral acaecida este año ha supuesto un paso atrás en este sentido. Obligar a que la reducción sea en relación a la jornada laboral diaria supone que otros posibles acuerdos para flexibilizar la jornada no tengan respaldo jurídico alguno.

La mencionada reforma ha traído consigo resultados verdaderamente convulsos; parece que la crisis ha servido de argumento para tomar decisiones en contra de ciertos derechos de los trabajadores y las trabajadoras, y desde luego, el derecho a la conciliación ha sido víctima de ello. Limitar la posibilidad de la reducción de la jornada al término diario no aporta solución alguna a la complicada situación económica que estamos atravesando, incluso, diríamos que complica aún más la situación laboral de los ciudadanos y ciudadanas. El poder legislativo tuvo oportunidad de cambiar esta absurda decisión "anti-conciliadora", mas no lo hizo, y este es el panorama que tenemos hoy en día en vigor al respecto.

5. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA IZQUIERDO, Raquel: "Los Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. extra 2, 2007, pp. 69-119.

ARGÜELLES BLANCO, Ana Rosa: *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral,* Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

ARROYO ABAD, Carlos: "Perspectivas laborales en torno a la conciliación de la vida familiar y laboral: el reto de la compatibilidad y la corresponsabilidad", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense,* núm. 40, 2007, pp. 243-270.

BALLESTER PASTOR, Mª Amparo: *La Ley 3/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral,* Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

—: "De cómo la reforma operada por el RD Ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades", *Revista de Derecho Social,* núm. 57, 2012, pp. 99-114.

CABEZA PEREIRO, Jaime: "Los Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras", en *El principio de igualdad en la negociación colectiva,* coord. José Fernando LOUSADA AROCHENA, Edit. Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008, pp. 215-286.

CARDONA RUBERT, María Belén; SALA FRANCO, Tomás: "La negociación colectiva y el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", en *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Hacia un respeto igualatorio de las reformas parentales,* coord. por María Belén CARDONA RUBERT, Edit. Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 131-146.

CARRASQUER, Pilar; MASSÓ, Matilde; ARTILES, Antonio Martín: "Discursos y estrategias en torno a la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva", *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo,* núm. 6, 2005, pp. 265-286.

CASTELLI, Nunzia: "Conciliación de la vida familiar y laboral y exigencias organizativas empresariales", *Aranzadi Social,* núm. 2, 2012, pp. 115-136.

CASTRO ARGÜELLES, Mª Antonia: "Los Derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la jurisprudencia", *Derecho de los negocios,* núm. 207, 2007, pp. 55-61.

FABREGAT MONFORT, Gemma: "El Derecho a la conciliación en la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", en *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Hacia un respeto igualatorio de las reformas parentales,* coord. por María Belén CARDONA RUBERT, Edit. Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 115-129.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª Fernanda: "Conciliación de la vida laboral y familiar: una visión constitucional", en *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Hacia un respeto igualatorio de las reformas parentales*, coord. por María Belén CARDONA RUBERT, Edit. Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 239-254.

HERRAIZ MARTÍN, Mª Sol: "El Real Decreto-Ley 3/2012: Luces y sombras en materia de conciliación de la vida laboral y familiar", en *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral,* dir. Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y Jesús R. MERCADER UGUINA, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 267-290.

LAHERA FORTEZA, Jesús; GARCÍA QUIÑONES, Juan Carlos: *Tiempo de trabajo y conciliación familiar,* Edit. Bomarzo, Albacete, 2008.

MAÑAS ALCÓN, Elena; GARRIDO YSERTE, Rubén: *Conciliación. Políticas de conciliación en las empresas. Un análisis del caso español.* Edit. Fundación EOI, Madrid, 2007.

MONTOYA MEDINA, David: "Dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar (comentario a las SSTCO 24/2011 y 26/2011, de 14 de marzo)", *Aranzadi Social,* núm. 4, 2011, pp. 265-282.

QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz: "La conciliación de la vida laboral y familiar en el marco jurídico actual", *Cuadernos de Relaciones Laborales,* vol. 23, núm. 1, 2005, pp. 95-129.

RABANAL CARBAJO, Pedro: "Familia y trabajo. Algunas reflexiones sobre el Ordenamiento laboral y la conciliación de la vida laboral y familiar", en *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo,* Edit. La Ley- Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, pp. 53-63.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina; SEMPERE NAVARRO, Antonio (directores): *Derechos Fundamentales inespecíficos y negociación colectiva,* Edit. Aranzadi- Thomson Reuters, Navarra, 2011.

DESPIDO COLECTIVO NULO Y TUTELA DEL TRABAJADOR

Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca
Profesor Contratado Doctor.
Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. FALTA DE REALIZACIÓN DEL PERÍODO DE CONSULTAS
3. FALTA DE ENTREGA DE LA DOCUMENTACIÓN PREVISTA EN EL ART. 51.2 ET
4. VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

1. INTRODUCCIÓN

El despido nulo se presenta en el Estatuto de los Trabajadores como medio para proteger al trabajador/a frente a la conculcación de derechos fundamentales y libertades públicas, o para evitar que el empresario pueda pretender la extinción contractual por el perjuicio que para la productividad pueda ocasionar el ejercicio de derechos sociales que tiene igualmente reconocidos: maternidad, paternidad, excedencia para el cuidado de familiares, etc. Así se ve con claridad en el despido disciplinario y en el despido objetivo, donde ha sido una cuestión estudiada por la doctrina y abordada por la jurisprudencia.

La nulidad en el despido colectivo tenía un caso claro y concreto hasta fechas recientes: que el empresario procediera a efectuar un despido de tales características sin contar con la correspondiente autorización administrativa.

La regulación del despido colectivo ha experimentado un cambio sustancial en nuestro país tras la reforma laboral de 2012, en el sentido de que deja de ser necesario que el empresario disponga de dicha autorización de la Autoridad Laboral, pudiendo proceder a extinciones colectivas si se dan determinadas causas y circunstancias determinadas en el art. 51 ET.

Al prescindirse de la autorización administrativa, aumenta el control judicial de esta clase de despidos. De ahí, que la Ley de la Jurisdicción Social (en adelante: LJS) haya debido establecer un procedimiento para su impugnación, tanto de forma colectiva como individual. Se ha hecho necesario determinar –como sucede en los otros despidos– las situaciones de procedencia (extinción ajustada a derecho), improcedencia (extinción no ajustada a derecho) y nulidad (extinción vulneradora de derechos en un sentido extenso). Y, a diferencia también de aquellos otros despidos, en el colectivo tal calificación judicial se trata sólo en la Ley de la Jurisdicción Social, en lugar de aparecer mencionada en el art. 51 ET.

En tal sentido, el art. 124 LJS, en su apartado 11, señala que "la sentencia declarará nula la decisión extintiva 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 judicial 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". Como podemos ver, y tratando de sintetizar los motivos de nulidad, si prescindimos del despido por fuerza mayor, éstos se reducen a tres:

a) Falta de realización del período de consultas.

b) Falta de entrega de la documentación prevista en el art. 51.2 ET.

c) Vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas.

Veamos cómo ha entendido la jurisprudencia de la Audiencia Nacional y de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA, en sus primeros pronunciamientos, que deben cumplirse los mencionados aspectos. Para ello, hemos realizado un repaso que comienza el 1 de enero de 2012 hasta la fecha actual, y que arroja el siguiente resultado.

2. FALTA DE REALIZACIÓN DEL PERÍODO DE CONSULTAS

Puede decirse que constituye uno de los elementos que más ha subrayado la reforma laboral del "nuevo" despido colectivo, destacando su importancia y el deseo del legislador de que el empresario dialogue con los representantes legales de los trabajadores. Así queda puesto de relieve, en primer lugar, en la Exposición de Motivos del RD 1483/2012, de 29 de octubre[1] y, en segundo lugar, su art. 7 lo subraya cuando afirma taxativamente que "el periodo de consultas tendrá por objeto llegar a un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores".

En general, la regulación actual del despido colectivo obedece a la transposición a nuestro derecho interno de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos[2]. El art. 51.2 dispone su duración: no superior a treinta días naturales o a quince, de tratarse de una empresa con menos de cincuenta trabajadores[3].

---

[1] Por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (BOE núm. 261, 30-10-2012). Así, se dice que "el presente real decreto tiene como principales objetivos los siguientes:…Segundo. Garantizar la efectividad del periodo de consultas en los procedimientos, que cobra una importancia de primer orden en la nueva regulación una vez eliminada la autorización administrativa previa…". Y más adelante: "Mención especial merece el desarrollo del periodo de consultas, verdadera esencia del procedimiento. Para garantizar su efectividad se regula el número mínimo de reuniones de dicho periodo, que varía en función del tamaño de la empresa y los intervalos mínimos y máximos entre reuniones. No obstante, para imprimir celeridad al procedimiento sin merma de su confianza, se estipula que el periodo de consultas se entenderá celebrado en todo caso cuando se alcance un acuerdo entre las partes". En la doctrina, MONEREO PÉREZ había observado que "la procedimentalización del proceso decisorio con participación de los trabajadores se presenta altamente idónea para una adecuada "objetivación" de las necesidades de la organización productiva desde la interacción de los intereses en conflicto, en una lógica conjugadora de la admisión del conflicto bajo una perspectiva de cooperación… Su inobservancia se torna para la parte concernida en comportamiento necesario a riesgo de tacha de irregularidad de los actos o, incluso, de no conferir validez a los mismos" (cfr. *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia 2012, pgs. 69-70).

[2] DOCE L 225/16, de 12 de agosto de 1998. Así lo observa BLASCO PELLICER, A., "La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012: aspectos sustantivos, procesales y de seguridad social", en VVAA, *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia 2012, pg. 170.

[3] Antes de la reforma del RDL 3/2012, eran duraciones mínimas y ahora lo son máximas. Algún ejemplo hay en la jurisprudencia en la que se rechaza la nulidad del despido colectivo por haberse excedido la duración del período de consultas: "Aunque dicho plazo se haya superado, no existe norma o precepto alguno que permita declarar la nulidad pretendida, máxime cuando tal superación ha sido de cuatro días, y en todo caso, el apartado 4 del precepto, fija un plazo mínimo de 30 días entre la apertura (fecha de comunicación de la apertura del período de consultas a la autoridad laboral) y los efectos del despido, lo que excluye cualquier posibilidad de nulidad por dicha causa" (STSJ Galicia, núm. 3967/2012, 6-7, AS\2012\1677, FD 5º).

Como es conocido, tales representantes podrán ser tanto los unitarios (delegados de personal, comités de empresa), como las secciones sindicales e, incluso, en los casos en que la empresa carezca de representación legal, una comisión "ad hoc". Este último órgano está legitimado para impugnar el despido colectivo por el procedimiento del art. 124 LJS, pese a que no aparezca citado literalmente en su apartado primero. Así lo ha señalado la STSJ Cataluña, de 23 de mayo de 2012[4]: "Entender que el procedimiento del artículo 124 de la LJS excluye la legitimación de la comisión de representantes no sólo sería contrario al principio de tutela judicial efectiva, sino carente de toda lógica, al privar a quien se ha conferido la representación del conjunto de los trabajadores en la fase de la negociación previa a la decisión extintiva, la posibilidad de impugnar la misma" (FD 2º).

Pues bien, un ejemplo de nulidad por falta de realización del período de consultas lo ofrece la STSJ Cataluña, de 18 de julio de 2012[5], en la que, según la Sala, no queda demostrado que dicho período de consultas tuviera lugar. Y ello, fundamentalmente, en base a dos aspectos: los representantes legales de los trabajadores alegan que no recibieron comunicación para la celebración de las consultas y las actas de estas reuniones, que la empresa defiende que se realizaron, nunca venían firmadas por los representantes legales[6].

La nulidad no se reduce sólo a la mera ausencia de las consultas, sino que también puede declararse cuando éstas no se llevan a cabo del modo adecuado[7]. En este sentido, la STSJ Madrid de 30 de mayo de 2012[8] señala que tiene que haber un verdadero proceso negociador "caracterizado por su dinámica de concesiones recíprocas o de construcción de soluciones y opciones consensuadas. Quien se acerca a la mesa de consultas de un expediente de regulación de empleo con una

---

[4] Sentencia núm. 13/2012, de 23 de mayo (AS\2012\1049).

[5] Sentencia núm. 21/2012, de 18 de julio (JUR\2012\299430).

[6] FD 2º. La exigencia de la firma "por todos los asistentes" a las consultas se señala claramente ahora en el art. 12.3 del RD 1483/2012, que, además, es muy detallista –véase su art. 7– en cuanto a la celebración de las consultas, determinando su número a falta de pacto en contrario. En empresas de menos de 50 trabajadores se prevén, al menos, dos reuniones, en tanto que para aquéllas que superen ese número de trabajadores, se prevén, al menos, un número de tres reuniones. La escasa regulación de las consultas fue criticada en su día por NAVARRO NIETO, F., *Los despidos colectivos*, Edit. Civitas y Junta de Andalucía, Madrid 1996, pg. 174.

[7] Conviene aclarar desde el primer momento que el significado del término "consultas" no es el de un mero "pedir parecer", sino que estamos ante un verdadero proceso negociador. Así fue puesto de relieve por la doctrina, que atribuye el uso por el legislador de dicho término a consideraciones psicológicas: "…los únicos argumentos válidos para justificar la diferencia terminológica (consultar/negociar) nos llevan, con un marcado carácter "psicológico", a la voluntad del legislador de reducir la carga divergente o contrapuesta que subyace a todo proceso negociador, por cuanto tradicionalmente se ha entendido que "la consulta es una noción no competitiva y de naturaleza integrativa, mientras que la negociación es una noción competitiva y tiende a la búsqueda de un compromiso temporal e insatisfactorio" (cfr. SÁNCHEZ TORRES, E., *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*, Edit. CES, Madrid 1999, pg. 58, que se remite en el último inciso de su cita a MONEREO PÉREZ, J. L., *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Edit. Civitas, Madrid 1992, pg. 103, y a WINDMULLER, J. P., *Nueva consideración de la negociación colectiva en los países industrializados*, Edit. Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid 1987, pgs. 28 y ss.).

[8] Sentencia núm. 415/2012, de 30 de mayo (AS\2012\1672). Un ejemplo en la que la Sala rechaza la versión de la Inspección de Trabajo sobre la inadecuación de las consultas, al haberse producido la recolocación de trabajadores, en STSJ Galicia núm. 4389/2012, 19-7, AS\2012\1888, FD 3º.

única posibilidad sobre la mesa, la suya, no negocia porque no intercambia valor alguno, ni efectúa concesiones, ni ofrece opciones. Sencillamente se limita a tratar de cumplir formalmente un trámite, el del período de consultas o de negociación, y tal comportamiento no constituye una negociación de buena fe, máxime cuando ni tan siquiera se ponen sobre la mesa los documentos contables legalmente exigidos para que la parte afectada pueda conocer las causas" (FD 2º).

De este modo, no cabe una actitud pasiva e inamovible de la empresa en el período de consultas. Un caso concreto en el que la Sentencia basa la nulidad del despido colectivo en unas consultas defectuosas lo ofrece la STSJ Cataluña, de 13 de junio de 2012[9], que tiene de interés que se trata de un despido colectivo en el sector público. Me detendré un poco más en ella. El ente que lleva a cabo las extinciones colectivas es el Consorci Casa de les llengues (en adelante CCL). El motivo: su disolución, lo que conlleva un despido colectivo de toda la plantilla (6 trabajadores). Los representantes de los trabajadores demandan nulidad por falta de negociación real. La Sala señala que el período de consultas tiene un contenido que califica de mínimo de derecho necesario y que se concreta en: a) Causas motivadoras del despido; b) Posibilidad de evitar o reducir sus efectos; c) Medidas necesarias para atenuar sus consecuencias; y d) Posibilidad de continuidad y viabilidad del proyecto empresarial. Pues bien, la Sala entiende que tal contenido no ha sido respetado: "del examen de las actas de las reuniones mantenidas en el período de consultas, se evidencia que la empresa se limita a decir que no es posible la recolocación por la desaparición del CCL y a facilitar determinada documentación". Y, más tarde, insiste: "…la negativa a negociar sobre la atenuación de las consecuencias del despido (ej. mediante mayores indemnizaciones que la mínima legal, reciclaje profesional, empleo por cuenta propia, medidas compensatorias de las diferencias salariales con un nuevo empleo, otras fórmulas de prestación de servicio: concesión a cooperativa laboral, etc, (vid art. 9 RD 801/11); así como la negativa a negociar medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos, sitúan la negociación realizada en un mero formalismo de contenido únicamente informativo circunscrito a la entrega de documentación"[10]. Además, acusa a CCL de mala fe, "consistente en negar la posibilidad de negociar indemnizaciones

[9] Sentencia núm. 15/2012, de 13 de junio (JUR\2012\257822).

[10] Tal como señala Monereo Pérez, la norma determina una "consulta cualificada", que supone "el desarrollo de una negociación y no meramente una sencilla solicitud de opinión, parecer o informe previo no vinculante". No estamos, pues, ante una consulta estricta "entendida como un simple derecho a ser oídos con carácter previo a la decisión empresarial" (cfr. *El despido colectivo y sus elementos...*, pg. 77). En el mismo sentido, Blasco Pellicer que, con apoyo jurisprudencial, indica "que el deber de negociar de buena fe no obliga a las partes a llegar a un acuerdo, pero sí a realizar un serio y verdadero intento para conseguirlo (STS 9-3-1998) y que el período de consultas debe realizarse bajo una verdadera voluntad de diálogo, procurando la consecución del acuerdo y discutiendo de forma efectiva todas las circunstancias que afecten a la medida propuesta (STSJ Cataluña 26-2-1998)" (cfr. *Op. cit.*, pg. 174). Como ejemplo de ausencia de buena fe, señala Sánchez Torres "plantear una única o última oferta sin haber intentado previamente acercar las posturas con la representación contraria u ofrecer una propuesta declarando ser la única oferta para "tomarla o dejarla" (cfr. *Op. cit.*, pg. 140).

cuando después acaban ofreciéndose a los trabajadores una vez iniciado el litigio, vaciando así de contenido el período de consultas" (FD 4º).

La decisión de nulidad de la Sala no cuenta con la unanimidad de sus integrantes. Se emite un Voto Particular, que no deja de ser interesante, pues considera desproporcionada la exigencia de contenido marcada por la Sala al período de consultas. Para ello, fija su punto de partida en que estamos ante un despido colectivo por extinción de la personalidad jurídica del contratante (art. 49.1.g) ET), lo que hacía inviable ofrecer a los trabajadores otras vías alternativas. Se daba la circunstancia de que el Conceil lo integraba la Administración de la Generalitat de Cataluña y el Ayuntamiento de Barcelona, por lo que los demandantes pretendían una extensión de responsabilidad al primero de estos organismos, lo que la Sala no otorga. Así lo explicaba el Magistrado firmante del Voto:

> "Dejada sentada la premisa anterior, es decir, la empresa ha despedido a los trabajadores porque ha perdido su personalidad jurídica, motivo por el que tiene que tramitar un ERE porque afecta a 6 trabajadores (se habría que tramitar como despidos objetivos si hubieran sido 5 o menos los afectados) y, por tanto, ha de existir un período de consultas por mandato del artículo 51.2 del ET, en la redacción dada por el RDL 3/2012, dichas consultas con los representantes de los trabajadores han de versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos (aquí ninguna porque desaparece la empresa y la Generalitat no es parte en la negociación y no tiene porqué subrogarse en los contratos de los trabajadores) y en atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad (aquí ninguna porque la empresa desaparece[11], la Generalitat no es parte, no hay recolocación posible y no afecta a más de 50 trabajadores (artículo 51.10 ET), no poniéndose en duda que las consultas han existido" (Apartado 3) b).

Además, observa que "en ningún momento, el artículo 51 del ET, ni tampoco ahora tras la modificación operada por el RDL 3/2012, interpretado por la Orden Ministerial ESS/487/2012, de 13 de marzo, que establece cuáles son los artículos vigentes transitoriamente del Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, que en su artículo 9º habla de medidas de recolocación, movilidad funcionalidad, movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión de contratos de trabajo, etc. (ninguna aplicable al presente procedimiento), disponía ni dispone que el objeto de la negociación tenga que ser el incremento de la indemnización legal fijada para los despidos colectivos, aunque lógicamente este sea el principal objeto de negociación entre las partes, tal y como, por otra parte, también ocurre en los despidos disciplinarios y en las extinciones individuales

[11] El art. 30 RD 1483/2012 no exime en el supuesto de extinción de la personalidad jurídica del contratante (art. 49.1.g) ET) ni de las medidas sociales de acompañamiento ni del plan de recolocación externa. Parece oportuno el cambio de denominación que el nuevo Reglamento hace del denominado "Plan de acompañamiento social", que ahora se divide en "medidas sociales de acompañamiento" y "plan de recolocación externa". Y lo es porque se subraya la idea de que la recolocación mira a otras empresas existentes, no a la misma empresa, como parece considerar el voto particular. Pese a ello, no se nos oculta las dificultades que puede tener conseguir esta recolocación de mano de obra.

por causas objetivas, ya que tan legal es ofrecer 20 días por año, como 45 días o 60 días y aceptarlo o no, con la única diferencia de que antes decidía la Autoridad Laboral si autorizaba o no los despidos en que no había acuerdo entre las partes y ahora se pronuncia esta Sala tras demanda de los trabajadores…" (Apartado 3) c).

Todo ello lleva al Magistrado que firma el Voto a considerar el despido colectivo como procedente: "En definitiva, en las presentes actuaciones, dado que concurría la causa legal de extinción alegada por el CCL, que era imposible la readmisión de los trabajadores, que la Generalitat no es empresa sucesora ni tiene ningún tipo de responsabilidad, y que se habían cumplido los requisitos del artículo 51 del ET, la sentencia tenía que haber declarado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 124.9 de la LRJS, que era ajustada a derecho la decisión extintiva empresarial, y ante el silencio del artículo citado sobre cuáles son las consecuencias de dicha declaración, entender que ha de aplicarse por analogía lo establecido en el artículo 123 LRJS, es decir, su equiparación a un despido procedente, pero señalando de acuerdo con el acto propio de la empresa mantenido en el juicio oral, que la indemnización a percibir por los trabajadores es de 45 días de salario por año de servicio, sin tope legal y sin salarios de tramitación" (Apartado 3) c) *in fine*).

Tampoco se considera respetado el período de consultas si –tal como señala el art. 51.2, pfo. 8º ET– las partes no negocian "de buena fe"[12], lo que sucede si, tratándose de un grupo de empresas[13], el despido colectivo se presenta como realizado no por el grupo sino por una o varias empresas del mismo[14]. Y ello porque

---

[12] Sobre el deber de negociar de buena fe, v. SÁNCHEZ TORRES, E., *op. cit.*, pg. 89 y ss. Manifiesta la autora que estamos ante un "concepto jurídico indeterminado", si bien "contiene básicamente tres prescripciones: cumplir con la obligación contraída de acuerdo con los términos establecidos en ella, cumplir con el deber moral de no engañar ni dañar a la contraparte y cumplir con el deber de realizar todos aquellos actos que sin estar expresamente pactados, conduzcan al buen desarrollo de la obligación principal que vincula inicialmente al sujeto deudor" (pgs. 90-91). Si lo aplicamos al supuesto del art. 51.2 ET, la buena fe exige la constitución correcta de la mesa negociadora (pgs. 118 y ss.), el deber de información, que en el art. 51 resulta particularmente claro y concreto (pgs. 123-130), y el juego de propuestas y contrapropuestas (pgs. 136 y ss.).

[13] Interesantes reflexiones sobre el grupo de empresas y la falta de atención legislativa y jurisprudencial a la licitud de su actuar ofrece FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª. F., "El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar", en obra coordinada por ella misma: *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Edit. Trotta, Madrid 2004, pgs. 28-37. Otro estudio en la doctrina iuslaboralista sobre los grupos de empresas es el de MONEREO PÉREZ, J. L., y MOLINA NAVARRETE, C., *El modelo de regulación jurídico laboral de los grupos de empresas. Una propuesta de reforma*, Edit. Comares, Granada 2002, pg. 141, quienes defienden la negociación colectiva del grupo: "La persistente "omisión" de una referencia expresa al grupo en el Título III no puede en absoluto identificarse con un vacío de regulación, pues, como acabamos de recordar, la regulación española cuenta con suficientes y efectivas garantías, incluso de máximo rango normativo (art. 37 CE, art. 28.1 CE; Convenio 154 OIT) como para encauzar y normalizar cualquier producto convencional que resulte del encuentro de voluntades entre los niveles de decisión económica y las estructuras de representación, unitaria o sindical, externa o interna, de los trabajadores actuantes del grupo (arts. 82 y 83 ET; perímetro estadístico ex. OM 10.10.1996)".

[14] BAZ RODRÍGUEZ critica que lo único que se diga en el ET del grupo de empresas en materia de despidos económicos sea el deber de información del empresario que obedece a órdenes de otras empresas que ejercen un control sobre él (art. 51.14 ET: hoy 51.8 ET en la redacción dada por la Ley 3/2012): "Ciertamente el alcance de esta disposición resulta bastante limitado en relación con la problemática global planteada por el grupo en el derecho de los despidos económicos. Lejos de abordarse en el 51 ET cuestiones como, por ejemplo, el esclarecimiento de las unidades de referencia para estimar la concurrencia de las causas, o el

así, atendiendo sólo a la parcial situación económica que se ofrece, el despido queda justificado, lo que no sucedería si se mostrara realidad: es decir, la totalidad del grupo de empresas[15].

Aquí encontramos una jurisprudencia muy interesante respecto del denominado grupo de empresas a efectos laborales, distinguiéndolo del grupo de empresas a efectos mercantiles. El segundo se presenta cuando tan sólo hay una dirección unitaria del grupo mientras que el primero conlleva que el grupo de empresas responde de los contratos de trabajo celebrados por cualquiera de las empresas que conforman el grupo. Para que se dé esta responsabilidad –señala SAN de 26 de julio de 2012[16], haciendo acopio de jurisprudencia del Tribunal Supremo– "hace falta un plus", que se concreta en la presencia de alguno de los siguientes elementos:

a) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo.

b) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo.

c) Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales.

d) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección.

La consideración de estos elementos aplicados al caso lleva a la Sala a considerar que se ha atentado al principio de buena fe, porque el empresario real se esconde en las empresas individuales. Y ello porque, aunque negocia el período de consultas de modo conjunto por varias empresas del grupo, hace comunicaciones separadas a la autoridad laboral y firma actas separadas (de las reuniones) para cada empresa (FD 5º). Otras sentencias en donde se plantea esta problemática del grupo de empresas laboral y se responde afirmativamente a esta condición son las SSTSJ Aragón de 28 de febrero de 2012, Cataluña de 23 de mayo de 2012 y

ámbito pertinente para el cómputo numérico de los trabajadores, o el propio alcance de las obligaciones de información y consulta; este precepto se limita a tratar de impedir que el empresario "controlado" pueda parapetarse en el grupo para incumplir estas últimas. De este modo, retomando el sentido original del artículo 2.4 de la Directiva, el único efecto jurídico desplegado por el artículo 51.14 (hoy 51.8) es la posibilidad de calificar la conducta omisiva del empleador como una infracción laboral grave, *ex* artículo 7.7 TRLISOS" (cfr. *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, Edit. Comares, Granada 2002, pgs. 93-94).

[15] De esta realidad se hace eco MONEREO PÉREZ, que cita las SSTS 14-5-1998 y 23-1-2007: "Para los grupos de empresa habrá de entenderse que, cuando estemos verdaderamente ante una unidad empresarial, lo coherente es analizar la causa en el contexto global del grupo. Pero también cuando exista conexión decisoria de la causa con la realidad existencial del grupo empresarial. Está la relevancia de una decisión de espacio de mercado (que) puede determinar pérdidas o incluso insolvencia de una empresa o sociedad perteneciente al grupo". No obstante, sigue criticando la ausencia en norma legal de un "concepto normativo, funcional y estipulativo, de grupos de empresas a efectos de la ordenación legal de los despidos colectivos" (cfr. *El despido colectivo y sus elementos...*, pgs. 120-121).

[16] Sentencia núm. 91/2012, de 26 de julio (AS\2012\1678).

Madrid de 25 de junio de 2012[17]. En la segunda, por ejemplo, se afirma que se produce un "fraude en la decisión extintiva por cuanto el empresario real, el grupo de empresas en el que está integrada la empleadora demandada, ha escondido fraudulentamente su auténtica dimensión empresarial, viciando con ello irremisiblemente todo el proceso de despido colectivo desde su momento inicial, al desenvolverse el mismo en un marco mucho más reducido que aquél que correspondía, con la clara y obvia intención de poder acreditar en tal marco la concurrencia de la causa objetiva invocada. El fraude en la necesaria y correcta identificación del empresario al inicio del proceso ha contaminado, indefectible y necesariamente, el acto extintivo ejercido" (FD 4º). En cambio, la STSJ Galicia, de 6 de julio de 2012, ofrece un ejemplo en el que la Sala rechaza la alegación de los demandantes de estar ante un grupo de empresas[18].

También se vicia el período de consultas si, durante su celebración, se producen presiones por parte de la empresa para decantar la negociación en un determinado sentido. Así sucede en SAN 26 de julio de 2012[19], al dejarse de abonar el salario a los trabajadores afectados por el ERE, o incluir inicialmente a los propios representantes legales en el ERE –aunque posteriormente se corrija dicha inclusión[20]–, o por el hecho de no facilitar los criterios de selección de los trabajadores afectados. Todo esto impidió –señala la Sala– "que el período de consultas se negociara con el sosiego y equilibrio necesarios desde su inicio, quebrándose nuevamente las reglas de la buena fe contractual, que eran exigibles a las empresas demandadas, conforme a lo dispuesto en los arts. 20 y 51.2 ET" (FD 7º).

Igualmente, se vacía el proceso negociador si la empresa lleva a cabo "negociaciones paralelas" con los trabajadores de uno de los centros de trabajo de la empresa, alternativas al período de consultas. Se vulnera así el derecho a la negociación colectiva contenido en el art. 51.2 ET: "Identificadas las finalidades del período de consultas del despido colectivo, debemos despejar a continuación, si las negociaciones paralelas con los trabajadores afectados por parte de la empresa demandada constituyó un fraude de ley, a lo que anticipamos una respuesta positiva, ya que dicha medida vacía de contenido el proceso negociador del período de consultas, impidiendo, por consiguiente, que dicho período alcance ninguno de sus objetivos, ya que si la empresa extingue los contratos de los trabajadores

---

[17] Sentencias núm. 81/2012, de 28 de febrero (AS\2012\709), núm. 13/2012, de 23 de mayo (AS\2012\1049), núm. 601/2012, de 25 de junio (AS\2012\1773), respectivamente.

[18] Sentencia núm. 3967/2012, de 6 de julio (AS\2012\1677): Estamos ante dos grupos de empresas horizontales, donde hay unidad de dirección común, pero absoluta independencia de funcionamiento. Falta el control de un grupo respecto del otro. De ahí que la documentación aportada por la demandada sea la correcta y no se le pueda achacar un comportamiento fraudulento (FD 4º).

[19] Sentencia núm. 91/2012, de 26 de julio (AS\2012\1678).

[20] Estaríamos ante presiones inaceptables cuyo objetivo es evitar el papel limitador que el deber de negociar tiene respecto del poder organizativo del empresario. Lo señala SÁNCHEZ TORRES: "De este modo, el "test de buena fe" deberá analizar particularmente:...c)... las conductas consistentes en la utilización de dolo, coacción o abuso del derecho, durante el período de consultas, de forma que no media un efectivo proceso de negociación, sino que la empresa actúa por la vía del hecho o se provoca un vicio de la voluntad de las partes por faltar razones económicas, técnicas, organizativas o de producción" (cfr. *Op. cit.*, pgs. 159-160.

afectados, ni es posible evitar, ni reducir los despidos colectivos, ni es posible tampoco atenuar sus consecuencias, ya que los acuerdos individuales liquidan la fuerza de la negociación colectiva" (SAN de 25 de julio de 2012[21], FD 3º). En esta misma sentencia se expone que tal nulidad afecta a todo el despido colectivo, ya que éste no es parcelable por centros de trabajo. Se produce, por tanto, una "contaminación" de todo el despido colectivo, que se basa en la idea del despido colectivo unitario por empresa o grupo de empresas, en base a los argumentos que también menciona la SAN de 25 de julio de 2012, en su FD 4º:

a) La propia Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998 y el art. 51.2 ET, que no contemplan la posibilidad de parcelar el proceso de negociación por centros de trabajo.

b) El art. 124 LJS, que considera un fallo unitario y no mixto: "El art. 124 LRJS no contempla más que la impugnación del despido en su conjunto y, en consecuencia, en su apartado 11 establece tres contenidos posibles para el fallo, que son alternativos y excluyentes, de modo que la decisión empresarial sólo puede ser ajustada a Derecho, no ajustada a Derecho, o nula. En definitiva, el legislador sigue en la norma procesal su propia concepción unitaria y homogénea del despido colectivo tal como lo regula el art. 51 ET, que ha de recibir, por tanto, una solución judicial de la misma naturaleza".

c) El hecho de que sea la AN la que conozca de estos despidos cuando afectan a centros de varias Comunidades Autónomas, en lugar de haber optado por reglas competenciales ajustadas a cada centro de trabajo.

d) La salvaguarda de la impugnación por los trabajadores con carácter individual (es decir: de su derecho a la tutela judicial efectiva), ya que la sentencia dictada en proceso de impugnación colectiva del despido posee efectos de cosa juzgada respecto a los procesos individuales.

Se planteaba el problema, siguiendo con la cuestión de debate anterior, de que el RD 801/2011[22] abría la posibilidad, en su art. 11.2, de articular comisiones negociadoras por centros de trabajo afectados, "abriendo así la puerta a negociaciones paralelas y a acuerdos con contenido diverso, a pesar de tener su raíz en un mismo proceso extintivo de naturaleza colectiva". La Sala considera que el Reglamento era *ultra vires* y que la Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo[23], trató de corregir ese planteamiento declarando no vigentes los arts. 14.4 y 15.2 de dicho Reglamento, que contemplaban la posibilidad de que la Administración laboral autorizara el despido colectivo en unos centros de trabajo y en otros no. El nuevo Reglamento 1483/2012

[21] Sentencia núm. 90/2012, de 25 de julio (AS\2012\1674).

[22] De 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos (BOE núm. 141, 14-6-2011).

[23] Sobre vigencia transitoria de determinados artículos del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, aprobado por Real Decreto 801/2011, de 20 de junio (BOE núm. 62, 13-3-2012).

no soluciona el problema, ya que su art. 6.2 sigue permitiendo que la negociación se lleve a cabo separadamente por centros de trabajo afectados.

Finalmente, no se considera nulo el despido colectivo en el que la empresa informa a los centros de trabajo que carecían de representación legal de la posibilidad de designar comisiones "ad hoc" y no le indique la opción de la posibilidad de la representación sindical, ya que en el caso en cuestión existía representación sindical de otros centros y ésta podía haber protestado por la actuación empresarial y haber informado a dichos centros de la opción omitida. Se trata de un supuesto un tanto extremo que, quizás, podría haberse enfocado en el sentido favorable a la nulidad, por atentar al derecho de libertad sindical: "En el caso examinado, queda claro que el período de consultas se articuló con comisiones ad hoc en una de las modalidades previstas alternativamente por el legislador. Hubo presencia sindical, que podría haber asumido la representación si así lo hubiera decidido, por sí misma o impulsando a los trabajadores sin representantes a hacer valer su opción por una comisión de composición sindical. Hubo negociación efectiva, en la que los representantes sindicales, junto con el Comité Intercentros, lideraron los debates. Y no se alcanzó acuerdo, lo que apunta a que la eventual falta de costumbre negociadora de los representantes ad hoc no sirvió a los intereses de la empresa. En consecuencia, concluimos que la conducta de la empresa, aún siendo reprochable, no tuvo, en este caso concreto, la suficiente entidad como para desvirtuar el objetivo del período de consultas, por lo que no es posible fundamentar en ella la nulidad de la decisión extintiva" (SAN 28 de septiembre de 2012[24], FD 10º)[25].

3. FALTA DE ENTREGA DE LA DOCUMENTACIÓN PREVISTA EN EL ART. 51.2 ET

El primer supuesto que podemos identificar es la mera falta de la documentación exigida para este despido, que está contenida en el art. 51.2 ET (especificación de las causas; número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido; número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año; período previsto para la realización de los despidos; criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos), 51.3 ET (información de venta de los bienes de la empresa, en extinciones que afecten a más del 50 por 100 de los trabajadores) y, en la jurisprudencia que analizamos, en el RD 801/2011, en la interpretación dada por la OESS/487/2012, de 8 de marzo, ya que, por entonces, todavía no se

[24] Sentencia núm. 106/2012, de 28 de septiembre (JUR\2012\324484).

[25] El art. 6.3 RD 1483/2012 señala como obligación empresarial la de remitir información a la autoridad laboral sobre la composición de la representación de los trabajadores y la comunicación a éstos de poder otorgar la representación a una comisión sindical, como indica el art. 26.4 del propio Reglamento.

ha aprobado el RD 1483/2012, de 29 de octubre[26], que deroga y sustituye el RD 801/2011. La STSJ Madrid, de 22 de junio de 2012[27], constituye un ejemplo claro, al no aportarse ni en la comunicación de inicio del período de consultas, ni en el propio período de consultas, ni en el proceso judicial, la documentación referida a la acreditación de las pérdidas y de la situación negativa de la empresa, así como del plan de acompañamiento y medidas de recolocación y reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad. Otro ejemplo lo constituye la STSJ Madrid, de 11 de julio de 2012[28].

Junto a la mera falta de documentación, encontramos supuestos en los que la documentación se aporta pero de forma inadecuada: o se hace tarde, o no está completa[29]. Así, por ejemplo, la STSJ Madrid de 25 de junio de 2012[30] señala que "el informe técnico en cuestión no fue facilitado al órgano de representación unitaria de los trabajadores hasta el día 28 de marzo del corriente año, o sea, un día antes de terminar el período consultivo, por lo que mal cabe entender cumplido el requisito examinado" (FD 25º). En cuanto a un ejemplo de documentación incompleta, puede servirnos la STSJ Madrid de 30 de mayo de 2012[31]: se trataba de un despido colectivo económico, siendo la memoria explicativa insuficiente en sus causas y excesivamente genérica, que prescinde de "las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, etc.," mencionándose anexos sobre detalles de

---

[26] Por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (BOE núm. 261, 30-10-2012).

[27] Sentencia núm. 584/2012, de 22 de junio (JUR\2012\251436).

[28] Sentencia núm. 542/2012, de 11 de julio (AS\2012\1775). BLASCO PELLICER habla de "principio de plenitud informativa al servicio de las consultas" y afirma: "resulta destacable que, por lo tanto, no basta la mera notificación formal a los representantes de los trabajadores del inicio de la consulta y del propósito empresarial; se precisa, además, que ambas vayan acompañadas de toda la información y documentación constitutiva del objeto de la propia consulta, de suerte que la obligación de documentación, que ahora se concreta en la memoria, se conforma como parte esencial de información en el procedimiento de regulación de empleo, que, vinculado a las consultas, conecta, sin duda, con el principio de buena fe que, por imperativo legal debe presidir la negociación en esta fase procedimental" (cfr. *Op. cit.*, pg. 171).

[29] El deber de información se debe considerar inserto en el deber de negociar de buena fe. Dicha información, necesaria "para garantizar la plena capacidad negociadora de las partes y su más próxima situación de paridad en el proceso", debería suministrarse "sin dilaciones indebidas, a través de los cauces o canales más rápidos, cómodos y asequibles, y de forma verídica, clara y suficiente" (cfr. SÁNCHEZ TORRES, E., *op. cit.*, pgs. 123 y 133). La importancia del deber de información es subrayada también por CABEZA PEREIRO que, si bien la refiere a la negociación de un convenio colectivo, no vemos obstáculo para su aplicación en el procedimiento de despido colectivo: "La negociación de un convenio colectivo requiere cabalmente el acceso por parte de los interlocutores a una información que obra en poder de la contraparte, señaladamente del empresario, la falta de la cual menoscabará, cuando menos, la capacidad negociadora de aquél a quien se le niega" (*La buena fe en la negociación colectiva*, Edit. Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela 1995, pgs. 241 y ss.). Otros aspectos enumerados por CABEZA PEREIRO son la actitud positiva de las partes (*open mind*) y la implicación en la negociación, señalando que la jurisprudencia norteamericana "ha entendido como práctica laboral desleal la pasividad de cualquiera de sus interlocutores, por entenderse la negociación colectiva como un esfuerzo conjunto y recíproco de las dos partes implicadas" (*Op. cit.*, pgs. 235 y 238). En relación al deber de información en el período de consultas del despido colectivo, se pronunció en su momento NAVARRO NIETO, F., *op. cit.*, pgs. 162-163.

[30] Sentencia núm. 601/2012, de 25 de junio (AS\2012\1773).

[31] Sentencia núm. 415/2012, de 30 de mayo (AS\2012\1672).

facturación, que finalmente no se aportan. La Sala añade un criterio que más tarde será empleado por la STSJ Madrid de 25 de junio de 2012[32], consistente en que de las declaraciones de IVA y balance PYMES "no cabe deducir la reducción o, mejor dicho, la falta de producción, la ausencia total de trabajo o la existencia de deudas inasumibles" (FD 2º). Como contrapunto de caso en el que la documentación entregada se considera suficiente puede verse la STSJ Cataluña de 13 de junio de 2012[33].

El carácter completo de la documentación se remacha cuando se trata de un grupo de empresas[34], tal como señala el art. 6.4 RD 801/2011: SSTSJ Cataluña 23 de mayo de 2012 y Madrid 30 de mayo de 2012, así como SAN 26 de julio de 2012[35].

Hay que dar cuenta de la venta de bienes si es el caso (STSJ Madrid 30 de mayo de 2012), así como indicar bien la relación de trabajadores afectados por el despido, bien los criterios que se van a emplear para su determinación (art. 8.c) RD 801/2011). Aquí querría detenerme, ya que se considera por la jurisprudencia como un elemento de información importante. No cabe omitir ambas opciones: o se ofrece la lista de los trabajadores afectados o los criterios de determinación. Esto tiene sus implicaciones, ya que la autoridad laboral debe informar a la Entidad gestora de las prestaciones por desempleo para que ésta pueda preparar las futuras prestaciones. Esto conduciría, quizás, a la exigencia de comunicación de los trabajadores concretos afectados, pero la jurisprudencia, al igual que la norma reglamentaria, no llega a tanto[36]. En cualquier caso, lo que sí afirma es que los criterios de determinación no pueden ser genéricos, ya que así se frustra el período de consultas (STSJ Cataluña, 23-5-2012, FD 5º, y SAN 26-7-2012, FD 7º). Un ejemplo de tal criterio genérico, rechazado por la Sala, puede verse en la STSJ Madrid, de 25 de junio de 2012[37], en el que la empresa alega como tal "un criterio de idoneidad acorde con la estructura productiva y organizativa que requiere la empresa, criterio valorado a través de la cadena de mando" (FFDD 18º y 19º). Un criterio muy alejado del que puede verse en la Sentencia del Juzgado de lo Social

---

[32] Sentencia núm. 601/2012, de 25 de junio (AS\2012\1773).

[33] Sentencia núm. 15/2012, de 13 de junio (JUR\2012\257822).

[34] El planteamiento del concepto "grupo de empresas" es más abierto en el art. 4.5 RD 1483/2012 que en el art. 6.4 RD 801/2011, ya que ahora las obligaciones contables no se limitan al caso de que "en el grupo existan empresas que realicen la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad".

[35] Sentencias núm. 13/2012, de 23 de mayo (AS\2012\1049), núm. 415/2012, de 30 de mayo (AS\2012\1672) y Sentencia núm. 91/2012, de 26 de julio (AS\2012\1678), respectivamente.

[36] El art. 22, apartados 1 y 2, RD 625/1985, 2-4, que desarrolla la Ley 31/1984, 2-8, de protección por desempleo, en la redacción dada por el RD 1483/2012, 29-10, señala que tanto la empresa como la autoridad laboral han de facilitar a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo "la relación nominal de los trabajadores afectados" por el despido colectivo, lo que parece una exigencia mayor que casa mal con una mera indicación de los criterios de selección utilizados y su justificación en razones de agilización de los despidos colectivos. Así, el art. 3.1.c) y e) RD 1483/2012 sigue refiriéndose como contenido de la comunicación del inicio del periodo de consultas al "número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido", así como a los "criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos". Obsérvese que la opción que se contenía en el art. 8.c) RD 801/2011 relativa a "la relación nominativa de los trabajadores afectados…" desaparece en el nuevo Reglamento regulador.

[37] Sentencia núm. 601/2012, de 25 de junio (AS\2012\1773).

nº 3 de Navarra, de 5 de junio de 2012[38], en donde se exponen hasta 8 criterios de determinación, que van desde el absentismo hasta la autonomía, pasando por disciplina, responsabilidad, iniciativa, cooperación, aprendizaje y habilidades.

Siguiendo con la última sentencia citada, no hay obligación de comunicar en la carta de despido individual los criterios empleados para la selección del trabajador "en cuanto que no constituye exigencia legal ni para el despido colectivo ni para el despido individual, y ello con anterioridad y con posterioridad a la reforma laboral introducida por el Real Decreto-Ley 3/2012. En las circunstancias anteriores el derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva que ampara a todo trabajador afectado por una decisión extintiva queda suficientemente salvaguardado con la posibilidad legal que tiene de solicitar la aportación como prueba de los criterios de valoración que se hubieran utilizado por la empresa, o el resultado de las encuestas de valoración de personal, y asimismo con la posibilidad de aportar al proceso indicios que pongan de manifiesto que la elección del trabajador que reclama está fundada en un trato discriminatorio o en la vulneración de cualquier derecho fundamental…" (FD 4º).

Otros aspectos de tramitación que manifiestan el sentido lato en que debe interpretarse la "falta de documentación" a que se refiere el art. 124 LJS son, por ejemplo, la ausencia de consignación adecuada del período previsto para los despidos, al señalarse sólo el *dies a quo* (STSJ Madrid 25-6-2012[39]) o el hecho de no respetar los treinta días de plazo entre la comunicación de inicio de período de consultas a la autoridad laboral y los despidos individuales, ya que se priva así a la autoridad laboral de un tiempo necesario para buscar soluciones alternativas, comunicar los despidos a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y solicitar informe a la Inspección de Trabajo del ERE en cuestión (STSJ Cataluña 18-7-2012[40]).

En relación con la necesidad, para la validez del despido colectivo, de que éste vaya acompañado del informe de los representantes de los trabajadores a que se refiere el artículo 64.5 ET, la STSJ Galicia, de 6 de julio[41] no considera la ausencia de esté como causa de nulidad del despido, al no constar expresamente en el art. 51 ET, ya que es a este artículo –entiende la Sala– al que hay que estar y no a los requisitos fijados por el RD 801/2011, pensado para una situación de despido con autorización administrativa, con una situación de vigencia peculiar, acreditada por la Orden ESS/487/12[42]. Blasco Pellicer comparte la opinión de la sentencia[43]. La cuestión queda abierta, a la luz del art. 3.3 del reciente RD 1483/2012, 29-10, que se refiere a este informe, señalando que el empresario deberá solicitarlo,

---

[38] AS\2012\1673.

[39] Sentencia núm. 601/2012, de 25 de junio (AS\2012\1773).

[40] Sentencia núm. 21/2012, de 18 de julio (JUR\2012\299430). Se trata de un plazo a respetar haya habido o no acuerdo en el período de consultas. No tiene carácter dispositivo (cfr. BLASCO PELLICER, *op. cit.*, pg. 177).

[41] Sentencia núm. 3967/2012, de 6 de julio (AS\2012\1677).

[42] FFDD 2º y 3º. Este último señala: "En todo caso el incumplimiento de tales obligaciones empresariales, no establecidas en las exigencias del artículo 51, no pueden derivar en la nulidad del ERE, sino que en todo caso de concurrir podría ser denunciado como incumplimientos en materia sindical, ajena a la modalidad procesal que se contempla".

[43] *Op. cit.*, pgs. 174-175.

por escrito, a los representantes legales de los trabajadores con carácter simultáneo a la entrega a éstos de la documentación básica común de los despidos colectivos. El Reglamento no señala el efecto que puede producir la ausencia de esta solicitud, pero no es descartable que pueda computarse también como factor coadyuvante para la declaración judicial de nulidad, que suele seguir la vía de acumulación de faltas de forma para llegar a tal calificación[44].

4. VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

Se expresa en estos términos el art. 124.11 LJS, que, resultando claro en cuanto a su contenido, pues se corresponde con aquellos derechos contenidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de nuestro Texto Constitucional –es decir, los artículos 15 a 29–, pueden resultar insuficientes o demasiado estrictos si atendemos a la conculcación del derecho a la negociación colectiva (art. 37 CE), que queda fuera de dicha sección, al ubicarse en la Sección 2ª del mismo Capítulo y Título constitucionales.

De este modo, dos son los derechos fundamentales que con claridad son merecedores de nulidad cuando son conculcados: el derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Al mismo tiempo, conviene recordar que el art. 124 LJS establece un doble camino de impugnación del despido colectivo: el de carácter colectivo (apartados 1 a 12) y el de carácter individual, que sigue la tramitación propia de la impugnación del despido objetivo, pero con las especialidades indicadas en el apartado 13 de dicho art. 124 LJS.

No hay que olvidar que la protección del derecho de libertad sindical y otros derechos fundamentales tienen su procedimiento específico en la Ley de la Jurisdicción Social (actuales arts. 177-184), salvo que se trate de asuntos relativos a una serie de materias, entre las que se encuentra el despido, que permiten tratar esta violación de derechos en la modalidad procesal correspondiente[45]. Así sucede en la STSJ Cataluña, de 27 de enero de 2012[46], que resuelve un recurso de

---

[44] En cualquier caso, cabe observar que los representantes legales de los trabajadores que reciben la documentación del despido colectivo, si se optó por la representación sindical, pueden no coincidir con la representación legal o unitaria, que es la encargada, *ex* art. 64.5 ET, de emitir el informe sobre reestructuraciones y despidos colectivos a que nos estamos refiriendo.

[45] Así se pronunciaba el antiguo art. 182 LPL y lo sigue haciendo el art. 184 LJS. Y lo explica PEDRAJAS MORENO: "Por consiguiente, la que he denominado "submodalidad" procesal de despido con violación derechos fundamentales será, ni más ni menos, la propia modalidad de despido en la que se habrán incrustado –dando lugar, según los casos, a las consiguientes adiciones o modificaciones en la tramitación– los principios y garantías propios del repetido proceso laboral de tutela de los derechos fundamentales" (cfr. *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, Edit. Trotta, pg. 196). En general, es interesante la evolución que hace del despido "radicalmente nulo" en la normativa general y, en particular, en la Ley de Procedimiento Laboral: v. pgs. 160 y ss.

[46] Sentencia núm. 658/2012, de 27 de enero (AS\2012\251).

suplicación interpuesto por la empresa frente a sentencia del Juzgado de lo Social en contestación a una demanda por despido en general. Pese a su fecha posterior, trata un supuesto de discriminación sindical acaecido el 29 de julio de 2009, por lo que en su argumentación se refiere al art. 179.2 de la antigua Ley de Procedimiento Laboral (y no a la LJS de 10 de octubre de 2011). Como es sabido, en estas impugnaciones, corresponde al empresario desvirtuar los indicios de discriminación sindical[47]. Así se pronuncia la Sentencia mencionada: "Ahora bien, la carga probatoria ex art. 217 LEC no ha sido cumplimentada suficientemente por la demandada en ninguno de ambos casos (se trataba de dos trabajadores despedidos en el marco de un ERE), de modo que no puede descartarse, a la vista de la prueba practicada, del relato fáctico y de la fundamentación de la sentencia recurrida, que la decisión empresarial obedeciera a motivos de discriminación sindical, dada la afiliación de los tres actores referidos al sindicato CGT, de suerte que debe desestimarse el recurso con relación a dichos actores. Ello es así en tanto que la Sala carece de elementos de juicio suficientes, en relación con otros eventuales afectados, para llegar a una conclusión distinta de la del juzgador *a quo* y la redacción del ordinal sexto que no ha sido impugnada por la empresa, impide alcanzar la conclusión de que la elección de los actores pudiere estar justificada en aquellas evaluaciones de las que carecemos de parámetros comparativos que permitan considerarlas como elementos probatorios suficientes y de tal entidad que hubieren desvirtuado los indicios de vulneración de derechos fundamentales" (FD 3º).

Desde el punto de vista de la impugnación colectiva vía art. 124 LJS del despido colectivo, hay también algunos pronunciamientos de interés en relación con la libertad sindical. Así, la STSJ Madrid 22 de junio de 2012[48] subraya la importancia de que la empresa aporte toda la documentación legalmente establecida para el despido colectivo porque "la transmisión de la información necesaria –como señala el apartado 2.3.a Directiva 98/59/CE–… es un requisito constitutivo para la acción sindical, y por tanto, afecta a la libertad sindical" (FD 4º).

Ahora bien, otra sentencia –SAN 25 de julio de 2012[49], ya citada en apartado anterior– alude a la vulneración del derecho a la negociación colectiva cuando se vacía el período de consultas por llevarse a cabo negociaciones paralelas con los trabajadores de otro centro de trabajo afectado también por el ERE. ¿Se puede considerar vinculado este derecho con el fundamental de libertad sindical? No hay duda de que si la negociación la está llevando a cabo la representación sindical, tal relación es evidente. Pero también, así lo entendemos, aunque la representación legal de los trabajadores la ostenten los delegados de personal y/o comités de empresas y/o comité intercentros, porque el término "acción sindical" debe

---

[47] Así lo señalaba MONEREO PÉREZ, quien, comentando los anteriores arts. 96 y 179.2 LPL, consideraba que no se está exactamente ante una inversión de la carga de la prueba, sino ante una "facilitación" de la prueba (cfr. *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia 1996, pgs. 46-47).

[48] Sentencia núm. 584/2012, de 22 de junio (JUR\2012\251436).

[49] Sentencia núm. 90/2012, de 25 de julio (AS\2012\1674).

entenderse en un sentido amplio, que incluye todos los períodos de consultas, sean quienes fueren los interlocutores que representen al banco social.

Además, ese derecho a la negociación colectiva, plasmado en este caso en el período de consultas, se debe caracterizar por la presencia de la buena fe (art. 51.2), que es otra forma de referirse al derecho de respetar la dignidad del trabajador (como persona, respaldado por el art. 10 CE, en relación con el art. 35 CE –derecho al trabajo–). Por lo que la conculcación de esa buena fe también debe ser motivo de nulidad. Lo hemos visto en diversas sentencias ya mencionadas y en la doctrina citada al hilo de la misma: no hay buena fe, si un grupo de empresas se esconde detrás de empresas individuales; no hay buena fe, si la negociación es objeto de presiones de cualquier tipo; no hay buena fe, si no se facilita la documentación prevista o ésta se hace llegar tarde e incompleta… Son casos en donde la empresa está actuando fraudulentamente, deslealmente y con abuso de derecho. De ahí que no se entienda bien la omisión de esta causa de nulidad que sí se mencionaba en la redacción dada al art. 124 –en su apartado 9– por el RD-Ley 3/2012[50], pero que ha desaparecido tras la Ley 3/2012; al parecer, para remitirla al supuesto de demanda de oficio de la autoridad laboral, por lo demás ausente de la relación de sentencias que llevamos estudiadas.

Otro derecho fundamental, el de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), también aparece mencionado en la jurisprudencia de impugnación colectiva del despido. De nuevo, la SAN de 25 de julio de 2012 establece la necesidad de declarar nulo el despido colectivo en su totalidad, para salvaguardar los derechos de tutela judicial efectiva de todos los trabajadores. Si el despido colectivo debe tramitarse unitariamente para toda la empresa, no cabe declarar la nulidad parcial del mismo, con posibles situaciones diversas para los trabajadores afectados. Se defiende la voluntad del legislador de concebir el despido colectivo como un procedimiento único y la posición colectiva de los trabajadores, que les permite una defensa de sus derechos con más fuerza al poder ser unitaria y no necesariamente individual. Por otro lado, el derecho de tutela judicial efectiva exige que la comisión "ad hoc" se encuentre legitimada para impugnar el despido colectivo, tal como defendió la STSJ Cataluña, de 23 de mayo de 2012.

En cambio, tal derecho de tutela judicial colectiva no queda conculcado –como vimos en la Sentencia del Juzgado de lo Social nº3 de Navarra– por el hecho de que, en la carta de despido individual al trabajador, no se señalen los criterios determinantes de su elección y ello –como ya dijimos- porque siempre quedará suficientemente salvaguardado "con la posibilidad legal que tiene de solicitar la aportación como prueba de los criterios de valoración que se hubieran utilizado por la empresa, o el resultado de las encuestas de valoración de personal, y asimismo con la posibilidad de aportar al proceso indicios que pongan de manifiesto que la elección del trabajador que reclama está fundada en un trato discriminatorio o en la vulneración de cualquier derecho fundamental…" (FD 4º).

---

[50] BOE núm. 36, de 11-2-2012.

LA LIBERTAD SINDICAL DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

Fuencisla Rubio Velasco
Estudiante de Doctorado
Universidad de Sevilla

SUMARIO

1. LA LIBERTAD SINDICAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL
2. FUNDACIÓN Y AFILIACIÓN A SINDICATOS
3. SINDICATOS FORMADOS EXCLUSIVAMENTE POR EXTRANJEROS
4. CONSIDERACIONES FINALES
5 BIBLIOGRAFÍA

1. LA LIBERTAD SINDICAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL

La Constitución Española reconoce el derecho fundamental a la libertad sindical que comprende el derecho de "todos" de constituir sindicatos y de afiliarse a los mismos[1]. Elevando al máximo rango, el de fundamental, el derecho a sindicarse libremente y demuestra la trascendencia como un derecho subjetivo público, ejercitable "erga omnes".

En relación a la materia que nos ocupa, la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social[2], establece una nueva regulación del derecho de libertad sindical de los extranjeros[3].

En consecuencia y por su tutela universal, el Tribunal Constitucional en sus sentencias 236/2007, de 7 de noviembre[4], y de 19 de diciembre[5], acierta plenamente al eliminar las restricciones[6].

La formulación del principio de libertad que contiene la Constitución Española, viene a ser una expresión fiel del contenido que respecto a él se acoge en las diferentes normas internacionales, entre ellas, los Convenios nº 87 y 98 de la OIT, asimismo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[7].

La libertad sindical integra un derecho de organización y actuación colectiva que comienza con decisiones y conductas individuales. Es por un lado, un derecho individual que sólo podrá ejercerse colectivamente, pero también un derecho colectivo que sólo podrá ser actuado mediante decisiones individuales. La expresión constitucional "todos" parece que hace referencia específica a las personas físicas que se correspondería con la propia sustancia del sindicato, como asociación de trabajadores que son siempre personas físicas, pues en opinión de Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, las asociaciones de empresarios se encuadrarían genéricamente dentro del derecho de asociación[8].

---

[1] Art. 28 CE "1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato." En adelante CE.

[2] BOE de 12 de diciembre de 2009. En adelante LOEx.

[3] Art. 11 LO 2/2009 Libertad de sindicación y huelga. "1. Los extranjeros tienen derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles."

[4] RTC 2007/236

[5] RTC 259/2007

[6] García Ninet, J. I.; "Libertad sindical y derecho de huelga de los trabajadores extranjeros autorizados así como de los "sin papeles". Tribuna Social. nº 205/2007, pp. 10-11.

[7] Alonso Olea, M.; La libertad de sindicación: manifestaciones, contenido y garantías en la Constitución Española. En Estudios de Derecho del Trabajo. En memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón. Tecnos. Madrid. 1980, p. 49.

[8] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.; La libertad sindical en la Constitución. En AAVV. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (Coord.) Los trabajadores y la Constitución. Madrid. 1980, pp. 101-102.

Los trabajadores se organizan para "fomentar y defender los intereses de los trabajadores"[9]. Ahí estaría el fin que persigue el sujeto sindical en el que se incluyen dos ideas básicas diferentes pero complementarias, la representación y la autotutela de los intereses[10].

Se constituye así a nivel individual "un cuádruple contenido": la libertad de constitución, de afiliación (positiva o negativa), y de participación[11].

Como sabemos, la libertad sindical de afiliación comprende dos vertientes:

- Una libertad sindical positiva que se traduce en la libertad para constituir un sindicato o afilarse a uno ya constituido.
- Una libertad sindical negativa para no sindicarse o para abandonar el sindicato al que se encontraba afiliado[12].

La Ley Orgánica de Libertad Sindical[13] establece el derecho de todos los trabajadores a sindicarse libremente[14], entendiendo como trabajador a los que se encuentren sujetos a una relación laboral, relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones públicas[15].

En relación a los trabajadores extranjeros, el artículo 11.1 LOEx reconoce el derecho "a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles." Con lo cual, no existiría razón para negar el citado derecho a los extranjeros en situación irregular.

Además de lo anterior, el derecho de sindicación de los extranjeros debe tenerse en cuenta como una necesidad, sobre todo a la hora de la aplicación de condiciones de trabajo inferiores a las legales y posibles situaciones de explotación[16]; y porque el extranjero irregular es el que más interés tendrá en ejercer la actividad sindical para mejorar o regularizar su situación y conseguir el objetivo de convertirse en regular.

De ahí que se pueda dar el caso de asociaciones de extranjeros formadas por irregulares pues ese derecho se encuentra recogido expresamente por la CE[17] y por la LOEx[18].

---

[9] Art. 10 Convenio 87 OIT. "En el presente Convenio, el término «organización» significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tengan por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores."

[10] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.; El sindicato, lo sindical y las nuevas estructuras sindicales. En AAVV. Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo. Ilustre Colegio de Abogados de Murcia. Murcia. 1978, p. 41.

[11] Ojeda Avilés, A.; Derecho Sindical. Tecnos. Madrid. 2003, p. 157.

[12] Sala Franco, T. y Albiol Montesinos, I.; Derecho Sindical. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003, pp. 45 y ss.

[13] En adelante LOLS

[14] Art. 1.1 LOLS

[15] Art. 1.2 LOLS

[16] OJEDA AVILÉS, A.; Derecho…, op. cit., p. 171.

[17] Art. 22. CE "1. Se reconoce el derecho de asociación. 2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales. 3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad. 4. Las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada. 5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar."

[18] Art 8.LOEX "Todos los extranjeros tienen el derecho de asociación en las mismas condiciones que los españoles."

2. FUNDACIÓN Y AFILIACIÓN A SINDICATOS

Ni la LOLS ni la CE establecen limitaciones al ejercicio del derecho de sindicación, por lo que, según la posición mayoritaria de la doctrina, el extranjero tendría reconocido plenamente el derecho de libertad sindical.

La fundación y la afiliación a sindicatos es, sin duda, la concepción acogida por las normas internacionales en materia sindical ratificadas por España[19].

Una vez que se ha salvado o dejado atrás el requisito administrativo para el ejercicio de los derechos, debería ser ejercido en plenitud e igualdad de condiciones que otros trabajadores[20]. Con la posibilidad nula de establecer cualquier discriminación, pues no es posible que un sindicato prohíba o impida en sus estatutos la adhesión de trabajadores extranjeros, siempre que las condiciones exigidas a los extranjeros sean distintas a las de los nacionales. Por ello, el inmigrante podrá libremente ejercer su derecho de afiliación al sindicato de su elección para la defensa de sus intereses o, simplemente, la libertad negativa de no afiliarse a ninguno[21].

Es más, si la LOLS[22] reconoce la afiliación a los jubilados, incapacitados, desempleados, no parecería justo que con el extranjero irregular se hiciera una excepción[23].

Así, la libertad sindical positiva acogería la posibilidad de afiliación a un sindicato, su acuerdos, participar en las decisiones sindicales, en los órganos de representación en la empresa, etc.[24]

Para a la afiliación[25], los sindicatos son entidades privadas y pueden establecer criterios y requisitos. En principio, el extranjero tendría que rellenar un impreso con los datos personales y presentar el pasaporte. En cuanto a los datos bancarios se podría establecer la posibilidad, si no dispone de cuenta corriente bancaria, de enviar el recibo del importe de la cuota con lo que el inmigrante podrá acudir al banco directamente y hacer efectivo el pago.

---

[19] Alonso Olea, M.; Libertad sindical y derecho de sindicación. En AAVV. Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo. Ilustre Colegio de Abogados de Murcia. Murcia. 1978, pp. 13 y ss.; Alonso Olea, M.; La libertad de sindicación…, op. cit.; p. 48.

[20] Triguero Martínez, L. A.; El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante. Bomarzo. Albacete. 2008. p. 174; Goerlich Peset, J. M.; Artículo 28.1. La libertad sindical en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En AAVV. Casas Baamonde, M. E. y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (Dirs.); Comentarios a la Constitución Española. Wolters Kluwer. Madrid. 2008, p. 806.

[21] Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L. A.; Los derechos de sindicación y huelga. En Monereo Pérez, J. L. (Dir.); Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000. La ley. Madrid. 2010, pp. 228-229.

[22] Art. 3 LOLS "1. No obstante lo dispuesto en el artículo 1.2, los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio, los trabajadores en paro y los que hayan cesado en su actividad laboral, como consecuencia de su incapacidad o jubilación, podrán afiliarse a las organizaciones sindicales constituidas con arreglo a lo expuesto en la presente Ley, pero no fundar sindicatos que tengan precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares, sin perjuicio de su capacidad para constituir asociaciones al amparo de la legislación específica."

[23] González Biedma, E.; Los extranjeros extracomunitarios en España y el derecho a la huelga. En Sánchez-Rodas Navarro, C. (Dir.); Inmigración, mujeres y menores. Laborum, Murcia, 2010, p. 413.

[24] Baylos Grau, A.; "Inmigración y derechos sindicales. Un análisis del modelo legal español". Revista de Derecho Social. nº 34/2006, pp. 25-26.

[25] <https://afiliados.uar.ccoo.es/afipub/newafil/index.php>.

Una vez afiliado, al igual que cualquier nacional, se encontrará facultado para participar en la vida interna del sindicato, como por ejemplo participación en asambleas.

En relación a la fundación de sindicatos, entendiéndolo como un acto colectivo, elegido democráticamente, con unos estatutos, la existencia de inmigrantes irregulares parece que no debiera ser impedimento. Pues existen determinados actos, como por ejemplo el matrimonio[26], en los que no teniendo autorización de residencia, puede presentar el certificado de empadronamiento, ya que el extranjero puede empadronarse encontrándose en situación irregular, pues se le exigirá, en defecto de tarjeta de residencia en vigor, el pasaporte[27].

Si atendemos a los requisitos exigidos para el depósito de los estatutos, el control de la oficina pública y las causas de impugnación, se podría afirmar que los extranjeros podrán constituir sindicatos[28], pudiendo agrupar a trabajadores regulares e irregulares[29].

Lo único que no podría sería constituir sindicatos de trabajadores extranjeros para la defensa de intereses específicos en virtud del principio de igualdad y no discriminación[30], ni tampoco la constitución de un sindicato que no admitiera la afiliación de españoles[31].

Ahora bien, en cuanto a la constitución de un sindicato por un extranjero irregular, primero tendremos que ver cuáles son los trámites para el registro para posteriormente, examinar si es posible ése trámite para el extranjero en tal situación.

Para registrar un sindicato en Andalucía[32], deben constar los datos siguientes:

En cuanto al solicitante: nombre, apellidos, cargo, teléfono, e-mail y domicilio.

---

[26] Art. 42 y ss. CC. y art. 69 y ss. Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil.

[27] Art. 16.2.f) Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Es más, si atendemos al padrón de habitantes, los extranjeros empadronados a 1 de enero de 2010, ascienden a 5.708.940, y con anterioridad vimos que el número de residentes extranjeros era de casi 5 millones, exactamente 4.744.168. Con lo cual apreciamos la diferencia entre empadronados y residentes legales. Queda constancia del empadronamiento de extranjeros en situación irregular. <http://www.ine.es/prensa/np595.pdf>. Al respecto, Colsa Salieto, José., Situaciones de los extranjeros de terceros Estados en situación irregular en España. En Sánchez-Rodas Navarro, C. (Dir.) Inmigración, mujeres y menores. Laborum. Murcia. 2010, pp. 17 y ss.

[28] Tarabini-Castellani Aznar, M.; Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería. (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España). Tirant Lo Blanch. Valencia. 2002, p. 99; Ceinos Suárez, A.; El trabajo de los extranjeros en España. La Ley. Madrid. 2006, p. 432; Velasco Portero, M.T.; El derecho de sindicación de los trabajadores extranjeros. En AAVV Derechos y Libertades de los extranjeros en España. Tomo I. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Gobierno de Cantabria. 2003, pp. 248-249; Monereo Pérez, J. L. y Gallego Morales, A. J.; Libertad de sindicación y huelga. En AA.VV.; Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C.; (Dirs.), Comentario a la Ley y Reglamento de extranjería e integración social (LO 4/2000 y RD 864/2001). Comares. Granada. 2001, p. 213; Ruiz Castillo, M. M.; "Marco legal de la inmigración en España. Aspectos laborales." Revista de Derecho Social. nº 22/2003, p. 39.

[29] Baylos Grau, A.; Inmigración…, op. cit., p. 53.

[30] Ramos Quintana. M. I.; Derechos de los trabajadores extranjeros. Revista Española de Derecho del Trabajo. nº 86/1997, pp. 898-899.

[31] Ramos Quintana. M. I.; El trabajo de los extranjeros en España. Tecnos. Madrid. 1989, p. 167.

[32] <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/asociaciones/como-depositar estatutos>. Normativa aplicable para asociaciones sindicales, Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical y Decreto 14/1986, de 5 de febrero, por el que se regula el régimen de depósito de los estatutos de los sindicatos de trabajadores en Andalucía.

Respecto al sindicato: denominación, siglas, domicilio social, ciudad, teléfono y e-mail. Documentos a aportar: fotocopia del DNI de la persona legitimada para presentar la documentación, 3 ejemplares del acta de constitución firmadas por los promotores, 3 ejemplares de los estatutos firmados por los promotores, fotocopia del DNI de los promotores del sindicato y documentos acreditativos de la condición de trabajadores por cuenta ajena de los promotores (mediante nómina, documentación acreditativa de alta en la Seguridad Social, etc.).

De los requisitos exigidos, el único que supondría un problema sería el de acreditar la condición de trabajador por cuenta ajena, mediante la presentación del contrato de trabajo, nómina y, sobre todo la documentación acreditativa del alta en seguridad social, en consecuencia, parece que no reúne los requisitos para el registro de un sindicato. Ya que como documento acreditativo equivalente al DNI, podría presentar el pasaporte (al igual que para la afiliación).

En cambio, en otros registros que no exijan estos requisitos, sino únicamente el nombre y el documento acreditativo de la identidad que puede ser el pasaporte, podrían acceder al registro. En este supuesto, el personal que lleve a cabo los trámites, con esos datos, no tiene porqué saber si se encuentra en situación regular. Pero, si constata que se encuentra en situación irregular, ¿estaría obligado a denunciar? El depósito de los estatutos y el registro de la oficina pública, serían exigencias formales, para dotarlas de publicidad. El control de la autoridad administrativa ha de ser también un control objetivo de legalidad y no un control de oportunidad[33].

Algunas opiniones, al igual que ocurriría con la constitución de una asociación, estiman que para la fundación de un sindicato se necesitaría la situación de regularidad al hacerse efectiva una vertiente pública y de relación con las autoridades competentes. Y sólo podrán ser avalados por los extranjeros que se encuentren en situación regular[34]. Una de las justificaciones de la exigencia de regularidad sería en relación a posibles responsabilidades, pues la residencia estabiliza, por así decirlo, la identidad de las personas físicas que puedan responder por el sindicato[35].

En el mismo sentido, resultaría difícil imaginar que un extranjero en situación irregular, sin la documentación completa y legal, pueda crear una organización sindical legal y efectuar los trámites necesarios que incluye el depósito de los estatutos. En consecuencia, no resultarían convincentes los argumentos para atribuir los derechos de libertad sindical y huelga a los extranjeros irregulares pues no tiene base sólida y resulta "desorbitado" que un extranjero irregular pueda fundar un sindicato[36].

---

[33] STSJ de C. Valenciana, de 20 diciembre AS 2005/181

[34] Triguero Martínez, L. A.; El estatuto jurídico…, op. cit., p. 181. En el mismo sentido García Murcia, J.; "Derechos Laborales y de Protección Social en la Ley de Extranjería." Tribuna Social. nº 122/2002, p. 33.

[35] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.; Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante. Relaciones Laborales. nº 1/2001, p. 102.

[36] Fernández Collados, B.; El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España. Laborum. Murcia. 2007, p. 122.

Por el contrario, algún sector de la doctrina ha intentado resolver esta cuestión sobre la base de la existencia de relación laboral por aplicación nuevamente del artículo 36.5 LOEx, no ya para acreditar la condición de trabajador, sino con la intención de convertir en injustificada la denegación administrativa del depósito de los estatutos del sindicato derivada de su irregularidad. Pues todo trabajador extranjero, independientemente de su situación administrativa, podrá intervenir en la fundación de un sindicato y ostenta la protección frente a represalias del empresario[37].

3. SINDICATOS FORMADOS EXCLUSIVAMENTE POR EXTRANJEROS

En cuanto a la posible existencia de sindicatos autónomos, constituidos exclusivamente por determinados colectivos de trabajadores y no vinculados a condiciones personales como la nacionalidad, lo único que podría negarse es un sindicato creado por extranjeros, la licitud de la posible limitación estatutaria a la afiliación sólo de éstos, es decir, integrados exclusivamente por extranjeros[38].

Dentro de la facultad de constituir sindicatos, no sería "factible" la creación de un sindicato que tenga por objeto integrar exclusivamente extranjeros y con intereses propios o "de categoría"[39], pues éstos han de defender los intereses de los trabajadores sin ningún tipo de discriminación. Y si se impusiera una clausula que limitara la afiliación, ya sea sólo a extranjeros o sólo a nacionales, no sería admisible constitucionalmente por atentar contra el principio de igualdad y no discriminación[40].

Respecto a si pueden tener como finalidad la defensa de intereses propios de ese colectivo, por un lado podría admitirse en base al principio de libre reglamentación[41] pero conculcaría con el principio de igualdad y no discriminación

---

[37] Lousada Arochena, J. F. y Cabeza Pereiro, J.; Los derechos de los trabajadores extranjeros irregulares. Aranzadi Social. nº 7/2004-8/2004. BIB 2004/756, p. 805.

[38] Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L. A.; Los derechos de sindicación…, op. cit., p. 229.

[39] Ramos Quintana, M. I.; Derechos de los trabajadores…, op. cit., p. 898.

[40] Fernández Collados, B.; el estatuto jurídico del trabajador…, op. cit., p. 123; Triguero Martínez, L. A.; El estatuto jurídico…, op. cit., pp. 180-181; Valdueza Blanco, M. D.; El tratamiento jurídico de los extranjeros en España. Lex nova. Valladolid. 2008, p. 293; Moya Escudero, M. y Rueda Valdivia, R.; Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España. La Ley. Madrid. 2003, pp. 223-224; Ramos Quintana, M.; El trabajo de los extranjeros…, op. cit., p. 167; No sería "lícito" limitar la afiliación a una determinada nacionalidad, García Murcia, J.; Derechos Laborales…, op. cit., p. 27. En contra, Ojeda Avilés, A.; Derecho…, op. cit., pp. 169-170, que a diferencia de la LO 7/1985, la LO 4/2000, incluye las dos facultades básicas, crear y afiliarse, "por lo que reconoce la posibilidad de constituir sindicatos por extranjeros", algo objeto de restricción en otro países europeos.

[41] Art. 3 Convenio 87 OIT "1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción." y art. 2.2 LOLS "a) Redactar sus estatutos y reglamento, organizar su administración interna y sus actividades y formular su programa de acción."

respecto al derecho de afiliación del nacional[42] y conduciría a consolidar entre los trabajadores divisiones y reacciones xenófobas[43], pues un sindicato así constituido sufriría una situación de marginalidad[44].

En todo caso, el problema está sobre la mesa, y la realidad dialéctica entre asociaciones de inmigrantes y sindicatos de trabajadores constituye una de las cuestiones de mayor importancia y polémica del movimiento sindical contemporáneo[45].

4. CONSIDERACIONES FINALES

La Ley Orgánica de Extranjería debe estar en consonancia con la Constitución Española y respetar el mínimo impuesto por los Tratados Internacionales.

La anterior regulación de los derechos colectivos, en general, y del derecho de sindicación en particular, distinguía entre titularidad y ejercicio. Restricción que era considerada inconstitucional principalmente por tratarse de derechos fundamentales y por vulneración de la normativa internacional.

La nueva regulación supone el reconocimiento a todos, tanto extranjeros regulares como irregulares, del derecho de libertad sindical. Ahora sí se muestra acorde tanto con la Normativa Internacional como con la Constitución Española.

Resulta imprescindible destacar que los Tratados y Convenios Internacionales que se hacen referencia a la hora de reconocer los derechos colectivos, son normas que reconocen los derechos generalmente con expresiones tales como "toda persona" o "a todos", pero otros que, en cambio, sí contemplan el fenómeno migratorio o condiciones laborales parten de una situación de regularidad.

Uno de los Convenios a destacar sería el Convenio nº 87 de la OIT relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, el cual reconoce el derecho de sindicación a todo trabajador pero, no hace alusión a inmigrantes. Es más la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que establece un conjunto de derechos mínimos a todas la personas con lo protegería a los colectivos más vulnerables. Reconoce una serie de derechos, entre ellos el de afiliarse libremente, sin limitación o condición. Sin embargo, debemos puntualizar que esta Convención no ha sido ratificada todavía ni por España ni por otros países de la Unión Europea.

Con el reconocimiento de estos derechos se va caminando hacia la equiparación entre extranjeros y nacionales, objetivo de la LOEx. Equiparación que es plena en el caso del extranjero en situación regular. Para los extranjeros irregulares, como

---

[42] Monereo Pérez, J. L. y Gallego Morales, A. J.; Libertad de sindicación…, op. cit., p. 223; Velasco Portero, M.T.; El derecho de sindicación…, op. cit., p. 247.

[43] Ramos Quintana, M. I.; Derechos de los trabajadores…, op. cit., p. 899.

[44] Moya Escudero, M. y Rueda Valdivia, R.; Régimen jurídico…, op. cit., p. 224; Ramos Quintana, M.; El trabajo de los extranjeros…, op. cit., p. 167

[45] Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L. A.; Los derechos de sindicación…, op.cit., p. 229.

colectivo objeto de contratación irregular susceptible de abuso y explotación, se pretende la protección que se traduce en el reconocimiento de la remuneración por el trabajo prestado cuando se contrata irregularmente. Algo que ya venía siendo reconocido por la doctrina y la jurisprudencia tradicional, evitando con ello, el enriquecimiento injusto del empresario y estableciendo sanciones al empresario-empleador con el objetivo de disuadirle a la hora de contratar a estos inmigrantes sin las oportunas autorizaciones, con la intención de ahorrar costes aprovechando la situación, la mayoría de las veces desesperada, en la que se encuentra este colectivo.

Por su situación de irregularidad en la sociedad, se asocian al trabajo temporal, precario, por lo que resulta especialmente importante que le sean reconocidos ciertos derechos en toda su extensión.

Y aunque el legislador establece la posibilidad de condiciones o establecer límites al ejercicio de ciertos derechos, éstos no deben afectar al contenido esencial de tal forma que no sea posible su ejercicio. Por lo que diferenciar entre la titularidad y el ejercicio conllevaba prácticamente la negación del derecho. Pues de qué sirve ser titulares si no se puede ejercer.

No es cuestión de no establecer condicionamientos, es más, deben existir para ciertos derechos pues la equiparación plena entre nacionales y extranjeros debe tener su punto de partida en la legalidad. Pues no se puede fomentar la entrada masiva ni la estancia irregular o clandestina en el país, pero nunca esos límites deberían afectar a derechos fundamentales y menos a derechos como el de sindicación que, por su situación, son necesarios de ejercitar por este colectivo. Porque establecer límites a la afiliación a un sindicato de un irregular, provocaría aun más la desprotección al no poder exponer su situación ni obtener asesoramiento.

Especial interés adquiere el artículo 36.5 LOEx el cual establece la validez del contrato de trabajo celebrado por un extranjero en situación irregular y, en consecuencia, se le atribuye la condición de trabajador, por lo que será titular de los derechos laborales básicos que derivan de la relación laboral, con independencia de la situación administrativa. Por tanto, ya antes de la reforma de la LOEx respecto a los derechos colectivos, se abría un amplio abanico de derechos para el trabajador, que no se veía desprotegido respecto a la prestación de trabajo.

Igualmente por su condición de trabajador estaba facultado para participar en la empresa como elector y como elegible pues reúnen los requisitos exigidos. Así llegaría a la posición de representante con las garantías y prerrogativas propias de su cargo.

No podía entenderse que la LOEx estableciera límites y, en cambio, por la condición de trabajador sí tuviera reconocidos los derechos laborales. Es evidente que algo fallaba.

En definitiva, en cuanto a afiliación no existiría problema alguno pero a la hora de registrar o inscribir una asociación o sindicato necesitaría de la estancia regular.

La reforma de la LOEx y el reconocimiento de los derechos colectivos debe ser un estímulo para la afiliación, especialmente de los irregulares, a los sindicatos para la defensa de sus intereses ahora que la situación de irregularidad no influye en nada.

Para finalizar debemos hacernos eco de una noticia de sumo interés para conocer el alcance y la importancia de la participación de los trabajadores extranjeros en la empresa, pues, se ha informado recientemente[46] que la Federación Agroalimentaria (FTA) de UGT de Cataluña ha constituido en la empresa Palau i Fills, del sector cárnico, el primer Comité de empresa formado en su totalidad por trabajadores de origen inmigrante, siendo la mayoría de nacionalidad marroquí. Se subraya su importancia pues supone un gran avance en la lucha en el campo de la gestión de la diversidad en la empresa y "y un reconocimiento de que los trabajadores inmigrantes también pueden asumir responsabilidades de representación sindical en plena igualdad"[47].

5 BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, M.; La libertad de sindicación: manifestaciones, contenido y garantías en la Constitución Española. En Estudios de Derecho del Trabajo. En memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón. Tecnos. Madrid. 1980.

—; Libertad sindical y derecho de sindicación. En AAVV. Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo. Ilustre Colegio de Abogados de Murcia. Murcia. 1978.

BALLESTER PASTOR, M.A.; "Las consecuencias del despido de trabajadores extracomunitarios sin permiso de trabajo: SSTSJ Cataluña 14 y 30 de mayo de 2002". Actualidad Laboral. nº 27/2003

BAYLOS GRAU, A.; "Inmigración y derechos sindicales. Un análisis del modelo legal español". Revista de Derecho Social. nº 34/2006.

—; Inmigración y derechos sindicales. Bomarzo. Albacete. 2009.

CEINOS SUÁREZ, A.; CEINOS SUÁREZ, A.; *El trabajo de los extranjeros en España*. La Ley. Madrid. 2006.

COLSA SALIETO, JOSÉ., Situaciones de los extranjeros de terceros Estados en situación irregular en España. En SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.) Inmigración, mujeres y menores. Laborum. Murcia. 2010.

CRUZ VILLALÓN, J.; Los derechos constitucionales de los trabajadores extranjeros. Novedades normativas en materia social. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid. 2006.

FERNÁNDEZ COLLADOS, B.; *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*. Laborum. Murcia. 2007.

GARCÍA MURCIA, J.; "Derechos Laborales y de Protección Social en la Ley de Extranjería". Tribuna Social. nº 122/2002.

[46] 21 de Septiembre de 2010.

[47] <http://amicacollida.wordpress.com/2010/09/21/1er-comite-dempresa-constituit-per-treballadors-immigrants/>.

GARCÍA NINET, J. I.; "Libertad sindical y derecho de huelga de los trabajadores extranjeros autorizados así como de los "sin papeles". Tribuna Social. nº 205/2007.

GOERLICH PESET, J. M.; Artículo 28.1. La libertad sindical en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En AAVV. CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.); Comentarios a la Constitución Española. Wolters Kluwer. Madrid. 2008.

GONZÁLEZ BIEDMA, E.; Los extranjeros extracomunitarios en España y el derecho a la huelga. En SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.); Inmigración, mujeres y menores. Laborum, Murcia, 2010.

LOUSADA AROCHENA, J. F. y CABEZA PEREIRO, J.; "Los derechos de los trabajadores extranjeros irregulares". Aranzadi Social. nº 7/2004-8/2004. BIB 2004/756.

MONEREO PÉREZ, J. L. y GALLEGO MORALES, A. J.; Libertad de sindicación y huelga. En AA.VV.; MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.; (Dirs.), Comentario a la Ley y Reglamento de extranjería e integración social (LO 4/2000 y RD 864/2001). Comares. Granada. 2001.

MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; Los derechos de sindicación y huelga. En MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.); Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000. La ley. Madrid. 2010, p. 245

MOYA ESCUDERO, M. y RUEDA VALDIVIA, R.; Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España. La Ley. Madrid. 2003.

OJEDA AVILÉS, A.; Derecho Sindical. Tecnos. Madrid. 2003.

RAMOS QUINTANA. M. I.; "Derechos de los trabajadores extranjeros". Revista Española de Derecho del Trabajo. nº 86/1997.

—; El trabajo de los extranjeros en España. Tecnos. Madrid. 1989.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.; La libertad sindical en la Constitución. En AAVV. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. (Coord.) Los trabajadores y la Constitución. Madrid. 1980, pp. 101-102

—; Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante. Relaciones Laborales. nº 1/2001.

—; El sindicato, lo sindical y las nuevas estructuras sindicales. En AAVV. Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo. Ilustre Colegio de Abogados de Murcia. Murcia. 1978.

RUIZ CASTILLO, M. M.; Marco legal de la inmigración en España. Aspectos laborales. Revista de Derecho Social. nº 22/2003.

SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I.; Derecho Sindical. Tiran Lo Blanch. Valencia. 2003

TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.; Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería. (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España). Tirant Lo Blanch. Valencia. 2002.

TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante. Bomarzo. Albacete. 2008.

VALDUEZA BLANCO, M. D.; El tratamiento jurídico de los extranjeros en España. Lex nova. Valladolid. 2008.

VELASCO PORTERO, M.T.; El derecho de sindicación de los trabajadores extranjeros. En AAVV Derechos y Libertades de los extranjeros en España. Tomo I. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Gobierno de Cantabria. 2003.

LA RELACIÓN LABORAL AGRARIA EN EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL

Juan Romero Coronado
Profesor Contratado.
Doctor Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO

1. CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS SOCIO-LABORALES Y RELACIÓN LABORAL AGRARIA
2. LAS RELACIONES LABORALES AGRARIAS Y LA SITUACIÓN PREVIA AL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL
3. LA RELACIÓN LABORAL AGRARIA Y EL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL
4. LA RELACIÓN LABORAL AGRARIA Y EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL: LA CONSTITUCIÓN REPUBLICANA DE 1931
5. LA RELACIÓN LABORAL AGRARIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978
6. BIBLIOGRAFÍA

1. CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS SOCIO-LABORALES Y RELACIÓN LABORAL AGRARIA

La actividad laboral agraria en si misma considerada no ha gozado en ningún momento de nuestra historia de una atención especializada por parte del legislador constituyente y no porque no haya argumentos suficientes que justifiquen su especificidad jurídica. La relación laboral agraria presenta unas características singulares que surgen de los rasgos particulares del sector primario de la actividad económica. Entre estos rasgos diferenciadores de la relación laboral agraria se pueden destacar la estacionalidad, la enorme diversidad de cultivos, los peculiares procesos organizativos y tecnologías aplicadas, la discontinuidad en las necesidades de mano de obra… Así, se puede hablar de una relación laboral agraria diferenciada en la medida en que el trabajo agrario carece de la habitual continuidad y regularidad que se presupone en el trabajo de la industria y de los servicios[1].

En las zonas agrarias, sobre todo donde existen producciones extensivas se suceden periodos de escasez de trabajo con otros de gran actividad: siembras, cosechas, podas… Aunque es cierto que también se pueden encontrar trabajos estables sobre todo en regiones donde se está llevando a cabo una agricultura sometida a las nuevas innovaciones tecnológicas, químicas y fitosanitarias. Por lo general las importantes zonas, desde el punto de vista agrario, del levante y mediodía español dedicadas a la producción hortofrutícola. Tampoco se puede olvidar el trabajo estable de figuras ya tradicionales en el sector pero que tienen un carácter residual o marginal como caseros, administrativos, técnicos, pastores y vigilantes[2].

Aún cuando estás particularidades de la relación laboral agraria permiten realizar una conceptuación diferenciada en ningún momento han sido detonante para el reconocimiento de los derechos laborales de los trabajadores agrarios en los textos constitucionales. Esto se debe al retraso de la llegada de las normas laborales al ámbito agrario como consecuencia del desarrollo normativo del Contrato de trabajo y el Despliegue institucional del Derecho del Trabajo en el ámbito de la industria y de los servicios. Las primeras Leyes laborales se ocuparon sólo de los problemas planteados en el ámbito industrial ya que el Derecho del Trabajo surgió como una legislación de emergencia para atender los desajustes provocados por la industrialización: el éxodo del campesino a las ciudades, las pésimas condiciones laborales, las insalubridad del medio urbano y de la vivienda[3].

Se hizo imposible históricamente que la actividad laboral agraria ocupara un marco de reconocimiento específico o particular cuando en el ámbito del

---

[1] Vid.: MARTÍN VALVERDE, A.: «Mercado de trabajo agrícola y legislación social en el medio rural», *Temas Laborales*, núm. 2, 1985, págs. 22-23.

[2] CAVAS MARTÍNEZ, F.: "El contrato de trabajo en la agricultura y su relación con otros sistemas de explotación agraria". *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Nº 83, 2009, p. 263 a 265.

[3] Vid.: MARTIN VALVERDE, A.: «Legislación laboral y relaciones de trabajo en la agricultura», enVV. AA.: *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, Córdoba, 1983, págs. 229-230.

constitucionalismo empezaron a reconocerse los derechos sociales puesto que los presupuestos históricos y sociológicos para el reconocimiento de esos derechos a los trabajadores del campo no se habían desarrollado en el mundo rural. La revolución industrial se desarrolló muy tardíamente en el ámbito agrario español mediante la introducción de maquinaria y fertilizantes artificiales, la concentración capitalista y de propiedades y una creciente especialización en el trabajo que en muchos casos no se produciría hasta bien entrado el siglo XX. Por todo lo anterior el Derecho Laboral estuvo dirigido directamente hacia el proletariado industrial sin hacerse eco de la problemática que atenazaba al trabajador agrario quedando este relegado del ordenamiento jurídico laboral también en su cúspide, en el texto constituyente.

También hay razones endógenas que explican esta falta de reconocimiento específico en las constituciones y por extensión en la gran mayoría de los textos normativos heterónomos de carácter laboral. Particularmente reseñable es la debilidad del movimiento obrero en el mundo rural[4]. Son varias las causas de la falta de estructuración de agrupaciones reivindicativas agrarias con la eficacia suficiente para lograr un reconocimiento mínimo de los Derechos Sociales en el ámbito agrario, entre otras el bajo nivel cultural de los trabajadores agrarios, la enorme dependencia económica de los propietarios, la ausencia de utilización de medidas de presión habituales en el ámbito sindical como la huelga, la coacción imprimida por las clases terratenientes, el aislamiento y distancia entre lugares de trabajo y núcleos de población, la división de intereses provocada por la casuística del trabajador agrícola, a veces, a medio camino entre el bracero y el pequeño propietario dedicado a una agricultura de subsistencia.

Por consiguiente, el Derecho Constitucional del Trabajo surgió como un Derecho de la fábrica o el taller destinado a cubrir las necesidades de los trabajadores provenientes de la industria o los servicios. Los principios jurídico-laborales plasmados en las Constituciones se han caracterizado tradicionalmente por estar destinados primordialmente a los trabajadores de los sectores secundario o terciario a pesar de la generalización pretendida por la regulación laboral mediante los criterios de la ajeneidad y la dependencia. En este sentido se puede hablar de una relegación del trabajo agrario por el legislador constituyente dentro del ya consabido olvido de estas relaciones laborales por parte del legislador social ya que no será hasta bien entrado el siglo XX, con la Constitución de la II República cuando se den muestras de atención a las peculiares condiciones de carestía de los trabajadores agrarios y se perciba la necesidad de su protección.

Empero, no se puede obviar la importancia del estudio de los textos constituyentes en nuestro país para entender la evolución y desarrollo actual de la relación laboral agraria ya que durante la mayor parte de la historia del constitucionalismo español la agricultura, en tanto que actividad económica, ha tenido un papel predominante que se ha venido a manifestar incluso en la Constitución de 1978; aún

[4] CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La regulación del trabajo agrícola en el proceso de emergencia, formación y desarrollo del Derecho Español del Trabajo», en Revista Española de Derecho del Trabajo, Civitas, núms. 53, págs. 333 y ss., y 54, págs. 521 y ss.

cuando el substrato de las relaciones laborales hubiera cambiado hacia un nuevo paradigma de corte más industrial o cuando, en los momentos actuales, el sector terciario ha adquirido un papel predominante en nuestra economía. Ese legado histórico de ser un país eminentemente agrícola hasta las últimas décadas del siglo XX ha dado lugar a un substrato jurídico en el ámbito jurídico que evidentemente no ha dejado de tener su reflejo en el mayor instrumento de estructuración y justificación del Derecho que son las constituciones y ello, evidentemente, ha terminado influyendo en las relaciones laborales agrarias ya que dependiendo de la concepción que en cada una de las constituciones se hiciese de los distintos elementos de configuración de dicha relación laboral ésta ha adquirido unas características u otras.

2. LAS RELACIONES LABORALES AGRARIAS Y LA SITUACIÓN PREVIA AL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL

Con anterioridad a la Constitución de 1812 el trabajo agrario se regulaba por formulas jurídicas indiferenciadas en las que los rasgos diferenciadores de ajeneidad, dependencia, libertad o profesionalidad no aparecen configurados jurídicamente. Así en la antigüedad clásica el trabajo en el campo se caracterizó por la esclavitud, aunque, siguió perviviendo en la realidad española muchos siglos después, sobre todo, en la realización de las actividades agrarias de las colonias, hasta que, ya bien entrado el siglo XIX, se renegase de ella oficialmente. Estos esclavos agrarios no realizaban ni un trabajo por cuenta propia ni un trabajo por cuenta ajena aunque exista la tentación doctrinal de intentar asimilarla a este último tipo de trabajo. Sin embargo, ni el esclavo cede a otro el fruto de su trabajo ni tampoco cabe pensar en la ajeneidad de riesgos para el esclavo puesto que no dejaba de ser considerado como una mera cosa. En consecuencia, la esclavitud no tiene ninguna relación con los actuales principios socio-laborales reconocidos en la Constitución ya que no guarda ninguna relación con la regulación laboral actual por cuanto que el esclavo no realiza ni trabajo por cuenta propia ni trabajo por cuenta ajena. Por ello en ningún momento se puede estudiar como condicionante de las relaciones laborales actuales, sólo tiene un valor informativo[5].

Poco a poco, en un proceso complejo y por razones socio-económicas el esclavo se fue equiparando al hombre libre mediante la adscripción a la tierra (que también afecto a hombres libres) surgiendo la denominada figura del colono dedicados al cultivo de los latifundios. El colono es en parte libre y en parte esclavo y es prácticamente un trabajador por cuenta de otro aunque, hay que advertir, que se trata de una relación hereditaria. Así, el cambio de titular de la explotación produce simplemente una novación del vínculo entre colono y nuevo titular pero en lo personal si el colono no es esclavo tiene plena libertad. Con el paso del tiempo y ya adentrándonos en plena Edad Media está figura adquirirá nuevas formas de

[5] DE LA VILLA GIL, L.E. : *La Formación Histórica del Derecho del Español del Trabajo,* Comares, Granada, 2003, p. 8.

servidumbre reforzándose a través de los vínculos feudales y dando origen a los llamados siervos de la gleba[6]. Con la reconquista se impusieron definitivamente las reglas señoriales de carácter feudal en el régimen laboral de los trabajadores agrarios permaneciendo solamente en Castilla el cultivo de la tierra por pequeños propietarios, aunque en muchos casos sin poder prescindir del sistema de "encomendación". Con este estado de cosas se llega prácticamente al siglo XIX fundamental para provocar el cambio de condiciones del trabajo en el campo al suprimir el liberalismo constitucional todos los presupuestos feudales.

3. LA RELACIÓN LABORAL AGRARIA Y EL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL

El legado jurídico-constitucional que ha marcado el devenir de las relaciones laborales agrarias comienza, como no podía ser de otra manera en la propia Constitución de Cádiz de 1812. En aquella época la agricultura tenía un papel fundamental en la economía y la sociedad y, por ello fue uno de los principales motivos de discusión dando como fruto la ley de señoríos de 1811, provocando un cambio notable en la estructura de la sociedad semifeudal y liberalizando nuestro campo, iniciándose de esta forma el camino de su modernización. Tal fue la influencia que la agricultura causó en el constitucionalismo inicial que, incluso, en los monumentos conmemorativos de la efemérides constitucional de 1812 la agricultura ocupó un lugar preferente[7].

Estas constituciones del siglo XIX no dejan de ser legatarias del periodo ilustrado precedente en el sentido de que pretenden conformar desde arriba las situaciones sociales que minaban la sociedad del momento, aunque, eso sí, dentro de la tradición liberal. Y es que, en este optimismo configurador confluyen la visión racionalizadora de la sociedad propia de los ilustrados: Rousseau, Voltarie, Montesquieu, con la idea de progresión ilimitada de la producción económica y desarrollo tecnológico del liberalismo. Ciertamente que en este contexto hay poco espacio para la regulación desde lo público de unas relaciones laborales como las agrarias puesto que simplemente con la consagración de unos principios racionales en el

---

[6] Con la llegada de los musulmanes se produjo una nueva distribución de la tierra, permitiéndose la explotación de la misma por parte de los primitivos pobladores. Se operó un importante proceso de deslatifundismo que va a provocar el avance en la producción agraria, aumentando el número de los pequeños propietarios y decreciendo el número de los esclavos territoriales al permitirse su liberación a través de la conversión a la religión musulmana. Los colonos de antes suelen pasar a aparceros aunque no eliminan del todo su situación de adscripción a la tierra.

[7] Por eso, en el monumento a las cortes de la ciudad de Cádiz aparecen varias figuras alegóricas que hacen referencia a la agricultura. Aparece una mujer sobre un carro tirado por dos bueyes, coronada por espigas de trigo y sosteniendo el cuerno de la abundancia lleno de frutos en clara sintonía con las representaciones clásicas de la diosa romana de la agricultura, Ceres, que enseñó a los humanos a sembrar y cultivar las tierras para elaborar pan. Sin duda, ello es también fiel reflejo de la impronta que las relaciones laborales agrarias han representado en nuestra cultura, manifestándose por activa y por pasiva en infinitud de obras de arte o en la literatura, sólo baste recordar las celebres *La Barraca* o *Cañas y barro* de BLASCO IBAÑEZ.

marco constitucional y la instrumentación jurídica de dichos principios, dentro del ámbito del respeto a la libertad individual, la justicia social devendría por sí sola sin necesidad de un intervencionismo a posteriori. Nada más lejos de la realidad, estas utopías liberales, pues la historia posterior del constitucionalismo del XIX y principios del XX dejó por sentado que era imprescindible ese intervencionismo en el plano de las relaciones laborales agrarias sino se quería ver abocada la sociedad a una auténtica situación de convulsión.

Según los censos de principios del siglo XIX los trabajadores del campo representaban el porcentaje más elevado de la población activa del país por lo que si desde la esfera jurídica se quería provocar una auténtica transformación social era necesario incidir en la agricultura. Es necesario advertir que en ese momento, quizás como se pretende hacer ver en el nuestro, era lo mismo transformación social que económica. Ello es importante resaltarlo, porque con posterioridad cuando se demuestre que las situaciones de desigualdad e injusticia social no se puedan solventar desde la mera transformación económica se considerará que la transformación social sólo puede venir de una transformación del sistema político y, de ahí, el origen del intervencionismo que, como veremos, también tendrá su repercusión en el constitucionalismo y, por derivación, en el marco regulador de las relaciones laborales agrarias[8].

Por todo lo anterior, dentro de este constitucionalismo inicial, sólo era necesaria una transformación de la estructura de la economía agraria, frente a la etapa feudal, para garantizar unas condiciones de vida dignas para los trabajadores del campo. De esta forma, dentro de la consagración de los Derechos de Libertad y Propiedad era como se podría alcanzar el equilibrio social sin necesidad de incidir en las condiciones laborales específicas garantizadas por el derecho de la autonomía individual en clara sintonía con los antiguos postulados del derecho romano originario en materia contractual cuya recuperación había sido llevada a cabo por el CODE napoleónico en el año 1804 y que no por azar tendría una clara influencia en nuestro país, en estos momentos en los que se estaba fraguando el origen del constitucionalismo español. Dentro de esta lógica liberal establecida por la Constitución de 1812 es cuando surge la legislación desamortizadora que tendrá muy poco éxito a la hora de garantizar un cierto grado de justicia social y condiciones igualitarias para los trabajadores del campo. La idílica mejora de las clases campesinas pretendida por Jovellanos en su célebre Ley Agraria acabó por convertirse en una acumulación de fundos por parte de una aristocracia terrateniente con efectos, a veces, más nocivos para las clases agrarias más empobrecidas que la anterior acumulación eclesiástica, por cuanto que a su vez se limitaron todo un conjunto de formas de colectivización a través de la solidaridad vecinal o familiar que no encajaban dentro del contexto liberalizador de la época. Asistimos pues a un latifundismo de nuevo corte que impedirá el desarrollo de unas relaciones laborales agrarias dentro de unos parámetros de igualdad y justicia.

---

[8] VIDA SORIA, J.: "Consideraciones en torno al régimen jurídico del trabajo por tiempo determinado en la agricultura", Separata del Libro *La problemática laboral de la agricultura*, Colegio Universitario de San Pablo (C.E.U.), Salamanca, 1974, p. 213.

Los escasos resultados de esta política desamortizadora emanada de los principios constitucionales se perciben claramente cuando se observa que las propiedades mayores de doscientas cincuenta hectáreas suponían, a fines del siglo XIX el treinta y tres con veintiocho por ciento del total, y el veintinueve con cincuenta y siete por ciento las propiedades hasta de cinco hectáreas, quedando pues tan sólo un treinta y siete con dieciocho por ciento para las propiedades verdaderamente rentables, ni latifundios ni minifuncios, distribuidas en fincas grandes, medianas y pequeñas.

Esta situación se puso particularmente de relieve en las zonas del sur de la península donde las condiciones históricas habían provocado una mayor acumulación de tierras en manos de los eclesiásticos y donde la falta de un desarrollo industrial había impedido que se desarrollasen alternativamente otras formas de producción que permitiesen salir de la pobreza a las grandes masas campesinas y que a su vez permitiesen una construcción teórico jurídica diferente a la hora de configurar las relaciones laborales en la agricultura[9]. De esta forma, en España no se reproduce la unidad burguesía-proletariado propia de la sociedad centroeuropea y menos aún en las zonas agrarias donde técnicamente resulta inapropiado hablar de burguesía rural o de proletariado por cuanto que se reproducen fórmulas propias del feudalismo precedente aunque suavizadas, jurídicamente sólo en el plano formal, por la concepción liberal de los principios constitucionales. Así es como surge el caciquismo "auténtico azote en los medios rurales" que fomentó como única válvula de escape fuertes y continuadas explosiones sociales al no permitir ni siquiera en el plano jurídico reformas que permitiesen una nueva conformación de las relaciones laborales agrarias[10].

La consecuencia de ello fue la existencia de enormes masas de trabajadores desposeídos en el campo con condiciones vitales infrahumanas y subyugadas por la opresión de latifundistas introvertidos y simplistas que junto con la insuficiencia de los instrumentos jurídicos eficaces y de la actuación directa de los poderes públicos, denostada por el marco constituyente, ha sido el germen en nuestra historia social contemporánea de tantos hechos sanguinolentos y han fomentado en el campo español una atracción secular por el anarquismo[11]. Por todo ello, el devenir

---

[9] Así, el desarrollo del trabajo industrial en España fue muy lento y bastante desigual según las diversas regiones españolas, sólo se puede avistar algo de tal desarrollo en regiones como Cataluña o el País Vasco como consecuencia de las repatriaciones americanas de capital generadas en las colonias, con anterioridad a la caída de los grandes monopolios comerciales de carácter colonial que se vinieron definitivamente al traste con la crisis del 98. Es por ello, que se puede decir, que en la mayor parte del país, o por lo menos en Andalucía y Extremadura, las regiones más eminentemente agrícolas, el cambio de paradigma jurídico provocado por la Constitución de 1812 y las subsiguientes del siglo XIX no provocaron la conformación de una burguesía o conciencia burguesa y, en consecuencia, tampoco una conciencia proletaria paralela predominante como forma de organización social que diera lugar a un cambio en los parámetros jurídicos a la hora de entender la relación laboral, permitiendo de esta forma una regulación distinta de las relaciones laborales del campo.

[10] No es posible trasladar al esquema español del siglo XIX las formulaciones que a mitad de ese siglo hicieron Marx y Engels en su Manifiesto del partico comunista cuando pusieron de relieve que "en la misma proporción en que se desarrolla la burguesía, es decir, el capital desarróllase también el proletariado, esa clase obrera moderna que sólo puede vivir encontrando trabajo y que sólo encuentra trabajo en la medida en que éste alimente e incremente el capital". Cfr.: MARX-ENGELS: *Manifiesto del Partido Comunista*, Cenit, Madrid, 1935, p. 27.

[11] SAGARDOY BENGOECHEA, J.A.: «La contratación colectiva en la agricultura», en VV.AA.: *La problemática laboral en la agricultura*, dir. por G. Bayón Chacón y J.A. Sagardoy Bengoechea, Ed. C.E.U., Madrid, 1974, págs. 230 y ss.

histórico ha demostrado la inconsistencia y falta de fundamentación del constitucionalismo decimonónico a la hora de incidir en la estructura económica y social del país y, particularmente, en el ámbito agrario. Pero, sin duda, el hecho más denostado que provocó el fracaso del constitucionalismo liberal español y que posteriormente se proyectó durante más de un siglo fue la política desarrollada en el reinado de Fernando VII donde se cimentaron los postulados neoconservadores que conllevaron el estancamiento y consolidación de la pauperización agraria.

No se puede obviar, sin embargo, que es en esta época cuando se produce, motivada por esas manifestaciones tan exasperantes del mundo rural, una reacción desde el punto de vista doctrinal e incluso administrativo que tenía por finalidad cambiar las condiciones de vida de los trabajadores del campo y que se puede denominar auténticamente como una "cuestión social agraria" cuyas consecuencias se verán reflejadas en el ámbito del Derecho Laboral Agrario muy a la larga y siempre a remolque de los postulados del Derecho Industrial[12].

4. LA RELACIÓN LABORAL AGRARIA Y EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL: LA CONSTITUCIÓN REPUBLICANA DE 1931

Con la llegada de la II República todo el planteamiento constitucional del liberalismo cambia profundamente produciéndose el reconocimiento constitucional de los derechos laborales de los españoles. Así, las cortes constituyentes decretaron y sancionaron la Constitución Republicana el 9 de diciembre de 1931 constitucionalizando los derechos laborales con lo que se acomete por primera vez la protección del trabajo en el constitucionalismo español. Entre ellos se reconocen el Derecho a un salario mínimo, vacaciones anuales remuneradas, participación de los trabajadores en la empresa, a seguros de enfermedad, accidente paro, vejez, invalidez, muerte, maternidad…Todos estos derechos reconocidos por el artículo 46 de la Constitución Republicana son aplicables con carácter general a la generalidad de los trabajadores y en consecuencia a los trabajadores agrarios[13].

---

[12] En el ámbito doctrinal, a la hora de poner de relieve esa situación de injusticia social en el campo, destacan las obras apuntadas por el profesor DE LA VILLA GIL, L.E. : *La Formación Histórica del Derecho del Español del Trabajo,* cit., p.64 y 65. Entre ellas COSTA, J: *Colectivismo agrario en España*, Madrid, 1898; *La tierra y la cuestión social*, Madrid, 1912, LLERA, F.: *El latifundio, la crisis agraria y la cuestión social*, Madrid, 1904; UGARTE, J.: *El problema social agrario en España,* Madrid, 1904, VIZCONDE DE EZA, *El problema agrario en España*, Madrid, 1915, GUICHOT, J.: *Historia general de Andalucía, desde los tiempos más remotos hasta 1870*, Madrid, 8 vol.; ZURITA Y CALAFAT, J.: *La verdad sobre el campo andaluz*, Madrid, 1916.

[13] En el artículo 46 de la Constitución de 1931 se establece que "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, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección 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 económico jurídica de los factores que integran la producción; la participación de

Sin embargo, es de justicia reconocer que la Constitución Republicana de 1931 va mucho más allá a la hora de atender las necesidades de los trabajadores del campo demostrando una sensibilidad especial no igualada por ninguna otra Constitución que haya tenido vigencia en España. La Constitución de 1931 protege de manera específica el trabajo campesino y para ello establece un artículo específico otorgándole una singularidad jamás vista en el ordenamiento jurídico español. Así el artículo 47.1 establece que "La República protegerá al campesinado y a este fin legislará, entre otras materias, sobre el patrimonio familiar inembargable y exento de toda clase de impuestos, crédito agrícola, indemnización por pérdida de las cosechas, cooperativas de producción y consumo, cajas de previsión, escuelas prácticas de agricultura y granjas de experimentación agropecuarias, obras para riego y vías rurales de comunicación".[14]

Las consecuencias inmediatas de estas previsiones constitucionales para la relación laboral agraria son una extensa normativa protectora que trata de garantizar unas condiciones de vida mínimamente aceptables para los trabajadores agrarios y que tratan de incidir en las características peculiares de este ámbito del trabajo, sobre todo en lo que tiene que ver con la estacionalidad, eventualidad y, en definitiva, precariedad laboral. En este sentido hay que resaltar las manifestaciones de la política general de reforma agraria. Así se arbitran un conjunto de medidas para el empleo preferente de braceros, la prohibición del reparto de los mismos, el desarrollo de los cultivos, el laboreo forzoso, la utilización controlada o limitada de máquinas y el servicio público de colocación. El Decreto de 28 de abril de 1931, que con posterioridad se convirtió en la Ley 9 de septiembre de 1931, dispuso que, en el caso de la actividad laboral agraria, los empresarios agrarios estaban obligados a emplear preferentemente a los braceros que fueran vecinos de los municipios en los que debían de realizarse los trabajos. Con posterioridad otras normas como el Decreto de 6 de agosto de 1931 impone flexibilidad en la contratación cuando no hubiese braceros especializados para la realización del trabajo requerido.

Por otra parte, el Derecho de 18 de julio de 1931 prohibió el régimen de reparto de los obreros parados entre propietarios y arrendatarios y se establecieron bolsas locales de trabajo financiadas con un recargo voluntario sobre la contribución territorial e industrial. En cuanto a la intensificación de los cultivos se otorga al Instituto de Reforma Agraria la facultad para señalar los términos municipales en los que debería llevarse a cabo tal intensificación y se regula por el Decreto de 22 de octubre de 1932 y , también, el Decreto de 19 de octubre de 1933 incorpora a la Dirección General de Agricultura los servicios de laboreo forzoso con la finalidad de repercutir en el empleo agrario. Hasta ese momento estos servicios se encontraban gestionados por el Instituto de Reforma Agraria[15].

---

los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y cuanto afecte a la defensa de los trabajadores".

[14] DE LA VILLA GIL, L.E. : *La Formación Histórica del Derecho del Español del Trabajo,* Comares, Granada, 2003, p.p. 295 a 299.

[15] También se desarrollan todo un conjunto de medidas tendentes a la utilización controlada o limitada de máquinas con la finalidad de reducir el paro tecnológico en la población agraria. Así, la Orden de 9 de junio de

Por último, hay que advertir que tiene particular importancia en la agricultura la extensión del régimen de accidentes de trabajo del Decreto de 12 de junio de 1931 por el que se aprueban las bases para tal aplicación. También se permite la constitución de mutualidades patronales y se categoriza a los asentados como empresarios agrícolas que trabajan por sí y por sus familiares las tierras sobre las que recae el asentamiento admitiéndose el aseguramiento pero a través de un régimen especial.

5. LA RELACIÓN LABORAL AGRARIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

El contrato de trabajo agrario no aparece regulado explícitamente en la Constitución Española de 1978. La relación de trabajo agraria no aparece reflejada ni siquiera implícitamente en los artículos relativos a las relaciones laborales contenidos en la Constitución. El artículo 35 se refiere a derechos cuyo contenido laboral es predicable de cualquiera de las relaciones laborales existentes en el conjunto de la economía española, en el artículo 37 cuando se trata el tema de los convenios colectivos o los conflictos colectivos tampoco se percibe singularidad alguna por razón de la especificidad agraria, menos aún en sede de derechos fundamentales por razón de su generalidad, en el artículo 28, cuando se reconocen el derecho de libertad sindical y el derecho de huelga se reconocen particularidades para la agricultura e, incluso, en el caso de los principios rectores de la política social y económica conectados con el mundo laboral que por razón de su concreción podrían contener alguna especificidad para la regulación de las relaciones laborales en el sector agrario no se percibe tal vinculación con este contexto de trabajo[16].

No obstante, tampoco se puede culpar a la Constitución de 1978 de querer excluir a la relación laboral agraria ya que tampoco se hacen menciones en la Constitución a otras relaciones que, incluso, han sido reconocidas en algún momento de nuestra historia legislativa por la regulación laboral específica como relaciones especiales[17]. Ni siquiera aparecen mencionadas relaciones laborales de carácter especial que con posterioridad en el artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores en el año 1980 adquirieron este rango específico como relación laboral. Por ello, tampoco es de extrañar que en la Constitución Española de 1978 se hiciera mención explícita a la relación laboral agraria.

Las consecuencias de la aplicación de las previsiones constitucionales para la relación laboral agraria pasan necesariamente por las implicaciones

1934 autorizó el empleo de máquinas siempre que no absorbieran más del cincuenta por ciento del trabajo total, dejando el resto para trabajadores a mano. La Orden posterior de 18 de septiembre de 1935 prohíbe con carácter circunstancial y mientras durase la situación de paro el empleo de máquinas para el deshuesado de la aceituna.

[16] VIDA SORIA, J.: "Génesis de las normas laborales en la Constitución Española de 1978", en AA.VV.: Estudios de Derecho del trabajo en memoria del prof. Bayón Chacón, Ed. Tecnos, Madrid, 1980, pp. 249 y 250.

[17] Este es el caso del trabajo en el mar, la navegación aérea, el aprendizaje en la artesanía que fueron reconocidas como tales relaciones especiales en la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976.

constitucionales para la relación laboral común al entenderse la primera como una modalidad o variante de género de la segunda. En este sentido, todos los preceptos constitucionales predicables de la relación laboral común son igualmente subsumibles en la relación laboral agraria. Por todo ello se puede decir que la causa de la exclusión normativa de la especificidad agraria en el ámbito laboral no emana de la propia Constitución del 78 ya que la propia Constitución no establece particularidades a la hora de regular los derechos laborales, ni siquiera hace mención explícita a sectores predominantes como pueden ser la industria o los servicios.

La causa de esta discriminación normativa, a pesar de la indiscutible particularidad que presentan estas relaciones laborales, hay que encontrarla en la regulación que desarrolla esos principios constitucionales y en concreto en el artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores ya que en éste no se contiene mención alguna a la relación laboral agraria. Ello ha provocado también que no se haya regulado específicamente mediante Real Decreto por parte del Gobierno dicha relación laboral a diferencia de lo que ha ocurrido en ordenamientos jurídicos próximos al nuestro[18].

La consecuencia de todo lo anterior es que los trabajadores agrarios tienen reconocidos los Derechos laborales constitucionales en los mismos términos que el resto de los trabajadores: Derecho de sindicación, derecho de huelga, derecho a salario suficiente, derecho al descanso… Así, en desarrollo de las previsiones del artículo 35 de la Constitución el Estatuto de los Trabajadores tanto en su versión de 1980 como en su versión de 1995 no diferencia las prestaciones laborales que se desenvuelven en condiciones de ajeneidad y dependencia atendiendo al tipo de actividad que se desarrolle sea manual, intelectual, de la industria, agricultura o sector servicios.

No obstante, las previsiones constitucionales si han permitido el desarrollo de una normativa laboral específica aplicable al ámbito de las relaciones laborales agrarias, al margen del "heteronomismo" público relativo a las disposiciones emanadas del Estado como consecuencia de la competencia exclusiva dictaminada por el artículo 149.1.7 en materia de legislación laboral. Se trata de la potestad normativa de establecer una regulación profesional reconocida por el artículo 37 de la Constitución Española a los agentes sociales. De esta forma, con base en las previsiones constitucionales se ha permitido una diversificación normativa del trabajo agrario que ha permitido superar las reglas generales establecidas por del Derecho del Trabajo heterónomo[19].

Se puede colegir que los perfiles particulares o típicos del trabajo agrario no afloran en la legislación laboral general prevista por el artículo 35.2 de la Constitución cuando expresamente se refiere al desarrollo de un "Estatuto de

---

[18] CAVAS MARTÍNEZ, F.: "El contrato de trabajo en la agricultura y su relación con otros sistemas de explotación agraria", cit., p. 266.

[19] En este sentido, adquieren especial relevancia los Convenios Colectivos Agropecuarios y el Laudo Arbitral de 6 de octubre de 2000 (BOE nº 286, de 29 de noviembre de 2000), dictado por RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYÁN, con la finalidad de sustituir la ya tradicional en el sector Ordenanza de Trabajo en el Campo, de 9 de julio de 1975 y que pretendía extinguir definitivamente el anterior sistema de regulación específico de trabajo en el campo basado en las Reglamentaciones y Ordenanzas de Trabajo en el Campo.

los Trabajadores" sino en la regulación sectorial emanada del artículo 37.1 de la Constitución cuando reconoce el Derecho a la Autonomía y la Autotutela colectiva laboral. De esta forma es perfectamente admisible desde el punto de vista constitucional la ausencia en nuestro Derecho del Trabajo de una regulación especial, autónoma y diferenciada del contrato de trabajo en la agricultura. Los contratos de trabajo agrarios se rigen de esta forma por las reglas del Derecho común de la contratación laboral establecidas en el Estatuto de los Trabajadores, normas de desarrollo y concordantes, que tienen un ámbito de aplicación general y que, en tanto que fundamentadas constitucionalmente por derivación de las previsiones del artículo 35 no contradicen en ningún momento los postulados constitucionales[20].

A pesar de lo anterior, esta homogeneidad normativa que surge del texto constitucional, aunque no reconoce las particularidades del desarrollo de la actividad agraria, no necesariamente tiene que ser considerada como negativa. El marco normativo laboral de carácter general reconocido por el artículo 35 de la Constitución ha permitido que el principio de igualdad formal o ante la ley reconocido por el artículo 14 del texto constitucional adquiera su máxima dimensión en el ámbito de las relaciones laborales y ello afecta decisivamente a las relaciones laborales agrarias. Y es que el Derecho del Trabajo históricamente ha otorgado un tratamiento dispar a los trabajadores agrícolas, resultando una protección jurídica de peor condición que la de los trabajadores de la industria y de los servicios. En consecuencia, la Constitución de 1978 ha permitido que hayan desaparecido las diferenciaciones jurídico-positivas que los trabajadores del campo habían sufrido durante largos años. Estas discriminaciones normativas se manifestaban fundamentalmente en materias de edad para el acceso al trabajo, precariedad en el empleo, protección institucional de los créditos salariales o participación de los trabajadores en los órganos de representación profesional.

Por último, cabe resaltar que la escasez de referencias directas a la relación laboral agraria no es por el hecho de que se trate de una exclusión de la misma por ser relación laboral ya que en la Constitución de 1978 también se puede apreciar esta ausencia de reconocimiento en el tratamiento que el texto constitucional realiza de la agricultura en general como actividad económica frente a lo que había acontecido, como hemos tenido ocasión de comprobar, en la Constitución republicana de 1931 y también en las Constituciones de nuestro entorno. Para algunos autores esta escasez de referencias directas a la agricultura obedece a una intencionalidad manifiesta por parte del legislador constituyente de no especificar instrumentos concretos de política sectorial agraria sobre los que no existía la posibilidad de consenso. Es decir, se trataba de evitar cualquier pronunciamiento ya fuera implícito o explícito que pudiera estar conectado con la idea de reforma agraria tal y como fue

[20] Vid.: MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: "Riesgos y contingencias en las explotaciones agrarias" en AA.VV., NAVARRO FERNÁNDEZ, J.A. (Dir y Cor.): La Explotación Agraria, tirant lo blanch, Valencia, 2008 y MONEREO PÉREZ, J.L. y GARCÍA VALVERDE, M.D.: "Las relaciones laborales en las explotaciones agrarias", en NAVARRO FERNÁNDEZ, J.A.: La Explotación Agraria, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

desarrollada por la Constitución Republicana y que pudiera perjudicar la aceptación de la constitución del 78 por una gran mayoría de los españoles o, por lo menos, evitar los posibles intentos de golpismo que en los albores de esta etapa constituyente pudieran ser provocados por la evocación colectiva que el recuerdo que la reforma agraria de la II República todavía causaba en la población[21].

Ello, no obstante, no significa que la constitución haya cerrado la posibilidad a un programa de transformación de las formas de tenencia de la tierra o de intervencionismo público en la agricultura con las inevitables consecuencias que ello supone para la relación laboral agraria[22]. En particular no se puede evitar en un trabajo de este tipo mencionar, aunque sea, el artículo 33 de la Constitución a la hora de reconocer el Derecho de propiedad dado el protagonismo que la propiedad y las formas de tenencia de la tierra tienen en la regulación jurídica de las actividades agrarias. Especialmente significativo de resaltar es el párrafo 2 cuando establece que "la función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes". De esta forma, la Constitución confiere al poder legislativo un cauce muy amplio para llevar a cabo transformaciones significativas de las estructuras agrarias, por cuanto que, con el artículo 33 de la Constitución es posible justificar cualquier modalidad limitativa del uso, disfrute o disposición de la tierra ya sea mediante la fijación de unidades mínimas de cultivo, indicación de cuotas de empleo, ordenes de producción, requisas de cultivo o contigenciación de producciones.

6. BIBLIOGRAFÍA

CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La regulación del trabajo agrícola en el proceso de emergencia, formación y desarrollo del Derecho Español del Trabajo», en Revista Española de Derecho del Trabajo, Civitas, núms. 53, y 54, 1992

—: "El contrato de trabajo en la agricultura y su relación con otros sistemas de explotación agraria". *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Nº 83, 2009.

[21] Vid. Martín Valverde, A.: "Sistema Económico y Agricultura en la Constitución Española", *Agricultura y sociedad*, Nº 21, 1981 , p.32.

[22] Así, el párrafo 1 del artículo 130 de la Constitución Española establece como uno de los objetivos de los poderes públicos en el ámbito económico "la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía. También en su párrafo 2 hay una referencia inequívoca a la agricultura cuando con la finalidad de equiparar el nivel de vida de todos los españoles se precisa que "con el mismo fin se dispensará un tratamiento especial a las zonas de montaña". Otro objetivo de política económica en la agricultura se establece también en el artículo en el artículo 45.2 de la Constitución Española cuando se establece que "todos los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales". También hay que reconocer la indudable conexión del artículo 40.1con la agricultura al establecer como principio orientador de los Poderes Públicos la consecución del Pleno Empleo.

MARTÍN VALVERDE, A.: "Sistema Económico y Agricultura en la Constitución Española", *Agricultura y sociedad*, Nº 21, 1981; «Mercado de trabajo agrícola y legislación social en el medio rural», *Temas Laborales*, núm. 2, 1981.

—: «Legislación laboral y relaciones de trabajo en la agricultura», en VV.AA.: *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, Córdoba, 1983.

—: *La Formación Histórica del Derecho Español del Trabajo,* Comares, Granada, 2003.

MARX-ENGELS: *Manifiesto del Partido Comunista*, Cenit, Madrid, 1935.

MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: "Riesgos y contingencias en las explotaciones agrarias" en AA.VV., NAVARRO FERNÁNDEZ, J.A. (Dir y Cor.): *La Explotación Agraria*, tirant lo blanch, Valencia, 2008.

MONEREO PÉREZ, J.L. y GARCÍA VALVERDE, M.D.: "Las relaciones laborales en las explotaciones agrarias", en NAVARRO FERNÁNDEZ, J.A.: *La Explotación Agraria,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

SAGARDOY BENGOECHEA, J.A.: «La contratación colectiva en la agricultura», en VV.AA.: *La problemática laboral en la agricultura*, dir. por G. Bayón Chacón y J.A. Sagardoy Bengoechea, Ed. C.E.U., Madrid, 1974.

VIDA SORIA, J.: "Consideraciones en torno al régimen jurídico del trabajo por tiempo determinado en la agricultura", Separata del Libro *La problemática laboral de la agricultura*, Colegio Universitario de San Pablo (C.E.U.), Salamanca, 1974.

—: "Génesis de las normas laborales en la Constitución Española de 1978", en AA.VV.: Estudios de Derecho del trabajo en memoria del prof. Bayón Chacón, Ed. Tecnos, Madrid, 1980.

EL DERECHO A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE CONFLICTO COLECTIVO: ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE CONTENIDO Y LÍMITES

Mª Isabel Granados Romera
Profesora contratada-doctora
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: LA GÉNESIS DEL ARTÍCULO 37.2 DE LA CONSTITUCIÓN
2. LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 37.2 DE LA CONSTITUCIÓN: UNA PERSPECTIVA POLÍTICO-JURÍDICA
3. LA SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS COLECTIVOS SOBRE DERECHOS: ¿CONTENIDO DEL DERECHO A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE CONFLICTO?
   - 3.1. La creación de sistemas autónomos de solución de conflictos colectivos: contenido esencial del derecho de negociación colectiva y del derecho de libertad sindical
   - 3.2. Los procedimientos autónomos de solución de conflictos colectivos y la indemnidad del derecho a la tutela judicial efectiva
     - *3.2.1. Las especialidades de la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva en el Ordenamiento Jurídico Laboral*
     - *3.2.2. El derecho a la tutela judicial efectiva: límite implícito del derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo*
4. VIABILIDAD CONSTITUCIONAL DE LA SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS SOBRE DERECHOS
   - 4.1. Facultades de actuación de la autonomía colectiva en los conflictos sobre normas estatales
   - 4.2. La solución autónoma de los conflictos colectivos sobre normas convencionales.

1. INTRODUCCIÓN: LA GÉNESIS DEL ARTÍCULO 37.2 DE LA CONSTITUCIÓN

La delimitación del contenido esencial del art. 37.2 de la Constitución de 1978 (CE, en adelante), no ha sido una cuestión pacífica, el estudio de la génesis del precepto a través de los debates parlamentarios evidencian que el alcance del «Consenso» por parte de los grupos políticos con mayor representación en las Cortes Constituyentes[1], sólo fue posible a través de una redacción ambigua y técnicamente deficiente, lo que sin duda ha dificultado de modo considerable la labor interpretativa del jurista.

Desde un primer momento, ya en el proceso de elaboración del precepto, se detectan dos corrientes básicas[2] –si bien con sus variaciones-, en relación a cual debía ser la institución que quedaría constitucionalizada. Así, los grupos parlamentarios pertenecientes a la derecha, pretendían que con el derecho a la adopción de medidas de conflicto se reconociera a los empresarios capacidad de acción ante el conflicto colectivo[3]-es cierto que UCD mantuvo una postura un tanto ambigua[4], pero finalmente en la discusión y votación en el Pleno del Senado, dicho Grupo Parlamentario consideró que el cierre quedaba incluido en la expresión "medi-

---

[1] En este sentido Vida Soria, J. "Génesis de las normas laborales en la Constitución Española de 1978", en VV. AA., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, Tecnos, 1980, p. 248.

[2] Sobre la génesis del art. 37.2 véase in extenso Granados Romera, Mª Isabel, *La solución de conflictos colectivos laborales: especial referencia a los sistemas autónomos*, Valencia, Tirant lo blanch, 2009, pp. 172-181.

[3] El Grupo Parlamentario de Alianza Popular, defendía que se eliminase del precepto el derecho de los trabajadores a la adopción de medidas de conflicto, de modo que únicamente se reconociera a los empresarios, ya que había de entenderse como manifestación concreta de la libertad de empresa y del derecho de propiedad que ostenta el empresario sobre su empresa: "El derecho del empresario a adoptar medidas de conflicto colectivo […]. Es el derecho responsable frente a situaciones de anomalías internas que ponen en peligro el ejercicio de la actividad empresarial". *Vid.* Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión plenaria núm. 36, 11 de julio de 1978, p. 4107.

[4] A través de la enmienda núm. 730 presentada por el Diputado Sancho Rof, la UCD intentaba introducir el cierre patronal como derecho constitucional, así el texto que proponía la enmienda para el art. 32.2 (la numeración fue cambiando a lo largo de la elaboración del proyecto), era: "Se reconoce el derecho de los empresarios a establecer las condiciones de empleo con criterios de productividad y a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluido el cierre patronal. La Ley regulará el ejercicio de este derecho, al que podrá imponer limitaciones expresas para evitar atente al mantenimiento de los servicios públicos esenciales de la comunidad y garantizar los abastecimientos de productos básicos".

Sin embargo, en el debate en el Pleno del Congreso el Sr. Gari Mir (representante de UCD, intervino en contra de la enmienda presentada por Alianza Popular y defendióla buena sistemática entre el número primero del art. 33 que regulaba el derecho de negociación colectiva, y el número dos, que regulaba el derecho a la adopción de medidas de conflicto por parte de trabajadores y empresarios. Consideraba que existía una total coherencia entre ambos preceptos, ya que en una primera parte el conflicto laboral se resuelve mediante la colaboración, el entendimiento, el acuerdo entre trabajadores y empresarios, y cuando es imposible el acuerdo se utilizan otros mecanismos que son los previstos en el art. 33.2, y que según el Grupo de Unión de Centro Democrático son los previstos en el art. 6.3 de la Carta Social Europea, es decir, procedimientos de conciliación y arbitraje. A su juicio el verdadero sentido del apartado segundo del art. 33 es propugnar y asumir el pacto continuado como generador del equilibrio social. (*Vid.* Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión plenaria núm. 36, 11 de julio de 1978, p. 4110).

das de conflicto colectivo", ya que con la misma se aludía al conjunto de medios directos de conflicto colectivo que son la negociación sindical, pero también por supuesto, la huelga y el cierre patronal.

Por su parte el grupo socialista aunque propuso la supresión del precepto a través de una enmienda, ya que la ambigüedad del mismo producía confusión, en ningún caso consideraron que los medios de presión y concretamente el cierre patronal quedaban regulados en el mismo, en todo momento se estimó que el precepto constitucionalizaba la autotutela colectiva, es decir, el conjunto de medidas de carácter autónomo que pueden adoptar los interlocutores sociales para resolver los conflictos de intereses: conciliación, mediación y arbitraje.

Ciertamente, el artículo se acaba aprobando, pero las razones que conducen a cada grupo parlamentario a la toma de tal decisión son contrarias, por ello, es evidente, que la intención reguladora del Legislador Constitucional, pese a ser un criterio imprescindible en el proceso de interpretación[5], en este caso[6], no será especialmente fecundo[7].

2. LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 37.2 DE LA CONSTITUCIÓN: UNA PERSPECTIVA POLÍTICO-JURÍDICA

Aunque la interpretación auténtica del Texto Constitucional fuese especialmente clarificadora, en ningún caso puede ser éste el único elemento determinante del sentido de la norma, y ello por dos razones básicas, en primer lugar porqué como indica LARENZ[8], la finalidad de la interpretación es averiguar lo jurídicamente decisivo hoy, que no se identifica únicamente con la voluntad del Legislador[9]. El Derecho se crea con una proyección temporal y una vocación de permanencia que implica su impregnación de las normas posteriores con las que coexiste, y además la influencia de una realidad muy distinta en la que va a ser aplicado. Y en segundo lugar, porque una interpretación técnicamente

---

[5] *Vid.* Larenz, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho.* Trad. Esp. M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994, p. 325.

[6] "[…] pese a su importancia decisiva, «la voluntad del legislador», en ocasiones es difícil de conocer y tiende a diluirse", en el caso de nuestra Constitución debido principalmente al "Consenso". (En este sentido *vid.* Alzaga Villaamil, O., "Prefacio", en VV. AA., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, (tomo I), dir. por O. Alzaga Villaamil, Madrid, EDERSA, 1996, p. 29).

[7] En este sentido Vida Soria, J., "Génesis de las normas laborales en la Constitución Española de 1978", *Op. Cit.*, p. 248.

[8] *Vid. Metodología de la Ciencia*…, *Op. Cit.*, p. 315.

[9] En este sentido, entre otros, ENGISCH, K., *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. esp. E. Garzón Valdés, Granada, Comares, 2001, pp. 106-107, y Rodríguez Paniagua, J. M., *Métodos para el conocimiento del Derecho*, *Op. Cit.*, p. 26.

El prof. Vida Soria refiriéndose a la interpretación histórica de las normas constitucionales indica: "el conocimiento del proceso de gestación de las normas laborales de carácter constitucional, va a servir más al político, al sociólogo que a cualquier técnico en derecho para su trabajo […](*vid.* "Génesis de las normas laborales…", *Op. Cit.*, p. 261).

rigurosa requiere la utilización simultánea[10] de los distintos métodos que la Dogmática ofrece: literal, filológico o gramatical, el lógico-sistemático, el histórico y el teleológico.

El criterio gramatical permite delimitar el significado de la expresión "medidas de conflicto colectivo"; para la realización de dicha labor es criterio indispensable la doctrina de BAYÓN CHACÓN sobre la materia[11]. Según el autor, la huelga y el cierre patronal son actos (no los únicos) de exteriorización y perfección del conflicto colectivo[12], es decir, medios a través de los cuales, de forma inequívoca, una parte hace saber a la otra que no desiste de su pretensión sino todo lo contrario, que quiere hacerla valer y si es preciso imponerla. Tales actos manifiestan de forma definitiva la existencia de una controversia. En cambio las medidas de conflicto son el conjunto de técnicas dirigidas a solucionarlo, a ponerle fin[13].

Se ha de tener presente que la tesis de BAYÓN fue aceptada de forma generalizada por la doctrina, y sólo a partir de la ambigua redacción del artículo 37.2 parece haberse olvidado[14]. Nuestra tradición normativa se encuentra en sintonía con esta tesis, pues las regulaciones que durante el franquismo y en la transición se realizaron del conflicto colectivo, están dirigidas a establecer sistemas de solución, y la huelga –medida de presión por excelencia-, con independencia de que durante largo tiempo fue tipificada como delito, era regulada como un fenómeno distinto, muy relacionado pero distinto, hasta tal punto que se hablaba de conflicto colectivo como un fenómeno, si bien indeseable o anormal[15], inevitable y por tanto de necesaria regulación al objeto de conseguir una rápida solución, y en cambio la huelga era considerada delito o cuando menos ilícita[16].

---

[10] En este sentido Villar Palasí, J. L., *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Madrid, Tecnos, 1975, p. 15. También Larenz, K., *Metodología y ciencia*..., *Op. Cit.*, p. 316. Y, entre otros, Alzaga Villaamil, O., "Prefacio"..., *Op. Cit.*, p. 28.

[11] *Vid.* Bayón Chacón, G., "Aspectos jurídico-formales de la génesis de los conflictos de trabajo", *Revista de Derecho Privado*, 1959, pp. 823-835. Y "Actos de perfección de los conflictos de trabajo", *Revista de Derecho Privado*, 1960, pp.187-198. Las tesis de estos trabajos fueron desarrolladas y completadas por: "Los conflictos colectivos de trabajo. Introducción", y "La vida de la relación jurídica del conflicto de trabajo", en VV. AA., *Quince lecciones sobre conflictos colectivos de trabajo*, Madrid, Universidad de Madrid, 1968, pp. 9-20 y pp. 21-31, respectivamente.

[12] *Vid.* Bayón Chacón, G., "Actos de perfección de los conflictos...", *Op. Cit.*, p. 190.

[13] Denominado por BAYÓN, actos de conflicto: "entre el acto de perfeccionamiento de la situación de conflicto y el acto extintivo de la misma, existirán una serie de «actos de conflicto» de valor jurídico procesal y de finalidad resolutoria del conflicto". Bayón Chacón, G., "La vida de la relación...", *Op. Cit.*, p. 21.

[14] En este sentido Vida Soria, J., "Artículo 37.2", en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Políticas*, Tomo III, Dir. O. Alzaga Villaamil, Madrid, EDERSA, 1983, p. 632-633.

[15] Ciertamente durante el franquismo el conflicto colectivo no fue aceptado por el Ordenamiento Jurídico, pero si que hubo normas que lo regularon, pues ante su inevitable existencia, se pretendía impedir cualquiera de sus perniciosos efectos.

[16] La consulta de las normas que regularon los conflictos colectivos en épocas precedentes corrobora la anterior afirmación. Así el Decreto 2354/1962, de 20 de septiembre, sobre procedimientos de formalización, conciliación y arbitraje en las relaciones colectivas de trabajo se limitaba a establecer procedimientos de solución de conflictos colectivos. La huelga que se consideraba ilegal estaba regulada por otros textos normativos, lo mismo ocurría con el Decreto de 22 de mayo de 1970. Sin embargo, el Decreto-Ley 5/1975, de 22 de mayo, sobre regulación de los conflictos de trabajoy especialmente el Decreto-Ley 17/1977, de 4 de

La tesis de BAYÓN CHACÓN impide la identificación del cierre patronal con la medida de conflicto, al menos desde un punto de vista dogmático[17], pues la finalidad de aquél es presionar a la otra parte[18]. Es cierto que la presión puede favorecer la negociación *inter* partes, y el encuentro de una solución, pero ésta será un efecto indirecto de aquélla, el uso exclusivo de los medios de presión no proporciona la solución del conflicto.

No obstante, la defensa de una concepción amplia de la noción de medida de conflicto permitiría la inclusión en el mismo del cierre o la huelga, en tanto en cuanto, son instrumentos que pueden ayudar a solucionar el conflicto, pero en tal caso también (y no habría razón para considerarlo de otra forma), todas las medidas de presión cognoscibles y por conocer, siempre que fueran constitucionales, no sólo el cierre patronal[19].

Ahora bien, incluso adoptando esa postura no podrían excluirse de tal concepto aquellos medios que directamente pretenden la solución del conflicto. A tenor de lo cual, es posible afirmar, que el art. 37.2 CE constitucionaliza, no sólo el derecho de los trabajadores y empresarios a plantear conflictos, sino también a establecer procedimientos de solución.

Ciertamente la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 11/1981, de 8 de abril[20], no contribuyó a clarificar el sentido del art. 37.2. En dicha sentencia el Tribunal manifestó que el «lock-out» está incluido en el art. 37.2 como una medida de conflicto.No obstante, en su argumentación, el Constitucional incurre en ciertas contradicciones, pues tras afirmar que el cierre patronal es una medida de conflicto reconocida en la Constitución con carácter de derecho, inmediatamente establece que en ningún caso el «lock-out» podrá vaciar de contenido el derecho constitucional de huelga, considerando que no es inconstitucional el cierre patronal "como poder de policía para asegurar la integridad de las personas y bienes, siempre que exista una decidida voluntad de apertura del establecimiento una vez desaparecido el riesgo". Es más, llega a la conclusión de que la potestad de cierre reconocida en el art. 12 del DL 17/1977, "no es inconstitucional si se entiende como ejercicio de un poder de policía del empresario dirigido exclusivamente a preservar la integridad de las personas, los bienes y las instalaciones y limitado al tiempo necesario para remover tales causas y para asegurar la reanudación de la actividad".

---

marzo sobre relaciones de trabajo, sí que prestaban atención a la huelga entre sus preceptos, pero la regulaban de forma claramente separada.

[17] Así también lo expresan Vida Soria, J., y Gallego Morales, A. J., "Art. 37.2 Conflictos colectivos", en VV.AA., *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Tomo I), *Op. Cit.*, p. 707. Quienes indican que considerar que en el art. 37.2 se encuentra constitucionalizado el cierre es querer ir más allá de la letra del precepto.

[18] En contra, entre otros, Ojeda, Palomeque López, M.C., *Derecho Sindical Español*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 1996, p. 260.

[19] En este sentido Vida Soria, J., y Gallego Morales, A. J., "Articulo 37.2 Conflictos colectivos", *Op. Cit.*, p. 705, considerando tal interpretación a todas luces incorrecta.

[20] *Vid.* Fundamento jurídico 22º.

Es decir, el Tribunal Constitucional considera que el cierre patronal es un derecho, pero simultáneamente reduce de modo considerable su contenido para limitar sus posibilidades lícitas de ejercicio a los supuestos de autoprotección. Desde este punto de vista el cierre no es una medida de presión, ya que carece de los rasgos que lo caracterizan[21]. Es cierto que el cierre patronal, incluso aunque se adopte como medida de policía, tiene ciertas consecuencias negativas sobre los trabajadores, pero ello no lo convierte en medida de presión, ya que se trata de efectos colaterales de la función primordial que consiste en la defensa de los bienes y las personas, y no en imponer su posición en el conflicto frente a los trabajadores; tampoco pretende afirmar su autoridad ya que consiste en un sistema de protección[22].

No cabe duda que una argumentación de este tipo queda en buena medida desvirtuada cuando en la Sentencia 217/1991, de 14 de noviembre, el propio Tribunal Constitucional considera que el derecho a la adopción de medidas de conflicto reconocido en el art. 37.2 no sólo implica el derecho a plantear el conflicto sino también a "crear medios propios y autónomos para solventarlo"[23].

De todos modos, y como ya se ha anunciado, la labor interpretativa quedaría inconclusa si no se tienen en cuenta otros criterios, así es preceptivo atender el cuerpo legal en el que el precepto jurídico está integrado, debiendo poner en conexión el art. 37.2 CE con otros preceptos constitucionales que contemplan derechos laborales o que se ocupan de la realidad socio-laboral. La aplicación del criterio lógico-sistemático hace imposible pensar que el cierre se encuentra constitucionalizado, sencillamente porque en un Estado en el que la huelga es un derecho fundamental, pilar integrante de la estructura de su Ordenamiento, principal "*instrumento de lucha*" de la clase trabajadora, que viene a acabar con el tradicional desequilibrio entre obreros y patronos, el reconocimiento del cierre patronal como otro derecho constitucional anularía el contenido del art. 28.2 CE[24], provocando el retorno a la habitual situación de superioridad del empresario, y consiguientemente, la vulneración de nuestra Carta Magna.

---

[21] Así lo consideran entre otros: Cruz Villalón, J.*vid*. "El ejercicio del derecho del cierre patronal", *La Ley*, 1986-II, pp. 628-629. También Ruiz Castillo, M. *El cierre patronal*, Madrid, MTSS, 1990, p. 174.

[22] *Vid.* Matia Prim, J., Sala Franco, T., Valdés Dal-Re, F. y Vida Soria, J., *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Madrid, Civitas, 1982, p. 167: "En estos casos, probablemente no quepa hablar de cierre en sentido propio, pues faltan aquí los elementos teleológicos caracterizadores del mismo. La decisión empresarial de clausurar el centro de trabajo ni tiende a afirmar su autoridad sobre la actividad productiva ni pretende apoyar sus intereses en el marco de una controversia colectiva".

Opinión contraria es la manifestada por Sanguinetti Raymond, W. en "El cierre patronal: ¿paro técnico o medida de conflicto?", *Revista de Derecho Social*, núm. 16, 2001, pp. 27 y ss. Sobre el tema véase del mismo autor *Los empresarios y el conflicto laboral*, Valencia, Tirant lo blanch, 2006.

[23] *Vid.* Fundamento Jurídico 5º.

[24] En este sentido v*id.* Vida Soria, J., y Gallego Morales, A. J., "Artículo 37.2. Conflictos colectivos", *Op. Cit.*, p. 706. También. Ojeda Avilés, A., *Derecho sindical*..., *Op. Cit.*, p. 547; y García Ninet, I., "El cierre patronal y el artículo 37.2 de la Constitución Española de 1978", *Revista de Derecho Público*, núm. 82, 1981, p. 75. En contra García Fernández, M., *El cierre patronal*, Barcelona, Ariel, 1990, pp. 64-69.

Además, la consideración de que en el art. 37.2 CE se regula el cierre patronal supondría un ataque directo al Estado social[25]. La Constitución de 1978 pretende la consolidación en nuestro país de los derechos sociales como derechos del ciudadano; se consagra la noción de ciudadanía plena (política, civil y social), de modo que el Estado al adquirir la denominación de social se obliga y compromete a hacer real y efectivo el disfrute de los derechos fundamentales de esa índole[26]. Compromiso que se adquiere además de con la expresa consideración de tales derechos, también con preceptos como el art. 1.1[27], el 9.2 que proclama la igualdad sustancial de los individuos y de los grupos[28], los principios rectores de la política social y económica, y en general todos aquellos preceptos dirigidos al diseño del sistema económico[29].

Precisamente la igualdad material de individuos y grupos, junto con la extensión del bienestar[30] son los objetivos últimos del Estado social[31], el reconocimiento del cierre patronal impide el alcance de esta meta[32], pues no cabe duda que el desequilibrio que generaría impediría hablar de igualdad real entre grupos, y consecuentemente entre individuos. Y también trunca la posibilidad de la

---

[25] Por supuesto el término se ha de entender en el sentido actual o moderno, es decir como sinónimo de un modelo concreto de Estado del Bienestar, pues éste, el Estado del Bienestar es la evolución o continuidad del antiguo Estado social. *Vid.* Ritter, G.A., *El estado social, su origen y desarrollo en un comparación internacional*, trad. esp. J. Abellán, Madrid, MTSS, 1991, pp. 39 y 41, passim. Sobre qué se entiende por Estado del Bienestar y sus modalidades *vid*. Monereo Pérez, J.L., "La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de «desmercantilización»", *RTSS*, núm. 19, 1995, pp. 18 y 19.

[26] Herman Heller en su obra "Las ideas socialistas" indica que una de las exigencias que plantea el principio de democracia social es el "reconocimiento y protección legal de los medios de lucha con que cuenta el obrero frente al empresario", estos medios de lucha son necesarios en cuanto que el trabajador solo no puede enfrentarse al patrono, que es económicamente mucho más fuerte que él. Cit. por Carmona Cuenca, E., *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, Madrid, CES, 2000, p. 140.

[27] Según el prof. García-Pelayo este precepto tiene el carácter de norma fundamental "que expresa una declaración de contenido sobre el carácter y finalidad del Estado", de tal modo que su reforma sería equiparable a la revisión total de la Constitución. (*Vid.* Cascajo Castro, J.L., "La configuración del Estado social en la Constitución Española", en VV. AA., *Estudios sobre el Estado social*, coord. por Cámara Villar, G. y Cano Bueso, J., Madrid, Tecnos, 1993, p. 41). En parecidos términos Basile, S., "Los «valores superiores», los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas", en VV. AA., *La Constitución Española de 1978*, 2ª ed. (reimp.), dir. por. A. Predieri, y E. Garcia de Enterría, Madrid, Tecnos, 1988, p. 266.

[28] *Vid.* STC 123/1992 de 28 de septiembre (BOE de 29 de octubre), fº.jº. 5º. También Parejo Alfonso, L., "Estado social y Estado de Bienestar a la luz del orden constitucional", en VV. AA., *Las estructuras del Bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*, Dir. por S. Muñoz Machado, J.L. García Delgado, L. González Seara, Madrid, Escuela Libre Editorial-Civitas, 2002, p. 806.

[29] El Estado social supone la intervención en la economía capitalista tradicional para corregir los desequilibrios más graves que aquella implica, con el objeto de realizar una cierta distribución de la riqueza, inspirada por el principio de justicia social. En palabras del prof. Monereo al enunciar los rasgos constitutivos del Estado del Bienestar (*Vid.* Monereo Pérez, J. L., "La política social en el Estado del Bienestar...", *Op. Cit.*, p. 11).

[30] Idea que manifestó Lorenz von Stein precursor del Estado social. *Cit.*, por Ritter, G. A., *El estado social, su origen...*, *Op. Cit.*, p. 27.

[31] *Vid.* Cascajo Castro, J.L., "La configuración del Estado social en la Constitución Española". *Op. Cit.*, p. 41.

[32] "Los derechos sociales se han creado y desarrollado para frenar la actuación libre de las fuerzas del mercado y presionar para alcanzar la igualdad sustancial de los individuos". Monereo Pérez, J.L., "La política social...", *Op. Cit.*, p. 22.

participación de la clase trabajadora en la gestión del conflicto, la concertación y el diálogo entre fuerzas sociales, todos rasgos constitutivos del Estado social[33].

Si la finalidad perseguida por nuestra Constitución es la configuración de nuestro país como Estado Social, ello impide la identificación de las medidas de conflicto con las medidas de presión, excluyendo en todo caso la consideración de que el art. 37.2 constitucionaliza el cierre.

Para el jurista es imprescindible tener muy presente que la calificación de Estado social ha de inspirar (por supuesto la creación[34]), interpretación y aplicación de todo el Ordenamiento Jurídico[35], y más aún la del propio Texto Constitucional[36], criterio éste que permite alcanzar la conclusión de que la consideración del cierre patronal como derecho implicaría un auténtico ataque a la médula de nuestro sistema jurídico.

Excluido el cierre patronal como contenido del art. 37.2 CE es evidente que el precepto reconoce el derecho de autotutela colectiva, es decir, la posibilidad de que trabajadores y empresarios resuelvan sus propios conflictos (de carácter colectivo) a través de medios autónomos.

Lo cierto es que la ausencia de Ley que desarrolle el contenido del art. 37.2 CE no facilita el proceso interpretativo, no obstante es irrefutable que durante los últimos quince años los sistemas de solución extrajudicial, de carácter autónomo, han experimentado un profundo desarrollo, tarea ésta para la que ha sido un factor determinante la labor de los interlocutores sociales, si bien ha estado incentivada por el Legislador. Este extraordinario desarrollo de los sistemas de solución de conflictos a través de la negociación colectiva reafirma el sentido interpretativo ya indicado. No obstante, es conveniente apuntar, que los procedimientos creados no prevén solamente la solución de conflictos colectivos de intereses sino también de conflictos colectivos sobre derechos. A mi juicio una regulación en tal sentido obliga a plantearse su acomodo al texto constitucional, y constatar si realmente se trata de desarrollo del derecho a la adopción de medidas de conflicto o si en cambio los interlocutores sociales y/o el Legislador se han extralimitado, especialmente cuando la interpretación normativa con carácter vinculante es competencia exclusiva del Poder Judicial (artículos 117.3 y 24 CE).

---

[33] La autorregulación de las fuerzas sociales constituye un aspecto esencial del Estado social, en este sentido Ritter, G. A., *El estado social...*, *Op. Cit.*, p. 26 y 33, *passim.*

[34] *Vid.* Garrorena Morales, A., *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 103 y 104.

[35] *Vid.Idem.* p. 101.

[36] "Toda norma constitucional sometida a interpretación lo ha de ser en el contexto de la unidad, de la totalidad, de la Constitución". En este sentido ALZAGA VILLAAMIL, O., "Prefacio", en VV. AA. Comentarios..., *Op. Cit.*, p. 28.

3. LA SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS COLECTIVOS SOBRE DERECHOS: ¿CONTENIDO DEL DERECHO A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE CONFLICTO?

3.1. La creación de sistemas autónomos de solución de conflictos colectivos: contenido esencial del derecho de negociación colectiva y del derecho de libertad sindical

El derecho a la negociación colectiva atribuye a los representantes de los trabajadores y empresarios capacidad normativa creadora para la ordenación de las relaciones de trabajo, es decir, a través del convenio colectivo se regulan las relaciones de trabajadores y empresarios connaturalmente conflictuales de modo que el convenio colectivo no es otra cosa que la expresión formal del acuerdo que resuelve un conflicto de intereses en el que están implicados trabajadores y empresarios; el convenio compone o recompone el orden jurídico para satisfacer las pretensiones de las partes y acabar con la/s controversia/s, es decir el convenio colectivo es el primero y fundamental sistema de solución de conflictos de intereses.

El Texto Constitucional se limita a utilizar el calificativo «laboral» para indicar el contenido de la negociación colectiva, de lo cual se deduce que no existe límite alguno en relación al contenido que deba tener el convenio, es decir, que no es posible cercenar ningún ámbito de las relaciones laborales. La normativa internacional a tener en cuenta como criterio interpretativo de los derechos fundamentales, ex art. 10.2, corrobora esta idea, así el Convenio 154 OIT de 19 de junio de 1981, sobre fomento de la negociación colectiva, ratificado por España el 26 de julio de 1985, en su art. 2 establece, que objeto de negociación a través de convenio colectivo no sólo serán las condiciones de trabajo y empleo, sino también la regulación de "*las relaciones entre empleadores y trabajadores*".

Consecuentemente, dada la amplitud del ámbito objetivo del derecho de negociación colectiva, es evidente que a través del convenio colectivo se pueden establecer procedimientos de solución de controversias laborales. Por ello para la resolución de aquellos conflictos que no queden resueltos en el propio convenio o que surjan en el mismo ámbito con posterioridad, se utilizarán tales procedimientos, de modo que la creación de procedimientos de solución de conflictos a través del convenio colectivo y su resolución a través de la Autonomía Colectiva es una manifestación más del derecho a la negociación colectiva[37].

En suma, el reconocimiento de la autonomía colectiva en los términos precedentes, permite afirmar que el art. 37.2 CE al regular el derecho de trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo reconoce la competencia de tales sujetos para resolver conflictos colectivos de intereses, es decir, para establecer sus propios sistemas de solución con base autónoma. Una conclusión en otro

---

[37] *Vid.* STC 217/1991, fº.jº. 6º.

En este sentido también véase Rios Salmerón, B., "Soluciones pactadas de conflictos de trabajo", *RMTAS*, núm. 3, 1997, p. 297.

sentido rompería el principio de coherencia propio del Ordenamiento Jurídico[38]. Ahora bien, la argumentación precedente implica que el contenido del art. 37.2 CE ya está contemplado por el número uno del citado precepto, de ahí que durante su redacción varios Grupos parlamentarios propusieran enmiendas de supresión por innecesario.

En esta línea conviene igualmente indicar, que la interpretación promocional del derecho de libertad sindical, realizada por el Tribunal Constitucional, ha permitido incluir como parte del contenido esencial del citado derecho, la negociación colectiva, el ejercicio del derecho de huelga o el planteamiento de conflictos colectivos, y ello en virtud de la interpretación en conexión con los arts. 7, 28.2 y 37 de la Constitución. Es cierto que ello no estaba en la mente del constituyente[39], pero sí se trata de una doctrina deducible de la Constitución, en tanto en cuanto los derechos colectivos laborales constitucionalizados no pueden interpretarse de un modo aislado, hacerlo implicaría un recorte de su contenido. Además se ha de tener muy presente la estrecha conexión entre el art. 28.1 y el 7 de la Constitución, pues si el art. 7 CE determina la función de los sindicatos, tal precepto es pieza imprescindible en el análisis del fenómeno sindical.

Fueron las Sentencias 70/1982, de 29 de noviembre[40], y 37/1983, de 11 de mayo[41], las pioneras de esta doctrina, si bien son muy numerosas las posteriores que vienen a reafirmarla y consolidarla[42], aunque el Legislador acabaría reflejando tal doctrina en el texto de la propia Ley Orgánica de Libertad Sindical (art. 2.2. d).

No obstante, averiguar si el establecimiento de sistemas de solución de conflictos colectivos sobre derechos es manifestación del art 37.2 requiere de una labor hermenéutica de mayor envergadura, ampliando el ámbito de aplicación del criterio lógico-sistemático para incluir un derecho constitucional que no tiene contenido social: el derecho a la tutela judicial efectiva.

3.2. Los procedimientos autónomos de solución de conflictos colectivos y la indemnidad del derecho a la tutela judicial efectiva

La inclusión generalizada en los sistemas de solución de conflictos laborales diseñados por la negociación colectiva, de los conflictos sobre derechos, requiere plantearse si la interpretación del art 37.2 CE, realizada hasta el momento es errónea, o en su caso, de ser acertada, la configuración de los sistemas de solución autónomos genera algún problema de constitucionalidad.

---

[38] *Vid.* Bobbio, N., *Teoría General del Derecho*, *Op. Cit.*, p. 196 y ss.

[39] En este sentido Vida Soria, J., y Gallego Morales, A. J., "Derechos sindicales y de huelga", en VV.AA., *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Tomo III), *Op. Cit.*, pp. 287 y 300. El Prof. Ojeda Avilés, en su obra "Delimitación contenido y restricciones de la libertad sindical (artículos 1º, 2º y 3º LOLS)" en VV.AA., *Comentarios a la Ley Orgánica de Libertad Sindical*, coord. M. Rodríguez Piñero, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 31 y 32, manifiesta su desacuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional.

[40] BOE de 29 de noviembre.

[41] BOE de 20 de mayo.

[42] En este sentido véase in extenso Granados Romera, Mª Isabel, "El proceso de conflicto colectivo en la jurisprudencia constitucional, p. 39.

El punto de partida, para la realización de tal análisis, ha de ser necesariamente el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho fundamental regulado en el art. 24 CE, en virtud del cuál, todo sujeto ante la presunta lesión de cualquier derecho de cuya titularidad goza, tiene siempre la posibilidad de emprender una acción jurisdiccional que declare la existencia o no de la lesión y en su caso la reparación oportuna, dirigiéndose para ello a un órgano judicial estatal, dado el monopolio del Estado respecto a la función jurisdiccional[43] en virtud del art. 117.3 CE.

3.2.1. Las especialidades de la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva en el Ordenamiento Jurídico Laboral

La utilización de un sistema autónomo de solución de conflictos en ningún caso puede impedir el ejercicio de la tutela judicial. Sin embargo, como ya he puesto de manifiesto en alguna ocasión[44], la utilización de procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje para la solución de conflictos sobre derechos, por parte de sujetos que tienen capacidad para celebrar convenios de eficacia general o erga omnes, impide que los sujetos individualmente considerados afectados por el conflicto y a los que se les aplica el acuerdo de mediación o conciliación, puedan plantear nuevamente la controversia vía judicial, ya que la impugnación posterior del laudo no permite el conocimiento sobre el fondo del asunto.

Y es que en el ámbito laboral, existe la peculiaridad que sobre un mismo tema litigioso pueden iniciarse acciones individuales y colectivas, lo cual implica que de un modo simultáneo sindicatos y trabajadores singulares son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva, de modo que ciertamente, los sujetos colectivos podrán desistir del ejercicio del derecho a la tutela judicial para someterse a un procedimiento de solución distinto, pero en ningún caso tal desistimiento ha de afectar a cada uno de los trabajadores singulares representados por aquellos y en ellos integrados, pues el derecho a la tutela judicial es un derecho subjetivo de carácter personal, intransmisible e indisponible, cuyo ejercicio únicamente corresponde a cada titular. Y aunque, nadie duda, que los sujetos colectivos son titulares del derecho a la tutela judicial, también lo son los individuales integrados en aquellos. Por tanto, los sujetos colectivos pueden disponer del derecho a la tutela judicial pero únicamente en relación a aquél interés sobre el que ostentan la titularidad exclusiva, es decir, cuando se trate de un conflicto esencialmente colectivo, donde no converjan otros intereses individuales, sólo en tal supuesto la utilización de un procedimiento de solución autónomo no supondría afectación del derecho a la tutela judicial efectiva.

---

[43] Monereo Pérez, J.L., "Derecho de negociación y acción colectiva", en VV.AA., *La Europa de los derechos*, Dir. Por Monereo Pérez y Monereo Atienza, Granada, Comares, 2012, p. 657.

[44] En este sentido Granados Romera, Mª Isabel "La negociación colectiva como instrumento de solución de conflictos colectivos sobre derechos: una revisión crítica" en VV.AA., *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva,* Coord. Por S. Soto de Rioja, Temas Laborales (Monografías), CARL, Sevilla, 2009, pp. 208 y ss; *y* también mi trabajo "La desjudicialización de las relaciones laborales. ¿una nueva dimensión del derecho a la tutela judicial efectiva?", R.L., núms. 21-22, 2012, pp. 71 y ss.

3.2.2. El derecho a la tutela judicial efectiva: límite implícito del derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo

El problema esencial es que la detección de un conflicto colectivo puro, donde no se aprecien "entretejidos" otros intereses individuales, es una labor que hasta ahora ni la doctrina científica ni la jurisprudencial han conseguido realizar con éxito, muestra de ello son los numerosos procesos sobre inadecuación de procedimiento que se inician en el Supremo[45]. La jurisprudencia se ha limitado a dar indicios para detectar la presencia de un conflicto colectivo, pero se trata de un terreno «pantanoso», donde es imposible moverse con seguridad.

La institución del conflicto colectivo jurídico, en la realidad práctica, es difícilmente aislable de una serie de intereses individuales que en aquella subyacen de múltiples formas. Es más, un mismo conflicto puede ser calificado como colectivo o individual atendiendo a la forma de ejercicio de la pretensión[46], situación aún más probable cuando lo solicitado es la aplicación de una norma. Por tanto, sobre un único conflicto se pueden iniciar procesos individuales o plurales y colectivos, todo depende del grado de determinación de la pretensión[47].

El hecho de que el conflicto colectivo no sea una institución que se pueda separar con absoluta nitidez del conflicto individual, supone la intersección del derecho a la tutela judicial de los sujetos colectivos e individuales, y consecuentemente la imposibilidad de negar el acceso a la vía judicial a ningún sujeto inmerso en un conflicto colectivo, ni siquiera porque en el ámbito colectivo se opte por una solución no judicial[48].

---

[45] *Vid.* SsTS 6-3-2002, sala 4ª; de 4-7-2002, sala 4ª; de 11-6-2001, sala 4ª; de 24-7-2002, sala 4ª; de 25-9-2002, sala 4ª; de 12-5-2003, sala 4ª; de 12-6-2003, sala 4ª; de 25-1-2007,sala 4ªSTS de 10-10-2007, sala 4ª, además de todas las citadas en las notas inmediatamente posteriores.

[46] Lo que ya fue indicado por el TS en su sentencia de 18-6-1992, sala 4ª: "*la diferenciación entre la pretensión propia del conflicto colectivo y aquella que aun siendo individual en su ejercicio tiene naturaleza plural* [...] *no puede conceptuarse apelando exclusivamente al carácter general o individual del derecho ejercitado en la pretensión sino que, es preciso, tener también en cuenta el modo de hacerlo valer*" (f.j. 2º). En este sentido también STS 23-2-2002 Sala 4ª, voto particular f.j. 1º. Esta idea es corroborada por la STS de 14-7-2000, sala 4ª, al admitir como sentencia de contraste para el recurso de casación en unificación de doctrina, la que hubiera resuelto un proceso colectivo con el mismo objeto que el individual: *Sin duda, entre un proceso en el que se ventila un conflicto individual y otro en el que se resuelve un conflicto colectivo, existen diferencias de cierta consideración. Pero estas diferencias no alcanzan, en absoluto, al núcleo esencial de la pretensión ejercitada, pues ese núcleo esencial es obviamente el mismo. Se trata tan sólo de un diferente modo de dar solución a un misma controversia jurídica; las diferencias que puedan existir no alcanzan a la identidad esencial de la cuestión que se debate en ambos casos*". f.j. 3º. En el mismo sentido STS 20-2-2002,sala 4ª (f.j. 1º), STS 15-12-04, sala 4ª, (f.j. 2º), STS 3-5-2010, sala 4ª (f.j. 7º).

En este sentido también la doctrina científica Palomeque López, M. C., "El proceso de conflictos colectivos", *La Ley*, 1993-I, p. 435. y Bejarano Hernández, A., "Excepciones procesales y subsanación de defectos", *La Ley*, 1995-I, p. 447.

[47] *Vid.* SsTS de 25-6-1992, sala 4ª (f.j. 2º); de 22-1-1996, sala 4ª (f.j. 2º); de 4-7-1995, sala 4ª (f.j. 2º); de 29-3-2001, sala 4ª (f.j. 2º); de 22-7-2002, sala 4ª (f.j. 2º); de 7-4-03, sala 4ª; de 25-9-06, sala 4ª (f.j. 2º).

[48] *Vid.* Palomeque López, M. C., "Administración del convenio colectivo y solución de conflictos laborales" en VV.AA., *La administración de los convenios y su valor normativo* (III Jornadas de estudio sobre negociación colectiva), Madrid, MTSS, 1991, p. 40.

Es cierto que los sujetos colectivos tienen capacidad –y así les viene reconocida en virtud del derecho de negociación colectiva-, de disponer de los derechos individuales, pero ello se ha de entender siempre y cuando no suponga la afectación del orden público, es decir, con escrupuloso respeto al derecho necesario absoluto y a los mínimos de derecho necesario[49].

En conclusión, los sistemas no judiciales de solución de conflictos colectivos sobre derechos, aun siendo de carácter autónomo, no podrán impedir el acceso a los órganos jurisdiccionales a los sujetos individualmente considerados, so pena de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva. De modo, que el establecimiento de procedimientos autónomos de solución de conflicto, a través de convenio colectivo, no forma parte del contenido del derecho a la adopción de medidas de conflicto, pues el derecho a la tutela judicial efectiva marca un límite, de los denominados implícitos, a aquel derecho.

4. VIABILIDAD CONSTITUCIONAL DE LA SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS SOBRE DERECHOS

Aunque la solución de conflictos colectivos sobre derechos a través de procedimientos autónomos puede generar la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, como ya ha sido puesto de manifiesto, tanto los Acuerdos estatal y autonómicos[50] de solución extrajudicial de conflictos como el propio Legislador[51] reconocen a los interlocutores sociales competencia para la resolución de conflictos sobre interpretación y/o aplicación de normas. ¿Qué conclusión podría obtenerse de ello? ¿Se ha de entender que tanto el Legislador y los interlocutores sociales se han extralimitado y tal normativa tiene tintes de inconstitucionalidad?

Conviene tener presente, que el Legislador en los distintos preceptos a través de los cuáles reconoce capacidad a los interlocutores sociales para resolver conflictos sobre derechos (art. 91.2 ET o art. 156.2 LRJS), asigna al acuerdo o laudo que pone fin al conflicto naturaleza de convenio colectivo, algo que por otro lado no es criticable, ya que los interlocutores sociales, como ya se ha indicado, en virtud del art. 37.1 CE, tienen capacidad para crear normas.

---

[49] Vid. García-Perrote Escartín, I., *Ley y Autonomía Colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Madrid, MTSS, 1987, p. 374.

[50] En este aspecto véase, a título de ejemplo: ASAC-V (art. 4.1 a). Y Acuerdos de: Andalucía (Estipulación tercera c); Asturias (art. 10 Reglamento del AISECLA); Baleares (arts. 2 del II Acuerdo Interprofesional sobre renovación y potenciación del Tribunal de Arbitraje y Mediación de las Islas Baleares); Cantabria (art. 5 VI Acuerdo Interprofesional de Cantabria sobre Resolución Extrajudicial de Conflictos Laborales); Castilla y León (art. 4 del II Acuerdo Interprofesional sobre procedimientos de solución autónoma de conflictos laborales de Castilla y León); Comunidad Valenciana (art. 6.1 a] del V Acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales de la Comunidad Valenciana).

[51] En este sentido véase artículo 91 del Estatuto de los Trabajadores, art. 156 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, art 24 del Real Decreto 4/1977 de Relaciones de Trabajo, o la Ley 10/1997, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en la empresa y grupos de empresa de dimensión comunitaria.

Sin embargo, la solución de los conflictos sobre derechos se lleva a cabo a través de la interpretación y/o aplicación de una norma jurídica. En tal caso, la consideración de que la solución del conflicto tiene eficacia de convenio colectivo supone asignar a la interpretación jurídica[52] el valor de norma, y consiguientemente los mismos efectos que si de un precepto jurídico se tratase. Dicho proceso es susceptible de varias objeciones desde un punto de vista técnico.

En primer lugar es jurídicamente inadecuado que se haga de la interpretación una regla jurídica, pues ello supone alteración del sistema de fuentes fijado en la Constitución. Mediante la interpretación jurídica se pretende determinar o captar el sentido de la norma[53], pero no la creación de la misma. El método interpretativo utiliza los distintos recursos que la Dogmática proporciona para indicar de un modo claro a qué realidad se evoca con el texto normativo, sin añadir ni quitar cosa alguna al mismo[54].

En segundo lugar, y como consecuencia de la anterior observación, si la solución del conflicto sobre derechos tiene lugar mediante la creación de una norma, es evidente que se está utilizando una técnica inadecuada, se actúa como si se tratase de un conflicto de intereses cuando existe una norma jurídica que ya contempla, en su supuesto de hecho, la situación de conflicto.

Descartada la posibilidad de que los interlocutores sociales puedan llevar a cabo una interpretación vinculante de la norma sobre la que se plantea la controversia, potestad que ha sido reservada al poder judicial[55], la única opción técnicamente viable será dar a las controversias sobre derechos el tratamiento propio de un conflicto de intereses.

Debido a que se contempla tanto la solución de conflictos sobre normas estatales como sobre normas convencionales, se analizarán por separado ambas problemáticas, por tener cada una de ellas una idiosincrasia propia.

4.1. Facultades de actuación de la autonomía colectiva en los conflictos sobre normas estatales

En los conflictos sobre normas estatales, las posibilidades de actuación de la autonomía colectiva van a venir determinadas por la naturaleza jurídica de la norma sobre la que se plantea el conflicto, es decir: si se trata de Derecho necesario absoluto, Derecho necesario relativo o dispositivo.

---

[52] Se ha de indicar en este aspecto que no podrá llevarse a cabo la aplicación de una norma si previamente no es interpretada. (*Vid.* Díez-Picazo, L., *Experiencias jurídicas*..., *Op. Cit.*, p. 242). Rodríguez Paniagua, en *Métodos para el conocimiento del Derecho*, *Op. Cit.*, pp. 23 y 24; también ENGISCH, K., en *Introducción al pensamiento jurídico*, *Op. Cit.*, p. 78.

[53] Hans Nawiasky, definió la interpretación como la indagación del sentido de la norma (*vid.Teoría General del Derecho*, Trad. Esp. J. Zafra Valverde, Granada, Comares, 2002, p. 146).

Tarello distingue dos sentidos del término interpretación: "En el primer sentido, interpretación se refiere a una actividad: la atribución de significado a un enunciado. En el segundo sentido, interpretación se refiere al producto de esta actividad, esto es, al significado atribuido a un enunciado" (*Vid.* Guastini R., y Rebuffa, G., "Introducción" a la obra de Tarello, G., *Cultura Jurídica y Política del Derecho*, Granada, Comares, 2002, p. 11).

[54] En este sentido Larenz. K. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, *Op. Cit.*, pp. 196, 309 y 360.

[55] *Vid. Supra.*

Evidentemente, la solución del conflicto no es viable mediante la utilización de los procedimientos autónomos si se trata de un conflicto sobre normas de Derecho necesario absoluto. Para éstos, está vetada la autonomía colectiva, no cabe desarrollarlas, ni mejorarlas, ni existen posibilidades de transacción alguna sobre las mismas, pues vulneraría el principio de jerarquía normativa, ya que si a través de la autonomía normativa se interpreta dicha norma y se le asigna carácter de convenio a dicha interpretación, se acabaría invadiendo mediante la negociación colectiva un espacio competencial reservado a la norma estatal.

En cambio, si se trata de normas de Derecho necesario relativo o dispositivo, nada impide que mediante la autonomía colectiva se cree una nueva norma que contemple el mismo supuesto de hecho que aquélla cuya aplicación y/o interpretación estaba siendo conflictiva, que desplazará a la misma (en virtud del principio de norma más favorable, si se trata de un mínimo de Derecho necesario, o simplemente debido al carácter dispositivo de la misma si se trata de Derecho supletorio), y al ser aplicada produce el efecto de resolución del conflicto. Tal medida no supone vulneración del principio de jerarquía normativa, pues la propia norma estatal autoriza la intervención de la autonomía colectiva en dicho campo.

Realmente a través de este procedimiento no se resuelve propiamente el conflicto sobre derechos, sino que se crea una nueva norma que desplaza aquella que plantea los problemas aplicativos y/o interpretativos, pero de este modo se viene a neutralizar el conflicto sobre derechos.

Dicha medida tampoco generaría vulneración del principio de irretroactividad de las normas, por el solo hecho de que la norma sea expresamente creada para resolver un conflicto, ya que el art. 9.3 CE ciertamente consagra el principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, pero como el Tribunal Constitucional ha matizado, dicho precepto no se aplica sobre «*situaciones jurídicas actuales y no concluidas*»[56]. El Estatuto de los Trabajadores regula también con carácter dispositivo la entrada en vigor del convenio colectivo y sus posibilidades retroactivas. Por ello nada impide que, aunque el convenio colectivo no existiese en el momento en el que se planteara el conflicto y hubiera una norma estatal aplicable, se utilice aquél para resolverlo, ya que evidentemente en virtud del principio de norma más favorable prevalece respecto de aquella si establece un mínimo, y si se trata de una norma dispositiva, igualmente tiene preferencia de aplicación. No se puede alegar en este caso que se afecten derechos adquiridos, pues con independencia del contenido material de la norma sobre la que versa el conflicto, dado que la controversia está aún vigente, no se pretende producir efectos sobre una situación jurídica consolidada, sino que la nueva norma se aplicará, en todo caso, sobre una situación jurídica anterior pero cuyos efectos no se

---

[56] *Vid.* STC 197/1992, de 19 de noviembre (ff.jj. 4º y 5º). La interpretación que el Tribunal Supremo hace de la regulación contenida en Código Civil en materia de retroactividad está en la misma línea, véase a título de ejemplo STS de 23-4-1996 (Ar. 3402), f.j. 6º.

Sobre este tema véase in extenso Díaz Aznarte, T, *Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

han consumado. Por tanto, con la aplicación del convenio colectivo en lugar de la norma estatal tan sólo se pondrán en juego meras expectativas, de modo que no se trata de una aplicación retroactiva de la norma.

Es en este sentido como ha de interpretarse el art. 156.2 de la LRJS, es decir la conciliación preprocesal obligatoria no debe considerarse dirigida a resolver el conflicto sobre derechos a través de la interpretación de la norma, sino a la creación de una norma convencional, que sustituya a aquélla y acabe solucionando el conflicto[57].

4.2. La solución autónoma de los conflictos colectivos sobre normas convencionales

Cuando el conflicto se plantea sobre la interpretación y/o aplicación de normas convencionales, la resolución de la controversia mediante la creación de una nueva norma realmente supone una negociación «ante tempus». No existe ningún precepto normativo, ni siquiera en el Derecho supletorio, que impida la modificación del convenio antes de que expire su vigencia, siempre y cuando se realice, en la misma unidad de negociación y por la propia comisión negociadora. Es cierto que la negociación en tales términos podría afectar a las expectativas de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación del convenio, pero en ningún caso a derechos consolidados; por ello dicha técnica no merece reproche alguno.

Se ha de matizar, que en virtud del art. 91 ET, cuando se plantea un conflicto interpretativo y/o aplicativo, los sujetos afectados pueden obligarse mutuamente a negociar para resolver el conflicto, intentando una renegociación «ante tempus», es decir, no es necesario que haya un acuerdo inicial. Por ello la posibilidad de modificar el convenio cada vez que se plantee la duda interpretativa sobre el mismo, sí que supone la modificación de nuestro modelo de negociación colectiva, pasando de un modelo estático a uno dinámico. Ahora bien, ello no supone afectación del art. 37 CE, ya que el citado precepto no ordena un modelo determinado de negociación. Tampoco se afecta el carácter normativo del convenio. Es cierto que pierde estabilidad, pero es el coste ineludible de la solución autónoma, del ejercicio de otro derecho constitucional, el de adopción de medidas de conflicto colectivo, pero en ningún caso menoscaba el derecho de negociación, sino todo lo contrario, lo redimensiona[58], ya que se desarrolla de un modo evolutivo adquiriendo una funcionalidad que hasta ahora no se le había reconocido, y sobre todo se acentúan los rasgos del convenio como institución gestora del conflicto.

---

[57] La creación de una norma convencional para la solución de un conflicto interpretativo es la situación reflejada en las sentencias del TS de 27-5-1998 (ar. 4931), de 1-6-1998 (ar. 5781), de 2-6-1998 (ar. 4942), de 4-2-1999 (ar. 1588), de 16-2-1999 (ar. 1804), de 17-2-1999 (ar. 1809), de 8-3-1999 (ar. 2118); de 11-5-1999 (ar. 4719), de 7-12-1999 (ar. 9691), de 4-12-2000 (ar. 2001/2055); STSJ Galicia de 19-2-1998, AS. 1027 (f.j. 3º), es cierto que en estos casos la interpretación conflictiva era de normas convencionales, no obstante, en la conciliación previa se crea una nueva norma que acaba sustituyendo a aquellas cuya interpretación se discutía.

[58] En este sentido véase Monereo Pérez, J.L., "Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la Ciencia de Derecho", Estudio preliminar a la obra de Gallart Folch, A., *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo*, Granada, Comares, 2000, pp. CXXVIII y CXXIX).

Sin embargo, cuando la negociación «ante tempus» para la solución del conflicto interpretativo se pretende realizar por sujetos obligados por el propio convenio, al ser menor el ámbito del conflicto que el del convenio, de entrada se ha de rechazar la legalidad de tal práctica. Ello supondría la afectación del convenio desde ámbitos inferiores, y el ataque al contenido esencial del derecho de negociación colectiva, ya que al poder desvincularse del convenio ante la aparición de cualquier problema aplicativo, se acaba con el carácter normativo del mismo[59].

Los acuerdos que vienen a resolver tal modalidad de conflicto si bien tienen eficacia "erga omnes", no tienen naturaleza de convenio colectivo, ya que se trata de acuerdos subsidiarios, de suplencia, por ello se encuentran subordinados al propio convenio cuyas omisiones vienen a cubrir[60], y las relaciones existentes entre tales acuerdos y el convenio son precisamente de jerarquía[61]. Ante ello, el único modo de que tal negociación «ante tempus» sea lícita es que sea el propio convenio el que habilite tal intervención, no siendo viable que tal habilitación la realicen los Acuerdos sobre materias concretas que regulan los sistemas de solución extrajudicial, ya que en ningún caso podría tratarse de estructuración de la negociación colectiva, pues no hay modo de determinar a priori desde qué ámbitos se ha de permitir la afectación del convenio, ni tampoco podría hablarse de determinación de los principios de complementariedad, pues el conflicto se podría plantear sobre cualquier materia.

Por tanto, en defecto de previsión expresa por el convenio, la práctica autorizada por el art. 91 párrafo segundo, del Estatuto de los Trabajadores, ha de considerarse de dudosa constitucionalidad, y así ha de ser considerado el propio precepto al regularla en tales términos, ya que cada vez que se lleva a cabo no se puede considerar que se ejerce el derecho a la adopción de medidas de conflicto sino que se anula otro derecho constitucional: el derecho de negociación colectiva.

---

[59] Es cierto que la dicción literal del art. 84 ET, tras las últimas reformas laborales (y en especial la introducida por la Ley 3/2012, de 6 de julio), es criticable en este mismo aspecto, a mi juicio afecta de modo directo al carácter normativo del convenio. Ahora bien, con independencia de que se considere que dicho precepto ponga en juego la eficacia normativa del convenio colectivo, el Legislador es el competente para desarrollar y especificar el contenido del derecho a la negociación colectiva(con los límites que marque el propio texto constitucional), y no los interlocutores sociales.

[60] En este sentido García Jiménez, M., *Los acuerdos de empresa*…, *Op. Cit.*, p. 332. También CASAS Baamonde, M. E., "La estructura de la negociación colectiva…", *Op. Cit.*, p. 304.

[61] *Vid.* García Murcia, J., *Los acuerdos de empresa*…, *Op. Cit.*, p. 223.

DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN Y ACUMULACIÓN DE ACCIONES EN EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

Rosa Moya Amador
Profesora Titular de Escuela Universitaria de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: OBJETIVO Y DELIMITACIÓN
2. BREVE ALUSIÓN AL ORIGEN Y REGIMEN JURÍDICO DEL PROCESO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS
3. OBJETO Y ACUMULACIÓN DE ACCIONES
4. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

1. INTRODUCCIÓN: OBJETIVO Y DELIMITACIÓN

A la vista del programa de estas Jornadas; *"Constitución Española y relaciones laborales ante el actual escenario social y económico",* y teniendo en cuenta las ponencias que se presentan, estamos ante una gran variedad de materias, por no decir cualquiera de "carácter social", entendido el termino en sentido amplio, que pueden constituir objeto de estudio y debate. Felicitar a la organización por la oportunidad del tema, siendo necesario y muy útil, en la situación actual de reformas legislativas motivadas por la crisis financiera, hacer un análisis de la evolución e, intentar profundizar en las múltiples y diferenciadas causas y circunstancias de carácter económico y político, que desde 1978 hasta el momento actual (34 años recién cumplidos de nuestra Norma fundamental), han derivado en la pesimista y desoladora situación actual en cuanto a los "Derechos sociales" de los trabajadores, de los hasta ahora trabajadores, y de los futuros no trabajadores con carácter involuntario. Reflexión que en esta ciudad y este año de conmemoración de la constitución del 1812[1] tiene connotaciones especiales; por un lado de celebración, y por el otro de resignación frente a las transformaciones que están produciendo de forma progresiva y paulatina desmantelamiento del "Estado Social". Mejoras en los derechos de los trabajadores que se habían conseguido amparadas en nuestro texto constitucional y, que pareciéndonos insuficientes, ahora parecen imposibles de mantener por razones de políticas económicas.

En esta comunicación, nos acercamos a la tutela jurisdiccional ordinaria de algunos de los Derechos constitucionales laborales, de los conocidos como derechos fundamentales y de las libertades públicas, (Titulo primero, capitulo segundo, sección 1ª, arts. 15-29), incluidos en el "área de protección reforzada" de acuerdo con el art. 53.2 de la CE. En la posibilidad que tienen los ciudadanos de acudir ante los Jueces y Tribunales ordinarios, a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, como guardianes naturales y primeros de estos derechos[2].

Instrumento jurídico importante al servicio de la protección de los derechos fundamentales, cuyo sistema de garantías culmina en el Tribunal Constitucional que, además de garante último, es su máximo interprete (arts. 53.2 y 123 CE y 1.1 LOTC). La nueva redacción del incidente de nulidad de actuaciones recogido en

---

[1] Recordar, un año después de la aprobación de la Constitución de Cádiz, y como consecuencia de la misma, la publicación del Decreto del Conde de Toreno, de fecha 8 de Junio de 1813, que estableció la posibilidad de ejercer una profesión sin pertenecer a un gremio, lo que supuso un cambio de modo de producción "Todos los españoles y extranjeros podrán ejercer libremente cualquier industria u oficio útil, sin necesidad de examen, titulo o incorporación a los gremios respectivos cuyas ordenanzas se derogan". En lo laboral el Decreto supuso dos cosas: 1. Libertad de contratación en el trabajo, en la medida en que la fijación de las condiciones de trabajo se tenían que hacer a partir de ese momento por contrato o por pacto (antes todo se regulaba en las ordenanzas gremiales). 2. La prohibición de cualquier tipo de asociación profesional, se incluía obviamente la de los sindicatos de los trabajadores.

[2] Pozo Moreira, F.J.: La tutela judicial de las nuevas causas de discriminación. La cláusula abierta de no discriminación del art. 14 de la constitución en las relaciones laborales., Edt. Andavira S.L. Santiago de Compostela, 2012, pág. 267, STC 27/1999 de 13 diciembre.

la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, aumenta el protagonismo de la Jurisdicción Ordinaria en relación con la protección de los derechos fundamentales, modificando el incidente de nulidad de actuaciones previsto en los artículos 228 LEC y 241 LOPJ en conexión con la reforma operada en el recurso de amparo. Esta nueva configuración del incidente de nulidad pretende, sobre todo, evitar que puedan plantearse ante el Tribunal Constitucional lesiones de derechos fundamentales sin haber dado antes ocasión a la jurisdicción ordinaria de repararlas, garantizando así el carácter subsidiario del recurso de amparo. Por ello, se permitió que por la vía del incidente de nulidad de actuaciones pudieran invocarse cualesquiera lesiones de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional. Sin embargo, en la práctica aún se siguen suscitando algunas dudas acerca de este incidente, que constituye el gozne entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional.

En el ámbito de la Jurisdicción ordinaria, y como consecuencia de la Constitución Española (CE), la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, por razones de una mayor especialización, transformo el panorama orgánico del Orden jurisdiccional social y el régimen de competencias. De acuerdo con el art. 9.5 LOPJ, los órganos jurisdiccionales del Orden social, conocerán de la de las "pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho" incluyendo lo individual como lo colectivo, por tanto el Derecho sindical es objeto de protección por su consideración de derecho fundamental reconocido en los artículos 7, 28 y 53 CE.

Desde su aparición en la Ley procesal de carácter laboral como instrumento para la realización del Derecho objetivo, por primera vez, en 1990, hasta la regulación actual en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social que entro en vigor el 11 de diciembre de 2011 (LJS), esta modalidad procesal, ha sido objeto de evolución y continuo debate doctrinal y jurisprudencial. Son varias e importantes las modificaciones que la última Ley procesal ha producido, aunque nosotros nos vamos a centrar en una cuestión que ha planteado importantes interrogantes en la doctrina y la jurisprudencia; determinar por qué tramite procedimental deben sustanciarse las controversias en esta materia, el ordinario o el proceso especial de protección de derechos fundamentales[3] (arts. 177 a 184 LPL). Es decir a su objeto y la intercomunicabilidad de otros procesos de tramitación optativa (arts. 177 a 183 y 184 LJS)[4].

Corresponde a la víctima, que será la única legitimada en esta modalidad procesal, elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la Ley,

---

[3] La problemática delimitación de su ámbito de aplicación ha llevado incluso a cuestionar su razón de ser, llevando a plantear la conveniencia de otorgar la tutela que esta modalidad confiere dentro del proceso aplicable en razón del objeto de la pretensión deducida, o sea, dentro del proceso ordinario o especial que resultara aplicable Desdentado Bonete, "¿Es necesario un proceso especial para la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito laboral?. Una reflexión desde la jurisprudencia reciente", La Ley, 1996-II pág. 1529. Sobre esta cuestión ver STC de 28 de mayo de 1992 y SsTS, U.D.: 6 octubre 1997; 14 noviembre 1997; 3 febrero 1998; y SsTS de 10 julio 2001, 18 septiembre 2001 y 14 junio 2002.

[4] Lousada Arochena, J.F.: La tutela de los derechos fundamentales y de as libertades públicas en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Editorial Bomarzo, Albacete, 2012, pág. 86-88.

recordando que no procederá el sobreseimiento del proceso o la absolución en la instancia por inadecuación de la modalidad procesal, salvo cuando no sea posible completar la tramitación seguida hasta ese momento o cuando la parte actora persista en la modalidad procesal inadecuada, (art. 102 LJS), se procederá a dar al asunto la tramitación que corresponda a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas, sin vinculación necesaria a la modalidad elegida por las partes y completando, en su caso, los trámites que fueren procedentes según la modalidad procesal adecuada, con aplicación del régimen de recursos que corresponda a la misma.

En cuanto al objeto de este proceso, es de subrayar la dificultad que conlleva en muchas ocasiones trazar la distinción entre constitucionalidad y legalidad en los conflictos surgidos en el desarrollo de las relaciones de trabajo, ya que los derechos que más específicamente entran en juego en este ámbito jurídico son habitualmente de configuración legal. Siendo objeto del proceso, la tutela del derecho fundamental o libertad pública que se dice vulnerado pero no cuestiones relativas a la interpretación o aplicación de normas integrantes de la legalidad ordinaria. La sentencia que se dicte en este proceso tiene que limitarse al examen de si ha existido o no violación de un derecho fundamental, sin entrar a enjuiciar la alegación de una posible vulneración de una norma infraconstitucional [SsTS 18 de noviembre de 1991 (Ar 8245), 18 de mayo de 1992 (Ar 3562), 21 de junio de 1994 (Ar 6315), 24 de enero, 24 de septiembre y 12 de noviembre de 1996 (Ar. 193, 6857 y 8557) y 4 de marzo y 26 de julio de 1995 (Ar.2007 y 6342)]

2. BREVE ALUSIÓN AL ORIGEN Y REGIMEN JURÍDICO DEL PROCESO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

La modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales, se recoge en las leyes procesales de carácter laboral, por primera vez en el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba en texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral[5]. Se establece esta nueva modalidad procesal laboral, en su titulo II cap. XI, arts 174 a 181, como cauce "natural" para la tutela jurisdiccional de la Libertad sindical. A su vez, el mismo texto legal (art. 2. k), atribuye expresamente a la Jurisdicción social las cuestiones litigiosas que se refieran a "*la tutela de la libertad sindical"*, no haciendo referencia alguna al derecho de huelga[6], lo que llamó la atención al ser los dos derechos fundamentales laborales

[5] La Ley de Bases de Procedimiento Laboral (Ley 7/1989, de 12 de abril, BOE de 13 de abril), en la Exposición de motivos recoge y ordena los procesos contemplados por la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical: el de impugnación de los estatutos de los sindicatos y el de tutela de los derechos de libertad sindical. Es la BASE TRIGÉSIMA, la que recoge por primera vez una nueva modalidad procesal denominada: "Tutela de los derechos de libertad sindical", con la finalidad de reprimir las conductas antisindicales de acuerdo con el art. 13 de la LOLS.

[6] Montoya Melgar, A.; Galiana Moreno, J. Mª.; Sempere Navarro, A. V. y Ríos Salmerón, B.: Curso de Procedimiento Laboral, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 216. Hasta la LPL 1990, hay que hacer referencia a la doctrina del Tribunal constitucional en cuanto a la protección de los derechos fundamentales de huelga

específicos y en el mismo texto legal. No obstante la denominación del proceso, el art 180 del texto legal extendía su ámbito de aplicación a "las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social", recogiendo la obligación de expresar en las demandas el derecho o los derechos fundamentales que se estimasen infringidos.

El Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, mantiene la denominación y regulación contenida en la Ley de 1990 cambiando la numeración de los preceptos que regulan el proceso, que pasa a ser los artículos 175 a 182 haciendo referencia por primera vez al acoso en el art. 181. La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial cambia el nombre del proceso, pasando a denominarse en concordancia con su ámbito material: *"De la tutela de los derechos fundamentales"***, y** La reciente Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social que entro en vigor el 11 de diciembre de 2011 (LJS)[7], amplia el titulo de este proceso especial, introduce en la denominación por primera vez la referencia a las libertades públicas; *"De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas*" (arts 177 1 184), reflejando mejor la realidad establecida por la doctrina del Tribunal Constitucional y en concordancia con el art. 2.f de la LJS, referido al ámbito de la jurisdicción social, en relación a las cuestiones litigiosas referidas a la tutela de los derechos de libertad sindical, huelga y demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de la discriminación y el acoso.

La Ley 13/2009 y la Ley 36/2011, las que han introducido importantes modificaciones en la regulación y ámbito de aplicación de este proceso. Algunos de estos cambios son consecuencia de la evolución jurisprudencial y de los cambios en el derecho sustantivo que se han producido a lo largo de los últimos años, y

y libertad sindical y a la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, aunque no contenía una vía laboral para conocer de las lesiones del derecho de libertad sindical, solo contemplaba las vías contencioso-administrativa, civil y penal. Posteriormente, el RD Legislativo 342/1979, de 20 de febrero amplio la lista de derechos tutelables por el cauce procesal de la ley 62/1978, incluyendo la libertad sindical aunque no el de huelga, y la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, los extendió (mientras no se desarrollasen las previsiones del art.53.2 CE), a todos los derechos y libertades a que el citado artículo se refiere.

[7] La LJS incorpora un nuevo y completo procedimiento judicial laboral. Primera ley ordinaria o de Cortes del período constitucional que regula la jurisdicción y el proceso social, separándose de la técnica de reforma parcial de textos anteriores. La LJS ha sido parcialmente modificada por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que entró en vigor el 12 de febrero pasado, a los dos meses de que entrase en vigor la LJS y sin haberse generalizado su aplicación. Real Decreto convalidado por Ley 3/2012, de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Ley a su vez modificada por Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, (BOE 14 de Julio), Disposición transitoria séptima en relación con la reclamación al Estado del pago de s salarios de tramitación, (art. 116 LJS). Consecuencia de la Disposición final decimocuarta del mismo DL que Reforma la cuantía de los salarios de tramitación de pago por el Estado a los que hace referencia el artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores

como una avalancha en los últimos dos-tres años, que exigen un replanteamiento de los trámites y normas procesales por la función que estas cumplen, tutelar los derechos del trabajador singular, equilibrando en lo procesal la desigualdad social y económica en que se encuentra en relación con el empresario[8]. Y otros cambios, determinados por el aumento considerable con el paso del tiempo, de reclamaciones fundadas en derechos distintos de la libertad sindical, infracciones del ordenamiento jurídico sin relevancia en la protección constitucional, pero en las que se alega por el demandante la existencia de una violación de un derecho fundamental, tratamiento discriminatorio, acoso o lesión de libertad pública y que hacía necesario delimitar el conocimiento que rige esta modalidad procesal, reformando la regulación contenida en la anterior LPL.

Entendiendo que la novedad más relevante de la nueva redacción en la Ley 36/2011, la más amplia referida a esta modalidad procesal, es la de los sujetos que están legitimados activa y pasivamente para intervenir en el pleito; la ampliación de su ámbito de aplicación, tanto objetivo-derechos cubiertos-como subjetivo-titulares pasivos frente a los que se dirige la pretensión[9], nos vamos a centrar en el objeto y la acumulación o no con acciones de otra naturaleza.

3. OBJETO Y ACUMULACIÓN DE ACCIONES

La nueva LJS, como ya hemos visto, modifica ampliando, la denominación[10] de esta modalidad procesal. El capítulo XI se titula **"***De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas*", lo que resulta acertado pues desde su regulación originaria se entendía que existía una contradicción entre la denominación y el objeto del proceso, más amplio, según opinión unánime de la doctrina y jurisprudencia[11]

El objeto de esta modalidad procesal de tutela, se limita al conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos

---

[8] Fernández López, M.F.: Los procesos especiales en la Jurisdicción Social, Editorial Bomarzo, Albacete, 2012, pág. 14, haciendo referencia en este sentido a la STC 3/1983, 25 enero, FJ 4ª

[9] Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C.; Moreno Vida, M. N.; Olarte Encabo, S. y Fernández Avilés, J, A., *Manual de Derecho Procesal Laboral: Teoría y Práctica,* Monereo Pérez, J. L. (Dir) Moya Amador, R. y Serrano Falcón, C. (Coords), Tecnos, Madrid, 2012, pág. 382.

[10] Recordemos la denominación que ha dado el legislador a este proceso desde su aparición en la LPL de 1990, ha ido cambiando y ampliándose conforme a la práctica jurisprudencial y a la realidad social; *"Tutela de la libertad sindical"*, *"De la tutela de los derechos fundamentales"* y actualmente en la actual LJS "*De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas*".

[11] Tema, el de la inadecuada denominación sobre el que hay unanimidad en la doctrina, por hacer algunas referencias, entre otros: Albiol Montesinos, I., Alfonso Mellado, C., Blasco Pellicer, A. y Goerlich Peset, J. M.: Derecho Procesal Laboral. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 332. Baylos Grau, A; Cruz Villalón, J. y Fernández López, M. F.: Instituciones de Derecho Procesal Laboral, Trotta, Madrid, 1995, pág. 199. Palomeque Lopéz, M. C.: *La tutela judicial* en Cruz Villalon, J y Valdés Dal-Re, F.: Lecturas sobre la reforma del proceso laboral. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 245. En este sentido, ver entre otras las STSs 14 enero 1997 (Ar. 24), 6 octubre 1997 (Ar. 71919, 19 ENERO 1998 (Ar. 742).

diversos a la tutela del citado derecho o libertad (art. 178.1 LJS), cuya lesión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social[12], cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios, ya se trate de actuaciones frente a empleadores o terceros vinculados a este por cualquier título, asociaciones patronales, Administración Pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada (art 182.1.b LJS) en cumplimiento de lo previsto en el artículo 53.2 de la Constitución.

La Jurisdicción Social es competente para conocer de las cuestiones litigiosas sobre reclamaciones en materia de discriminación, acoso u otros derechos fundamentales frente a las actuaciones de las Administraciones públicas, frente a las que se puede proceder por su actuación en el ejercicio de potestades públicas como de su actuación como empleadoras. Aunque el tema es discutido cuando el conflicto no venga referido *"exclusivamente al personal laboral"* (art. 2.f LJS), sino que afecte conjuntamente a funcionarios y/o a personal sujeto a normas administrativas o estatutarias y a personal laboral la competencia no es social, entendiéndose en este caso que es competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa[13].

Se trata de un proceso de cognición limitada[14]; estando limitado, art. 177.1 LJS, al conocimiento de toda lesión, de los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso. El ejercicio de la acción de tutela, ha de perseguir la protección de un interés concreto y actual, "no pueden plantearse cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga evidencia alguna en la esfera de derechos e intereses del actor, se requiere que exista un caso o controversia, una verdadera litis, pero no cabe solicitar al juez una mera opinión o un consejo" y para una controversia actual y no futura, pues no estamos ante un proceso de carácter cautelar[15], [STC 71/1991; SsTS 28 diciembre 1994 (RJ 1994,99); 6 de mayo 1996 y 8 octubre 1997].

---

[12] Se excluye, por tanto, la tutela de los derechos de libertad sindical y del derecho de huelga relativa a los funcionarios públicos, personal estatutario de los servicios de salud y al personal a que se refiere la letra a) del apartado 3 del artículo 1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (art. 3.c LJS). Tutela que deberá sustanciarse por el proceso sumario de protección de los derechos fundamentales de la persona establecido en la Ley de jurisdicción Contenciosa Administrativa.

[13] En este sentido Lousada Arochena, J.F.: La tutela de los derechos fundamentales y de as libertades públicas en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Editorial Bomarzo, Albacete, 2012, pág. 19, recogiendo la doctrina de las Salas de lo Social –SSTS de 6 de octubre de 2001, RCO 49/2001, de 28 de enero de 2004, RCO 51/2003, de 21 de febrero de 2008, RCO 137/2006, y de 6 de octubre de 2011, RCUD 21/2011- y de conflictos del Tribunal Supremo-conflicto 3/2006-.

[14] Entre otros, Fernández López, M.F.: op. Cit., 2012, pág. 212, y Montoya Melgar, A.; Galiana Moreno, J. Mª.; Sempere Navarro, A. V. y Ríos Salmerón, B.; Cavas Martínez, F. y Luján Alcaraz, J.: Curso de Procedimiento Laboral, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 291. Al objeto del proceso se refiere la SsTS 20 de mayo 2010 (rec. 175/2009); 27 de junio 2007 (rec. 102/2006); 25 de octubre 1999 (rec.1363/1999; 19 de enero 1998, (rec.724/1997), 6 de octubre de 1997 (rec.660/1997)…entre otras, referidas al objeto del proceso y afirmando la doctrina de inspiración en principio de cognición limitada.

[15] Galiana Moreno, J.M. y Luján Alcaraz, J: Proceso ordinario y otras modalidades procesales en Montoya Melgar, A.; Galiana Moreno, J. Mª.; Sempere Navarro, A. V. y Ríos Salmerón, B.; Cavas Martínez, F. y Luján Alcaraz, J.: Curso de Procedimiento Laboral, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 291.

La limitación del objeto, hace que no sea posible la acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del citado derecho o libertad, tal y como recoge el art. 178.1 LJS y el art. 26.1 del mismo texto legal: "no podrán acumularse entre sí ni a otras distintas en un mismo juicio, ni siquiera por vía de reconvención, las acciones …. de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas". Aunque esta afirmación tan rotunda es necesaria de un análisis más detenido al relacionarla con otros preceptos de la LJS, concretamente los arts. 26.2, 178.2 y 184.

El art. 26.2 de la LJS, se refiere y así se titula a los "supuestos especiales de acumulación de acciones" y en el apartado segundo, como excepción a la no acumulación recoge los supuestos que deban tramitarse por las imperativo legal, por las modalidades procesales que se enumeran en el art. 184 LJS, sin perjuicio de la posibilidad de reclamar en estos juicios la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales y libertades públicas y demás pronunciamientos propios de la modalidad procesal de tutela de tales derechos fundamentales y libertades públicas, conforme a los artículos 182 referido a la sentencia, 183 que hace referencia a las indemnizaciones y a la determinación de su cuantía y 184, ampliado por ley 3/2012 y que recoge los supuestos de demandas de ejercicio necesario a través de la modalidad procesal correspondiente, con la posibilidad de acumular la indemnización que esos actos conlleven.

El análisis y estudio de estos preceptos, en lo referente al objeto de este procedimiento y a la posibilidad de acumulación con otras acciones o no, la doctrina sobre la materia y la jurisprudencia analizada, nos lleva a las siguientes observaciones

Si bien, desde el plano negativo, el precepto ya delimita los contornos sobre los que no cabe acumulación alguna, en base al indicado objeto del proceso, al rechazar la acumulación de las demandas por las que se ejerciten "acciones de otra naturaleza", es decir, extrañas a la lesión de derecho fundamental o libertad pública. La expresión "de otra naturaleza", dentro de la modalidad procesal en que se encuentra ubicado el precepto, no admite interpretaciones que desnaturalicen el fin de la norma (art. 3.1 CC). Y además, expulsa de este proceso, las pretensiones esgrimidas por las partes, basadas en fundamentos jurídicos que no se correspondan con la lesión del derecho fundamental o la libertad, es decir, no basta con indicar el nomen iuris del derecho fundamental esgrimido por la parte, se precisa además fundamentarlo.

No hay posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del citado derecho o libertad (art. 178.1LJS y razonado por STC 90/1997, de 6 de mayo). Como el art. 53. CE exige que los procesos de tutela de los derechos fundamentales que discurran ante los tribunales ordinarios, no solo sean preferentes sino también sumarios, el objeto de esta modalidad procesal queda limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública, sin posibilidad de acumulación[16], incluidos tras la LJS que refunde los anteriores arts 175 y 181 LPL,

[16] Garberí Llobregat, J.: El nuevo proceso laboral. Comentarios a la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2011, pág. 370.

la prohibición del tratamiento discriminatorio y del acoso. La demanda será una solicitud de tutela y la sentencia debe declarar o no la vulneración del derecho a no sufrir discriminación con argumentos exclusivamente constitucionales, la ordinaria cesación de la medida o decisión empresarial por nula al ser contraria a los derechos fundamentales y en su caso, la indemnización por tal lesión.

La opción entre utilizar esta modalidad procesal o acudir al proceso de cognición ordinario, queda en manos del recurrente, carácter facultativo[17] *que se recoge en el art. 177.1, "...*podrá recabar su tutela a través de este procedimiento…", y en caso de que no lo haga son las normas reguladoras de la modalidad procesal correspondiente las que se aplicaran mientras no exista disposición especial que ordene otra cosa (art. 184 LJS). La utilización facultativa de este procedimiento acudiendo al ordinario, significa renunciar a sus ventajas, si bien en este caso también es posible abordar todos los fundamentos de la pretensión y no solo los relacionados de forma directa con la tutela de la libertad sindical [STS 30 mayo de 2002 (RJ 2002,7565)]. Sin embargo, se reserva esta facultad para la protección de estos derechos en si mismos y no cuando son causa que vicia actos jurídicos cuya protección está prevista en distintos procedimientos aunque se invoque la lesión de la libertad sindical u otro derecho fundamental, que se tramitarán de forma inexcusable por su modalidad específica[18], en cuyo caso a la demanda se acumularan las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, y se dará carácter preferente al proceso correspondiente de acuerdo con el art. 26.2 LJS.

En general, Hay que partir, de dos premisas básicas. La primera, es que la ley otorga un amplio margen de disponibilidad de la acción a la victima, (se utiliza el verbo "podrá"), por lo que incluso, desde el plano subjetivo, queda a su arbitrio la posibilidad de demandar a determinadas personas (acumulación subjetiva), sin perjuicio del riesgo de sufrir la invocación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario (tema, el de la legitimación al que nos referimos más adelante). Y en segundo lugar, el "objeto" del proceso que nos ocupa, proyecta sus consecuencias a las posibles acumulaciones que se efectúen al mismo. Ya que el mismo queda limitado al conocimiento de la "lesión del derecho fundamental o libertad pública". Ordenando de forma imperativa, que su ejercicio tendrá que serlo a través de dichas modalidades procesales.

Entendiendo la doctrina[19], que la LPL (art. 182), actual LJS (art. 184), opta por un *sistema mixto* de tutela de derechos fundamentales, ya que junto con el pro-

---

[17] Montero Aroca, J. y Lluch Corell, F.J.: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Tirant lo Blanch, 2012, pág. 420. El Tribunal Supremo, en sentencia dictada por la Sala IV constituida en pleno (Sala General) de 14 de julio de 2006 (rec. 5111/2004), afirma que lo decisivo para la adecuación del procedimiento "no es que la pretensión deducida esté correctamente fundada y deba ser estimada, sino que formalmente se sustancie como una pretensión de tutela, es decir, que se afirme por el demandante la existencia de una violación de un derecho fundamental" y no una "infracción simple del ordenamiento jurídico

[18] Martín Valverde, A. y Garcia Murcia, J.: Tratado práctico de Derecho del Trabajo (volumen III), capitulo 41, "Jurisdicción social y procedimiento laboral". Aranzadi, Navarra, 2012, pág. 1050-1051.

[19] Folguera Crespo, J. A: Folguera Crespo, J. A: "De la tutela de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas", en Folguera Crespo, J. A., Salinas Molina, F. y Segoviano Astaburuaga, M. L.: comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Lex Nova, 2ª edición, 2012, pág 691

ceso especial o modalidad de tutela de derechos fundamentales, exclusivamente reservado a la invocación de la libertad sindical o de otros derechos fundamentales y que no es posible acumular a acciones de otra naturaleza fundadas en la legalidad infraconstitucional de acuerdo con el actual art. 178 LJS, en determinados casos, los del art. 184 LJS, se permite la invocación de la tutela de la libertad sindical o de otros derechos fundamentales o libertades públicas, junto con las acciones y pretensiones propias de la respectiva modalidad especial, posibilitando incluir los dos tipos de alegatos en esos procesos. Entendemos no obstante, que de acuerdo con el art. 26.2, como supuesto especial de acumulación, la posibilidad de reclamar o incluir pretensiones de tutela de derechos fundamentales o libertadse públicas queda limitada por imperativo de lo dispuesto en el artículo 184, a la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales y libertades públicas.

Y es que el Legislador establece, de acuerdo con el art. 178.2 LJS, que cuando la tutela del derecho fundamental del trabajador, por los hechos o actos lesivos del empresario, cuente con una modalidad procesal especifica, debe necesariamente realizarse a través de esta. En estos casos, art. 184 LJS, que exige"*…se tramitarán inexcusablemente...*"*, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 26, las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva.*

La prohibición de acumulación que se mantiene en el art. 178.1 LJS, en relación con el listado, ampliado de forma notoria, del art. 184 de las *emanadas de ejercicio necesario a través de la modalidad procesal correspondiente, nos lleva a afirmar que el legislador no ha recogido la pretensión de configurar este proceso especial como la vía adecuada para tutelar todas las conductas lesivas de derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de trabajo, manteniéndose la preferencia por las modalidades procesales por razón de la materia laboral en detrimento de la preferencia por el tipo de derecho vulnerado. Lo que a nuestro entender significa una limitación a la posibilidad* "*podrá*"*, que recoge el art. 177.1, en cuanto a que la parte legitimada activamente, que* "considere lesionados los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso", estará condicionada, en cuanto a la utilización de esta modalidad procesal, a que la conducta del empresario a la venga referida la lesión no se recoja en el actual listado del art. 184 LJS, que hay que decir que ha sido objeto de ampliación en sucesivas reformas desde la redacción por primera vez en la LPL de 1990.

Así en el art.184 LJS, hay pretensiones excluidas de la utilización de la modalidad procesal de tutela, aunque por su objeto hubiesen podido tener cabida en la misma[20], actos por parte del empresario o en alguna ocasión por terceros con ocasión de

[20] Albiol Montesinos, I., Alfonso Mellado, C., Blasco Pellicer, A. y Goerlich Peset, op. Cít., 2010, pág 332, postura confirmada por STS 25 noviembre de 1994.

la relación laboral de acuerdo con la nueva norma, que son presuntamente discriminatorios o constitutivas de acoso, vulneran derechos fundamentales del trabajador y van contra las libertades públicas, que se producen con ocasión de las materias que se recogen en el art. 184 LJS. Siendo estas l*as demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el artículo 139, las de impugnación de convenios colectivos y las de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores.*

Exclusiones que deben ser objeto de una interpretación restrictiva, STS 18 mayo 1992, sin poder entender comprendidas en el precepto materias distintas a las enumeradas. Materias recogidas en la lista del art. 184, que hay que recordar que han sido ampliadas en la Leyes 13/2009, 36/2011, RD 3/2012 y por último por Ley 3/2012 de 6 de julio. *Y al ser una excepción a la regla general debe interpretarse restrictivamente y por ello limitada a los supuestos estrictos a los que se refiere el 184 LJS, so pena de tergiversar e incumplir las exigencias constitucionales del art. 53 CE, de forma que cualquier demanda fuera de los procedimientos enumerados, debe tramitarse por el procedimiento de tutela*[21]. *En este sentido, interesante la STS 9 de mayo 2011 (Rec. nº 4280/10), que* ha reconocido la posibilidad de ejercitar de forma independiente de la acción de extinción del art. 50 del ET y de la acción de tutela del derecho fundamental (por acoso moral), con posibilidad de que ambas prosperen o lleguen a los resultados congruentes con lo alegado y probado en cada uno de dichos procedimientos, sin que ambas acciones hayan de ejercitarse <<inexcusablemente>> por la vía del proceso de extinción, aun cuando la posibilidad de ejercicio conjunto de ambas pretensiones reste reconocido en el actual art. 26.2 LJS[22]

El TS, constituida la sala en pleno, en esta reciente sentencia de 9 mayo 2011 (JUR 2011,223517), aborda y resuelve por primera vez, como se reconoce en el texto de la sentencia[23]; si el ejercicio de la acción de tutela de un derecho fundamental ha de ejercitarse "inexcusablemente" por la vía en el mismo procedimiento en el que

---

[21] Cuestión también analizada por Pozo Moreira, F.J.: Op. Cít., 2012, pág. 271. STS 9 de mayo 2011 (Rec. nº 4280/10) en relación a si el ejercicio de la acción de tutela de un derecho fundamental ha de ejercitarse "inexcusablemente" por la vía del art. 50 en el mismo procedimiento en que se solicito la extinción de la relación laboral o puede ejercitarse por separado, al considerar que el art. 182 LPL (actual 184 LJS) no incluye el de resolución del contrato de trabajo.

[22] Martín Valverde, A. y Garcia Murcia, J. Op. Cít., Navarra, 2012, pág. 1051.

[23] Sí que se planteó en alguna ocasión en relación con el ejercicio de la acción de despido y en este caso sí que se exigió el ejercicio conjunto de ambas acciones sobre los dos argumentos básicos siguientes: el literalista, de que se trata de una previsión claramente contenida en las previsiones expresas del art. 182 LPL , y el finalista consistente en entender que los procedimientos por despido se acomodan a las exigencias garantistas de preferencia y sumariedad que requiere el art. 53 de la Constitución para la tutela judicial de los derechos fundamentales. En tal sentido se pronunció esta Sala en su STS 12-6-2001 (rcud.- 3827/00)

se solicitó la extinción de la relación laboral por la vía del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores o puede ejercitarse por separado, lo que supone decidir previamente si este supuesto debe estimarse incluido o no, dentro de las previsiones del art. 182 LPL (actual 184 LJS) cuando dispone en su redacción actual, que "las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo,…. en que se invoque lesión de la libertad sindical u otro derecho fundamental se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente". Entiende el TS que la *interpretación y aplicación del art. 182 (actual 184 LJS) que se mantuvo en relación con las demandas de despido y que también puede sostenerse en relación con las demandas "por las demás causas de extinción del contrato" no puede mantenerse sin embargo, en relación con las demandas de extinción amparadas en el art. 50 del Estatuto de los Trabajadores, por las mismas dos razones por las que sí se acepta en relación con el despido y las demás modalidades procesales de extinción; a saber: a) porque el art. 184 LJS (a en cuestión sólo se remite en su literalidad a las "modalidades procesales" por las que se tramiten las demandas por despido y otras causas de extinción, lo que incluye una remisión a las "modalidades" por las que se tramita el despido - Capítulo II del Título II (arts. 103-113, despido disciplinario) - y las reguladas en el Capítulo IV (arts. 120-123) que tratan "de la extinción del contrato por causas objetivas y otras causas de extinción", pero sin que dentro de las mismas puedan incluirse las demandas de extinción efectuadas al amparo del art. 50 ET que no se tramitan por ninguno de dichos procedimientos sino por el llamado proceso ordinario; y b) porque aquellas modalidades procesales se acomodan a las exigencias de sumariedad y preferencia exigidas por el art. 53 de la Constitución Española para la tutela judicial de los derechos fundamentales, lo que no puede estimarse ocurra con el proceso laboral ordinario.*

De todo lo dicho y en relación a la doctrina del Tribunal Supremo, se deduce que en nuestro derecho es posible el ejercicio independiente de la acción de extinción del art. 50 ET y de la acción de tutela del derecho fundamental, con posibilidad de que ambas prosperen y lleguen a los resultados congruentes con lo alegado y probado en cada uno de dichos procedimientos, sin que ambas acciones hayan de ejercitarse "inexcusablemente" por la vía del proceso de extinción, sin perjuicio de que esa posibilidad de ejercicio conjunto de ambas pretensiones se produzcan en atención a lo que en la redacción actual del art. 27 LPL se halla previsto sobre el particular por razones de economía procesal de 3-4-1997 (rcud.- 3455/96), 11-3-2004 (rcud.- 3994/02) o 25-11-2004 (rcud.- 6139/03). En el fondo de la aceptación de esta dualidad de reclamaciones se sitúa como razón fundamental ya señalada en la sentencia última citada, el hecho de que en estos casos el daño a resarcir no es uno solo sino que son dos: a) de un lado la pérdida de empleo que ha de atribuirse al incumplimiento empresarial legitimador de la acción rescisoria y que tiene una indemnización legalmente tasada prevista en el art. 50 ET ; y b) de otro, el daño moral que ha de producir -en términos generales y a salvo de lo que en cada caso se acredite - esa conculcación del derecho fundamental.

Retomando el tema de la acumulación y para cerrarlo, añadir que la tesis integrativa que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia han venido exponiendo, para

justificar la acumulación de acciones, conforme al artículo 26.2 LJS en conexión con el contenido del artículo 178.2 y 184 LJS, es la que al otorgar carácter de excepcionalidad a la modalidad procesal de tutela, como supuesto especial de acumulación, conllevara indefectiblemente que se incorpore al proceso especial en que se haya esgrimido la tutela, las "reglas y garantías previstas en este Capítulo, incluida la citación como parte al Ministerio Fiscal[24]." Al estimar conforme a la tesis de la exportabilidad de garantías, que se extiendan las garantías que contiene el proceso de tutela a todas las modalidades procesales acogidas en el artículo 184 LJS[25]. También recogida como tesis de la comunicación de las garantías procesales del proceso de tutela a la modalidad especial, distinta de la de derechos fundamentales, por la que había que canalizarse necesariamente la pretensión de amparo judicial ordinario de derechos fundamentales[26]. Y entendemos, que por aplicación de esta tesis, también cabe la posibilidad de que en aquellas modalidades procesales recogidas en el art. 184 LJS, que no tienen por mandato legal, acceso a recurso, si quepa por lo recogido en los arts, 26.2, 178.2 en relación con el art. 192.2 parf. Segundo LJS[27].

4. BILIOGRAFÍA SELECCIONADA:

ALBIOL MONTESINOS, I., ALFONSO MELLADO, C., BLASCO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J. M.: Derecho Procesal Laboral. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

BAYLOS GRAU, A; CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: Instituciones de Derecho Procesal Laboral, Trotta, Madrid, 1995.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: Los procesos especiales en la Jurisdicción Social, Editorial Bomarzo, Albacete, 2012.

FOLGUERA CRESPO, J. A: "De la tutela de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas", en FOLGUERA CRESPO, J. A., SALINAS MOLINA, F. Y SEGOVIANO ASTABURUAGA, M. L.: comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Lex Nova, 2ª edición, 2012.

GALIANA MORENO, J.M. Y LUJÁN ALCARAZ, J: Proceso ordinario y otras modalidades procesales en MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J. Mª.; SEMPERE NAVARRO, A. V. y RÍOS SALMERÓN, B.; CAVAS

[24] Así se recoge en la reciente Instrucción 4/2012, de 3 de diciembre de 2012, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la jurisdicción social, de la Fiscalía General del Estado, fijando los criterios de actuación del Ministerio Fiscal, cuando dice que, al tramitarse los procesos del 184 LJS, por las normas del proceso especial de Tutela de Derechos Fundamentales, determina la intervención del MF en todos ellos lo que va a suponer un esfuerzo de coordinación y asignación de medios personales para todas las Fiscalías.

[25] González de Patto, R.M.: La dimisión provocada: Estudio Sistemático del Art. 50 del Estatuto de los Trabajadores, Editorial Universidad de Granada, 2008, pág. 64.

[26] Folguera Crespo, J. A: Op. Cit,. 2012, pág. 692.

[27] "Cuando en un mismo proceso se ejerciten una o más acciones acumuladas de las que solamente alguna sea recurrible en suplicación, procederá igualmente dicho recurso, salvo expresa disposición en contrario"

MARTÍNEZ, F. Y LUJÁN ALCARAZ, J.: Curso de Procedimiento Laboral, Tecnos, Madrid, 2012.

GARBERÍ LLOBREGAT, J.: El nuevo proceso laboral. Comentarios a la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2011.

GONZÁLEZ DE PATTO, R:M.: La dimisión provocada: Estudio Sistemático del Art. 50 del Estatuto de los Trabajadores, Editorial Universidad de Granada, 2008.

GUTIÉRREZ PERÉZ, M.: El Procedimiento de Tutela de los Derechos Fundamentales en la Ley 36/2011 de la Jurisdicción Social: ámbito material, legitimación, carácter potestativo y plazos de interposición, REDT, Civitas, 2012.

LOPÉZ BALAGUER M.: "El procedimiento de oficio, el proceso de conflictos colectivos, el proceso de impugnación de convenios colectivos y el proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas" en VV. AA.: La reforma del proceso laboral. La nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social. BLASCO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J.M. (dirs). Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

LOUSADA AROCHENA, J.F.: La tutela de los derechos fundamentales y de as libertades públicas en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Editorial Bomarzo, Albacete, 2012.

MARTÍN VALVERDE, A.: *Las Reformas de la Ley de Procedimiento Laboral (1958-2010)*. Revista española de Derecho del Trabajo, Civitas, Julio-Septiembre 2011.

MARTÍN VALVERDE, A. Y GARCIA MURCIA, J.: Tratado práctico de Derecho del Trabajo (volumen III), capitulo 41, "Jurisdicción social y procedimiento laboral". Aranzadi, Navarra, 2012.

MONTERO AROCA, J. Y LLUCH CORELL, F.J.: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Tirant lo Blanch, 2012.

MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J. Mª.; SEMPERE NAVARRO, A. V. y RÍOS SALMERÓN, B.: Curso de Procedimiento Laboral, Tecnos, Madrid, 2005.

MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C.; MORENO VIDA, M. N.; OLARTE ENCABO, S. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J, A., *Manual de Derecho Procesal Laboral: Teoría y Práctica,* MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir) MOYA AMADOR, R. Y SERRANO FALCÓN, C. (Coords), Tecnos, Madrid, 2012.

PALOMEQUE LOPÉZ, M. C.: *La tutela judicial* en CRUZ VILLALON, J Y VALDÉS DAL-RE, F.: Lecturas sobre la reforma del proceso laboral. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

POZO MOREIRA, F.J.: La tutela judicial de las nuevas causas de discriminación. La cláusula abierta de no discriminación del art. 14 de la constitución en las relaciones laborales., Edt. Andavira S.L. Santiago de Compostela, 2012.

LA REAFIRMACIÓN DEL "DERECHO SINDICAL" A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRAS LAS ÚLTIMAS REFORMAS LABORALES

Natalia Tomás Jiménez
Profesora Ayudante Doctora
Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. ARGUMENTOS A FAVOR DEL "DERECHO SINDICAL" A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL
   2.1. La Normativa Internacional y el Derecho Comparado apoyan una tesis inclusiva
   2.2. Doctrina del Tribunal Constitucional: La negociación colectiva como un contenido esencial del derecho a la libertad sindical. Predominio de una concepción orgánica o subjetiva del derecho a la libertad sindical
3. EL SINDICATO COMO SUJETO NEGOCIADOR PREFERENTE DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS ESTATUTARIOS TRAS EL REAL DECRETO -LEY 7/2011, DE 10 DE JUNIO
   3.1. Convenios colectivos estatutarios de empresa o de ámbito inferior
   3.2. Convenios colectivos estatutarios de grupos de empresas y de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación
   3.3. Convenios colectivos estatutarios dirigidos a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico: los «convenios franja»
   3.4. Convenios colectivos estatutarios sectoriales

4. REFLEXIÓN FINAL: LA REAFIRMACIÓN NORMATIVA DE LOS SINDICATOS COMO SUJETOS NEGOCIADORES PREFERENTES PERO EN UN CONTEXTO ADVERSO. ALEGATO DEL DERECHO SINDICAL A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
5. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

1. INTRODUCCIÓN

En un contexto en el que se cuestiona la efectividad del modelo de relaciones laborales colectivas, y especialmente el modelo de negociación colectiva, donde las últimas reformas laborales han acentuado la crisis de este modelo y desmantelado ejes esenciales del mismo como la eficacia normativa y personal erga omnes característica de los convenios colectivos estatutarios, el número de trabajadores cubiertos por los convenios colectivos ha descendido[1] (lo que puede explicarse como una consecuencia directa de la destrucción de empleo que está padeciendo España, y quizás también pueda ser un indicador de un incremento de economía sumergida, pero no deriva de las deficiencias del propio sistema de negociación colectiva), o se asiste a la invasión constante de las fuentes heterónomas en materias propias de la autonomía colectiva[2], etc.; debe señalarse como una de las escasas virtudes de estas reformas, la reafirmación legal del sindicato como sujeto colectivo negociador por antonomasia, en coherencia a la interpretación sistemática que procede realizarse del bloque sindical en la Constitución Española, y concretamente en este caso de los arts. 7, 28. 1 y 37. 1, entendiéndose que la configuración del derecho a la libertad sindical con un contenido complejo en el que se localiza un contenido esencial de construcción eminentemente constitucional, y un contenido adicional

[1] En concreto, aunque son datos todavía provisionales (sólo se han incorporado los convenios cuya información se ha recibido hasta octubre de 2012 con efectos económicos en el año correspondiente), se han contabilizado un total de 4.833.549 trabajadores cubiertos, mientras que, en octubre de 2011 esta cifra alcanzaba a 5.507. 900 trabajadores; apreciándose una tendencia descendente en las estadísticas desde 2008, cuando eran 11.968.100 trabajadores cubiertos aproximadamente, mientras que el 2011, los datos provisionales contabilizan 9.005. 200 trabajadores, habiéndose logrado en el 2010 ya cubrir solamente a 10.794. 300 trabajadores. Véanse con detenimiento las estadísticas del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: <http://www.empleo.gob.es/estadisticas/cct/CCT12octAv/cc1/ce_12_top_EXCEL.htm>.

Asimismo, en la Comunidad Autónoma de Andalucía también se constata esta pérdida progresiva de trabajadores cubiertos por los convenios colectivos, observándose que en 2011 eran 1.036.757 trabajadores y en 2012 son 831.153, según datos recogidos en el *Informe Estadístico de la Negociación Colectiva en Andalucía, noviembre 2012*, elaborado por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, pág. 7, <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document_library/get_file?uuid=8197add0-93b5-4d3b-8558-3360a2236f83&groupId=10128>.

[2] Véase en este sentido como ejemplo muy significativo, y entre otros muchos, la suspensión unilateral y continuada del régimen económico convencional de los empleados públicos, comentado en Molina Navarrete, C.: "De la "flexibilidad laboral" al "ajuste social total": lo que el "austeritario" Real Decreto-Ley 20/2012 se llevó, de momento", *Revista de trabajo y seguridad social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 356, 2012, págs. 50 y ss.

de formulación legal y convencional, sustenta la interpretación que defiende que dentro de ese contenido esencial se encuentra el derecho a la negociación colectiva como una herramienta imprescindible de acción sindical sin la cual el derecho a la libertad sindical quedaría totalmente desvirtuado e irreconocible como tal[3]. Las últimas reformas laborales han reforzado esta doctrina del "derecho sindical" a la negociación colectiva al otorgar al sindicato y a sus instancias representativas, las secciones sindicales, una preferencia para negociar convenios colectivos estatutarios y los acuerdos de inaplicación, en perjuicio de otros sujetos colectivos como los representantes unitarios que no tienen tal protección constitucional sino que sólo se encuentran implícitamente referenciados en el art. 129. 2 CE.

2. ARGUMENTOS A FAVOR DEL "DERECHO SINDICAL" A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

2.1. La Normativa Internacional y el Derecho Comparado apoyan una tesis inclusiva

La regulación vertida por la OIT en esta materia se sustenta en una concepción amplia de la libertad plena de organización y de acción sindical, por lo que se podría incluir en la esfera de protección del derecho a la libertad sindical al derecho a la negociación colectiva, siendo diversos los textos jurídicos que hacen alusión, aunque sea de forma indirecta, al derecho a la negociación colectiva vía reconocimiento del derecho a la libertad sindical. Por ejemplo, el Convenio núm. 87 OIT, de 1948, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación[4], interpreta en sentido amplio el derecho de libertad sindical, comprendiendo tanto "el derecho de organización sindical como el derecho a ejercer actividades sindicales dentro y fuera de los centros productivos", actividades entre las que debe incluirse la negociación colectiva. Asimismo, la misma rúbrica del Convenio núm. 98 OIT, de 1949, "sobre aplicación de los principios del derecho de sindicación y negociación colectiva"[5], induce a esta inexorable relación entre los derechos de libertad sindical y negociación colectiva, entendiendo el Comité de Libertad Sindical de la OIT que la ausencia del derecho a la negociación

---

[3] Consúltese Monereo Pérez, J. L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Bomarzo, Albacete, 2009, pág. 32, resaltando lo importante es que es el momento de la normación positiva al más alto nivel otorgando así a estos derechos "un rango superior o de supralegalidad que permita la conformación del contenido esencial del derecho mediante su institucionalización jurídico-constitucional, sustrayéndolo a la disponibilidad del legislador ordinario".

[4] Un estudio monográfico de esta norma en Potobsky, G. V.: "El Convenio número 87, su impacto y la acción de la OIT", *Revista internacional del trabajo,* vol. 117, núm. 2, Ejemplar dedicado a: Derechos laborales, derechos humanos, 1998, págs. 217-242.

[5] Rodríguez-Piñero, M.: "La protección internacional de la negociación colectiva: una difícil tarea", *Relaciones Laborales*, núm. 18, 2006, págs. 4 y ss., advierte que a pesar de la rúbrica del Convenio núm. 98 OIT, no proporciona una auténtica regulación del derecho a la negociación colectiva, ya que no puede extraerse de esta norma la consideración del convenio colectivo como fuente reguladora del Derecho del Trabajo ni las singularidades que requiere su protección y consagración como tal fuente reguladora.

colectiva en un Estado obligaba a considerarlo como contrario al principio de libertad sindical[6].

Por otro lado, en el plano de la Unión Europea, es importante tener en cuenta que el Derecho sindical es un terreno prácticamente virgen para el Derecho comunitario, en cuanto se trata de una cuestión que se reserva a la legislación interna de los Estados miembros, limitándose la normativa comunitaria al reconocimiento de determinados derechos sindicales. En este sentido, cobra especial importancia la configuración que se plasma en la Carta Social Europea (art. 6), al entender que "el derecho sindical es en sí un derecho de acción al mismo tiempo que una libertad"[7]. Igualmente, el art. 12. 1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) (2007/C 303/01), en su versión consolidada de 2007[8], recoge el derecho a la libertad sindical, y en el art. 28 eleva la negociación colectiva a fuente de Derecho Social comunitario, estableciendo que los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad, con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga[9]; configurándose por tanto también un bloque sindical en el ámbito de la Unión Europea.

Asimismo, la estrecha relación entre el derecho a la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva no es un hecho extraño en el Derecho Comparado. Por ejemplo, en la Constitución Alemana se contiene una alusión genérica del derecho de asociación y ahí se entiende incluido el derecho a la negociación colectiva. En Italia también se incluye la negociación colectiva dentro de la libertad sindical (art. 39. 1 Const.)[10], con el inconveniente de que el art. 39. 4 Const. exige que para que los convenios colectivos gocen de eficacia erga omnes

---

[6] En este sentido, Diéguez Cuervo, G.: "La negociación colectiva en las Resoluciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT", *Revista de Política Social*, núm. 112, 1976, págs. 39 y ss., citando el Caso núm. 14 respecto a Checoslovaquia.

[7] Verdier: "Syndicats", en VV. AA., Camerlynck, G. H.: *Traite Droit du Travail*, tomo V, París, 1966, pág. 135. Según el Comité de Libertad Sindical de la OIT, el derecho de libre negociación colectiva «constituye un derecho sindical fundamental» *(*véase *La OIT. Organización y doctrina,* Madrid, 1977, pág. 371).

[8] Repárese que la CDFUE tiene rango de Tratado en aras del art. 6. 1 TUE, que establece que la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Para una evolución del derecho a la negociación colectiva en la UE véase Serrano García, J.: "Efectos del reconocimiento del derecho a la negociación colectiva en la Constitución Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005, págs. 303 y ss.

[9] Monereo Pérez, J. L.: *La protección de…,* op. cit., pág. 233.

[10] Fontana, G.: "Informe italiano", en VV. AA., Sala Franco, T. (Dir.): *El sistema de negociación colectiva en la Europa comunitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 353: "la negociación colectiva al estar integrada en la libertad sindical que reconoce el art. 39. 1 Const., debe poder ser desarrollada libremente por todas las organizaciones sindicales, sin perjuicio de verificar después, sucesivamente, al final de las negociaciones, si el producto de la autonomía colectiva resulta idóneo para producir los especiales efectos queridos por la ley, en la medida en que venga realizado por los sindicatos o por el sindicato comparativamente más representativo".

deben ser negociados por sindicatos registrados según la normativa; normativa que aún no se ha elaborado, por lo que en la práctica es imposible negociar convenios colectivos de eficacia general en Italia, predominando, no obstante, los convenios de eficacia personal inter partes, habiéndose extendido la eficacia de estos convenios por la jurisprudencia y el legislador, no acomodándose del todo a lo dispuesto en la Constitución Italiana, pero atendiendo así a las exigencias de la realidad laboral[11].

2.2. Doctrina del Tribunal Constitucional: La negociación colectiva como un contenido esencial del derecho a la libertad sindical. Predominio de una concepción orgánica o subjetiva del derecho a la libertad sindical

En el Anteproyecto de la Constitución aparecían conjuntamente regulados, en el art. 31, derechos sindicales, negociación colectiva, conflictos y huelga, lo que evidencia su conexión reconocida por el propio constituyente en un momento inicial[12]. No obstante, al final se produjo la segregación de los derechos colectivos de índole laboral, ubicándose en diferentes preceptos, aunque ello no es óbice para apreciar una íntima relación. Para comprender en su totalidad la configuración constitucional del derecho a la libertad sindical y del derecho a la negociación colectiva, es preciso observarlos dentro de un bloque de preceptos que la Constitución suministra respecto de la organización sindical de intereses colectivos. Es lo que se denomina el grupo normativo regulador del "hecho sindical", compuesto por los artículos 7, 28 y 37 de la Constitución Española, y que determina el modelo de relaciones colectivas resultante de la Constitución[13]. Este modelo descansa esencialmente sobre la función reguladora de las condiciones de trabajo que los interlocutores sociales articulan en virtud de su autonomía colectiva, sustituyendo en parte al papel regulador del Estado como fuente exclusiva o preferente de las relaciones de trabajo; asistiéndose a una redefinición del sistema de fuentes jurídico-laborales que impulsa a la virtualidad reguladora de la autonomía y negociación colectiva al primer plano del esquema normativo en cuanto a relaciones laborales se refiere.

---

[11] Caballero Pérez, Mª. J.; Tomás Jiménez, N.: "Eficacia personal de los convenios colectivos en una perspectiva comparada: España e Italia", en VV. AA., Monereo Pérez, J. L. (Dir.): *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada*, Comares, Granada, 2011, págs. 584 y ss.; Giugni, G.: *Diritto Sindacale*, Cacucci, Bari, 2006, págs. 142 y ss.; López Terrada, E.: "El sistema italiano de negociación colectiva", en VV. AA., Sala Franco, T. (dir.): *El sistema de negociación colectiva en la Europa comunitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 343; Lunardon, F.: *Efficacia soggettiva del contratto collettivo e democracia sindacale*, G. Giappichelli, Torino, 1999, págs. 96 y ss.; Veneziani, B., "La negociación colectiva en Italia", en VV. AA.: *La negociación colectiva en Europa*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, págs. 165 y ss.

[12] Vida Soria, J.: "Génesis de las normas laborales en la Constitución Española de 1978", en VV. AA.: *Estudios de Derecho del Trabajo. En memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, págs. 255 y ss.

[13] El profesor Alonso Olea (en "Art. 37.1. Negociación colectiva", en VV. AA., Alzaga Villaamil, O. (dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo III (Arts. 24 a 38), Edersa, Madrid, 1996, pág. 670) subraya que la conexión del art. 37. 1 es tan íntima con los arts. 7 y 28 CE, que "sin su referencia a él, y la ésta a aquéllos, unos y otros son incomprensibles".

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación de conjunto del "bloque sindical", y en lo que a esta comunicación se refiere es preciso destacar que el derecho a la negociación colectiva resulta integrado en el contenido esencial del derecho a la libertad sindical[14], defendiéndose que para que los sindicatos y asociaciones empresariales puedan "contribuir a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios" y puedan ejercer la libertad sindical en toda su amplitud, ha de reconocérseles el derecho al ejercicio autónomo de la negociación colectiva; pero no todas sus manifestaciones tienen cabida en el derecho a la libertad sindical, ya que eso supondría una extensión innecesaria desde la perspectiva de la protección del derecho a la libertad sindical. No obstante, y a pesar de las críticas que algunos reconocidos autores han vertido al respecto[15], debe valorarse de forma positiva esa interpretación del Alto Tribunal[16], estribando el problema ahora en determinar cuáles de esas manifestaciones sí están incluidas y cuáles no, algo esencial ya que gozarían de la mayor garantía que les proporciona el ser consideradas como un derecho fundamental en sentido estricto. Sin duda, no puede sindicalizarse todo el derecho a la negociación colectiva ya que el derecho a la negociación colectiva no se integra en su totalidad en el contenido esencial del derecho a la libertad sindical desde la perspectiva constitucional. El Tribunal Constitucional ha ido resolviendo múltiples litigios planteados al respecto y en la actualidad se trata de una confusión prácticamente zanjada, pudiendo observarse en este sentido numerosa jurisprudencia, y muy especialmente la STC núm. 118/1983, de 13 de diciembre[17].

---

[14] Ojeda Avilés, A.: "Delimitación, contenido y restricciones de la libertad sindical (artículos 1º, 2º y 3º LOLS)", en VV. AA., Rodríguez Piñero, M. (coord.): *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 31, observa que el TC, inspirándose en el Derecho Germánico, alude al contenido esencial como "aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea recognoscible como derecho perteneciente a un determinado tipo".

Para una visión constitucionalista del derecho a la libertad sindical, véase Marín Moral, I.: *Libertad sindical y Constitución*, Laborum, Murcia, 2003.

[15] Ante las críticas sobre la excesiva amplitud de la interpretación del TC sobre el contenido esencial del derecho a la libertad sindical, ha de subrayarse que no todas las manifestaciones del derecho a la negociación colectiva estarían incluidas en el art. 28. 1 CE. Así, por ejemplo, el profesor Ojeda Avilés, A. ("Delimitación, contenido…", op. cit., págs. 31-32) parece entender al exponer su crítica que el TC incluye todos los aspectos de la negociación colectiva.

[16] Entre la jurisprudencia que compone esta sólida doctrina pueden citarse, entre otras, las SSTC núm. 23/1983, de 25 de marzo; núm. 70/1982, de 29 de noviembre; núm. 37/1983, de 11 de mayo; núm. 118/1983, de 13 de diciembre; núm. 45/1984, de 17 de marzo; núm. 61/1989, de 2 de abril; núm. 127/1995, de 25 de julio; núm. 121/2001, de 4 de junio; núm. 238/2005, de 26 de septiembre.

[17] Véase por todas, la citada STC núm. 118/1983, de 13 de diciembre, que analiza el alcance subjetivo del derecho reconocido en el art. 28. 1 CE. en su relación con el 37. 1. La STC núm. 118/1983, se muestra tajante en que "lo que no resulta posible es afirmar, sin otras precisiones adicionales, que toda infracción del art. 37. 1 de la CE lo es también del art. 28.1, de forma que aquélla fuera siempre objeto del amparo constitucional, pues ello supone desconocer tanto el significado estricto de este último precepto como la posición del primero ajena a los derechos y libertades que conforme a la Constitución y a la Ley Orgánica del Tribunal son susceptibles de amparo" (F. J. 3º, in fine).

Afirma la sentencia que se permite "en nuestro ordenamiento positivo la existencia de un sistema sindical dual en el que la acción sindical, entendida en cuanto actividad dirigida a la representación y defensa de los intereses de los trabajadores puede ser ejercida, sin entrar ahora en otras posibilidades, tanto por el sindicato como por el Comité de Empresa, ello no significa ni que exista una indefinición constitucional ni

Por otro lado, la doctrina constitucional es unánime al atribuir la titularidad del derecho a la libertad sindical en su vertiente colectiva a los sindicatos y no a otros sujetos colectivos (como los representantes electivos de los trabajadores), que son creación de la Ley y no emanan directamente del texto constitucional (arts. 7 y 28. 1 CE), encontrando sólo una indirecta vinculación con el art. 129. 2 CE, (por todas, SSTC núm. 37/1983, F.J. 4º; núm. 118/1983, F.J. 2º; y núm. 98/1985, F.J. 3º). Del predominio de esta concepción orgánica o subjetiva del derecho a la libertad sindical se derivan multitud de supuestos problemáticos, acogiéndose a su vez una doctrina también amplia para tratar de proteger a través de la tutela del derecho a la libertad sindical acciones indirectas como por ejemplo una reunión para convocar elecciones a representación unitaria por considerarla en un momento presindical en el cual se desarrollan actos preparatorios y previos de una acción propiamente sindical, actos que en ocasiones se configuran como presupuesto necesario de esta acción sindical (STC núm. 197/1990, de 29 de noviembre, F. J. 3º).

Si bien ha sido muy criticado que el Tribunal Constitucional haya optado por una configuración subjetiva u orgánica del derecho de acción sindical, en lugar de haber adoptado un criterio funcional[18], lo cierto es que ha concluido de forma contundente que sólo el sindicato es titular de los derechos de libertad sindical del art. 28. 1 CE y sólo él puede utilizar por ello el mecanismo del amparo constitucional para demandar posibles vulneraciones de este derecho. Pero, según la Constitución Española, ¿sólo los sindicatos pueden negociar colectivamente? No, esta concepción orgánica no es óbice para entender que la titularidad constitucional del derecho a la negociación colectiva es eminentemente colectiva, abierta y plural. No obstante, aunque la Constitución no determina quiénes son los sujetos negociadores y tampoco monopoliza el derecho a la negociación colectiva, no debe calificarse como neutral o indefinida, ya que permite una amplia

una identidad entre todos los sujetos susceptibles del ejercicio de funciones sindicales. Por el contrario, el art. 7 de la norma fundamental constitucionaliza al sindicato no haciendo lo mismo con el Comité de Empresa, que es creación de la Ley y sólo puede encontrar, como dijera la Sentencia de este Tribunal núm. 37/1983, de 11 de mayo («Boletín Oficial del Estado» de 20 de mayo), una indirecta vinculación con el art. 129. 2 de la Constitución […] La constitucionalización del sindicato ofrece, como no podía ser menos, su influencia en el problema aquí debatido, porque, atribuyendo el art. 7 a tal organización la función de contribuir a la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores, le atribuye consiguientemente el ejercicio de aquellos derechos necesarios para el cumplimiento de tal función y que constituyen manifestación ineludible de la libertad sindical reconocida en el art. 28.1 de la CE., en su vertiente colectiva, de forma que el impedimento o la obstaculización a tal ejercicio constituye no sólo vulneración del precepto constitucional que consagra cada concreto derecho, sino también del propio art. 28.1. De más está señalar que lo mismo no puede ser predicado del Comité de Empresa que, en la medida en que la Ley le atribuya el papel de representante a que se refiere el art. 37.1 de la CE., podrá ver vulnerado su derecho a la negociación pero no al de libertad sindical, pues ésta no alcanza a cubrir constitucionalmente la actividad sindical del Comité" (Fundamento Jurídico Cuarto).

Para una evolución de esta jurisprudencia, consúltese entre otros, Carmona Contreras, A. M.: *La conflictiva relación entre libertad sindical y negociación colectiva. Aproximación crítica a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2000, págs. 58 y ss., apuntando no obstante que puede apreciarse cierta ambigüedad en la jurisprudencia del TC a principios de los ochenta pero que la STC núm. 118/1983 despejaría toda posible duda asentando esa configuración orgánica del derecho a la libertad sindical.

[18] Alonso Olea, M.: *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 261.

gama de posibles desarrollos en la legislación ordinaria, infraconstitucional y en la práctica sindical y judicial, pero preceptos como el art. 7 de la Constitución y la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los arts. 28. 1 y 37. 1 lo han ido configurando en pro de los sindicatos. Por tanto, los otros sujetos colectivos de naturaleza no sindical, pese a llevar a cabo tareas de negociación colectiva, quedan excluidos de esta titularidad y no podrán utilizar la vía del recurso de amparo para defender su derecho a la negociación colectiva[19]. La defensa de esta configuración orgánica que realiza el Tribunal Constitucional se sustenta en que el sindicato no se encuentra en una posición de paridad respecto del resto de organizaciones y representaciones de defensa de intereses laborales, sino que ocupa una posición privilegiada derivada de que el propio art. 7 CE así lo contempla, adquiriendo la condición de "instituciones de relevancia constitucional"[20]. En la línea de los planteamientos del ilustre Adolfo Posada, el sindicato está llamado a desempeñar una función pública o institucional, convirtiéndose en una pieza esencial del sistema, pero conservando su identidad colectiva y su función de mecanismo de armonización de la diversidad de intereses a través de la negociación colectiva[21].

El bloque constitucional que regula las relaciones laborales colectivas tiene una gran trascendencia en este sentido, siendo pertinente el análisis sucinto del art. 7 CE en relación a esta cuestión[22]. La ubicación del art. 7 en el Título preliminar de la Constitución Española y la consideración de los sindicatos como pilares del sistema económico y social suponen avances muy significativos en el sistema democrático y plural que se instaura tras la Constitución Española[23]. Este precepto define el papel institucional del sindicato, convirtiéndolo en un agente negociador o contractual de los intereses de los trabajadores, debiendo ser siempre democráticos, y abriéndose así un nuevo camino, inicialmente poco imaginado, que es el de su legitimidad para participar como protagonistas en actividades de carácter público. A partir de ahí, los sindicatos y las asociaciones empresariales adquieren una personalidad "semipública", muy poco perfilada, que los legitima para intervenir en órganos públicos y participar en actividades públicas también. La virtualidad de este precepto se aprecia en la influencia que

---

[19] Valdés Dal-Ré, F.: "Art. 37. 1. El derecho constitucional a la negociación colectiva", en VV. AA., Casas Baamonde, M. E., Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (Dirs.): *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pág. 969, que se muestra partidario de esta concepción orgánica o subjetiva realizada por el TC.

[20] STC núm. 184/1991, de 30 de septiembre; STC núm. 222/2005, de 12 de septiembre.

[21] Monereo Pérez, J. L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, págs. 166 y ss.

[22] Valdeolivas García, Y.: *Las conductas lesivas de la libertad sindical*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1994, pág. 39, señalando la necesidad de tomar en consideración el art. 7 CE, entre otros preceptos, para llevar a cabo cualquier intento de definición de la libertad sindical.

[23] Vida Soria, J.: "Génesis de las normas laborales…", op. cit., pág. 252, considerando que el art. 7 podría haber desaparecido del Título Primero de la Constitución sin gran costo para su configuración jurídica y su valoración político-institucional, pero que su pervivencia abre una vía nueva de interpretación acerca de la esencia política, jurídica e institucional de los mismos.

despliega sobre otros preceptos constitucionales, siendo considerada como la norma de partida de la democracia participativa en el ámbito socio-económico, interpretándose en relación con el art. 9.2 CE[24].

El riesgo de esta doble actuación estriba en que el sindicato adopte una actitud de fiel colaboración con el Estado, relegando a un segundo lugar su papel de instrumento de control sobre él y sirviendo más bien como un mecanismo de conservación del sistema establecido sometido a las opciones de gobierno de cada momento[25]. No obstante, la autonomía colectiva, como espacio propio de la actividad sindical, debe cumplir con una función institucional de los sujetos colectivos para la tutela de los intereses que le son propios y que actúan en base a un poder social reconocido como prerrogativa por el ordenamiento estatal, relegando la concepción de la autonomía colectiva como libertad desplegada por un grupo como mecanismo organizado de autotutela[26], siendo coherente con los postulados del Constitucionalismo Social donde la autonomía colectiva no puede desconectarse de la articulación de las instituciones públicas[27].

A pesar de esta disertación a favor de la necesidad de que se proteja al sindicato como pilar esencial en el sistema de relaciones laborales y como sujeto incluso sociopolítico, no se desconoce que quizás una de las razones principales que impulsaron al Tribunal Constitucional a imponer una concepción orgánica del derecho a la libertad sindical radica en el intento de minorar el poder de la representación unitaria, causante en parte de la debilidad sindical que padece España[28], y que conecta directamente con el análisis que a continuación se realiza de las últimas reformas laborales que destacan, entre sus contadas virtudes, por el impulso de un modelo legal de negociación colectiva coherente con el derecho sindical a la negociación colectiva en lo que a titularidad se refiere.

---

[24] El Tribunal Constitucional, conforme a estas formulaciones, concibe a los sindicatos de los trabajadores como organismos básicos del sistema político (STC núm. 11/1981, de 8 de abril), como sujetos sociopolíticos que deben intervenir en la toma de decisiones políticas y en la definición del marco de negociación intentando que se amplíe progresivamente en su favor.

[25] Una visión del art. 7 CE que destaca la importancia del mismo y la relevancia del sindicato como sujeto socio-político, véase en Moreno Vida, Mª. N.: "Persona, conflicto social y pluralismo: grupos organizados y mediación de los conflictos", en VV.AA., Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N. (dirs.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Comares, Granada, 2002, págs. 117-128.

[26] Rodríguez-Piñero, M.: "Autonomía colectiva y sistema constitucional", *Relaciones Laborales*, núm. 18, 1998, pág. 4.

[27] Montalvo Correa, J.: "Diálogo Social y Relaciones Laborales", en VV.AA., Sempere Navarro, A. V. (dir.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, págs. 186-187.

[28] Ojeda Avilés, A.: "Un contenido esencial algo venial. O los problemas técnicos de una dispersión hermenéutica", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 40, 1990, págs. 581 y ss.

3. EL SINDICATO COMO SUJETO NEGOCIADOR PREFERENTE DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS ESTATUTARIOS TRAS EL REAL DECRETO-LEY 7/2011, DE 10 DE JUNIO

El Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, ha proporcionado una nueva regulación de algunos aspectos que se refieren a la legitimación en los convenios estatutarios y ha intentado ordenar algunas cuestiones que presentaban ciertos defectos de estructura formal[29]. No obstante, las reglas de legitimación impuestas por el Estatuto de los Trabajadores se mantienen dentro de la lógica tradicional después de la reforma operada a través de este Real Decreto-Ley 7/2011, siendo pacíficamente aceptadas por sus protagonistas[30], sin que haya existido un cambio en el modelo sobre el que descansa tal regulación, y sin perjuicio de que en otros bloques de la negociación colectiva sí quepa hablar de reforma estructural de "fino bisturí" desde una perspectiva de conjunto[31]; si bien es cierto que se ha potenciado la participación de los sindicatos como sujetos negociadores preferentes, aunque no en todos los niveles negociales de forma excluyente y desde luego teniendo en cuenta que aunque se pueda recordar a la época franquista, donde predominaba el sindicato, desde luego lo hace en un contexto jurídico-sindical muy diferente.

Se invita a participar al sindicato a través de sus diferentes "personificaciones", ya sea a través de los sindicatos directamente, o de las secciones sindicales, o utilizando la figura del sindicato más representativo. En este sentido, y a modo de ejemplo, dadas las limitaciones de extensión, pueden concretarse algunos aspectos significativos atendiendo a cada nivel negocial concreto.

3.1. Convenios colectivos estatutarios de empresa o de ámbito inferior

El Real Decreto-ley 7/2011 ha reformado el primer párrafo del art. 87. 1 ET, estableciendo que en representación de los trabajadores estarán legitimados para negociar el comité de empresa, los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité; completándose en el segundo párrafo con un requisito que más bien puede encuadrarse dentro de la legitimación plena, consistente en que la intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal. Esta mayoría de las secciones sindicales también se requería en el antiguo art. 87. 1 ET, aunque con una redacción más confusa.

---

[29] Gómez Abelleira, F. J.: "La reforma de las garantías subjetivas de la negociación colectiva: legitimación negocial y comisión negociadora", en VV. AA., García Perrote Escartín, I., Mercader Uguina, J. R. (Dirs.): *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 131.

[30] Cruz Villalón, J.: "Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011", en VV. AA., García Perrote Escartín, I, Mercader Uguina, J. R. (Dirs.): *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 34.

[31] Cruz Villalón, J.: "Texto y contexto…", op. cit., págs. 28-29.

De forma sintética, se defiende que el sindicato continúa siendo un sujeto negociador válido a pesar de la modificación en la redacción de la norma al sustituir "representaciones sindicales" por "secciones sindicales", siendo posible continuar aplicando la doctrina del Tribunal Supremo en este sentido (STS 28 de febrero de 2000, rec. núm. 2040/1999, FJ. 3; SSTS 14 de julio de 2000, rec. núm. 2723/1999, FJ. 1, y 25 de enero de 2005, rec. núm. 187/2003, FJ. 2; entre otras), y ello a pesar de algunas interpretaciones doctrinales vertidas al contrario tras el Real Decreto-ley 7/2011. Debe resolverse todo posible conflicto al respecto teniendo en cuenta que las secciones sindicales son meros órganos del sindicato y que a éste corresponde originariamente el derecho a la negociación colectiva en cuanto a formar parte de la actividad sindical tal y como declara el art. 2. 2 d) LOLS en relación con el art. 28 CE, resaltándose una vez más la primacía de la configuración subjetiva u orgánica del derecho de acción sindical que mantiene el Tribunal Constitucional[32].

Por otro lado, la reforma también configura a las secciones sindicales como llamadas a negociar preferentemente frente a los representantes unitarios, aunque no de forma ilimitada. Las razones que inspiran esta modificación normativa en aras de atribuir preferencia a las secciones sindicales se basan en las reivindicaciones conjuntas de los sindicatos, principalmente los mayoritarios, es decir ahora sí están de acuerdo CCOO y UGT, a diferencia de cuando se tramitaba el Proyecto del Estatuto de los Trabajadores en 1979, que observan cómo se les va restando poder porque su exclusividad negociadora se concentra en los convenios colectivos sectoriales, y ya también en los grupos de empresas y empresas red; mientras que las reformas de la estructura de la negociación colectiva apuestan claramente por los convenios de empresa. En este sentido, los sindicatos han exigido que se les confiera preferencia en la negociación de los convenios de empresa y ámbito inferior, frente a la representación unitaria; e incluso debe entenderse que el propio sindicato goza directamente de esta preferencia al afirmarse que a pesar de la sustitución de "representaciones sindicales" por "secciones sindicales" en el art. 87. 1 ET, éste continúa pudiendo negociar en este nivel con el apoyo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo[33].

Esta potenciación del poder sindical en las reglas de legitimación negocial no sólo se detecta en la regulación del art. 87. 1 ET, sino también en los casos de acuerdos de empresas para la modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41. 4, segundo párrafo ET[34]), o entre otros, los acuerdos de inaplicación sala-

---

[32] Para mayor profundidad, véase Tomás Jiménez, N.: *Los sujetos del convenio colectivo. Partes negociadoras*, Comares, Granada, 2013, págs. 251 y ss.

[33] Afirmando esta posibilidad, Gárate Castro, J.: "La reforma de las reglas de la legitimación (inicial y plena) para negociar convenios colectivos", *Relaciones Laborales*, núm. 23-24, 2011, pág. 67.

[34] El art. 41. 4 ET prevé que la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal; es decir, no deja margen de actuación a la representación unitaria. Asimismo, establece en el cuarto párrafo del art. 41. 4 que en las empresas en las que no exista representación legal de los trabajadores, éstos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una

rial del art. 82. 3 ET, que si bien primero se aplicarán las reglas del art. 87. 1 ET, pero en el caso de que no exista representación legal en la empresa, se remite a las reglas del art. 41. 4 ET. Esta apuesta por los poderes sindicales no se trata de una opción normativa desconocida en el ordenamiento jurídico español. Ya está instalada en las reglas de legitimación negocial en el caso de los funcionarios públicos, si bien con carácter exclusivo por lo que aún es más radical, y en los ordenamientos jurídicos de otros países como Francia.

Desde una perspectiva constitucional, esta preferencia otorgada en la negociación de empresa a las secciones sindicales es una opción que encaja mejor en la configuración constitucional del bloque sindical, donde tienen un papel predominante las organizaciones sindicales (arts. 7 y 28. 1 CE), otorgando esta preferencia el espacio propio y natural que corresponde a los sindicatos, siendo por tanto positiva y coherente esa preferencia negocial con la primacía constitucional del sindicato[35]; mientras que la representación unitaria es de creación legal y por tanto puede desaparecer en cualquier momento si así se estima conveniente por el legislador[36].

Por tanto, el legislador ha tratado de "paralizar" la realidad de que la representación unitaria es el sujeto negociador dominante en el ámbito de la empresa, y redirigir este protagonismo hace las secciones sindicales, algo trascendental desde la perspectiva de que el Real Decreto-ley 7/2011 y la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, han potenciado los convenios de empresa con la nuevas reglas sobre concurrencia de convenios colectivos estatutarios[37]. El objetivo claro de esta potenciación de las secciones sindicales es relegar de la negociación intraempresarial a sindicatos minoritarios en los órganos de representación unitaria y a los representantes no sindicalizados.

3.2. Convenios colectivos estatutarios de grupos de empresas y de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación

En el art. 87 ET se ha plasmado por el Real Decreto-ley 7/2011 la teoría jurisprudencial de legitimación cruzada o mixta. Se ha impuesto un monopolio sindical con el beneplácito de los propios sindicatos dominantes y la consiguiente exclusión de la representación legal de los trabajadores. El legislador debería haber aprovechado la oportunidad para realizar una regulación integradora de los grupos de empresas, proporcionando una cobertura normativa heterónoma a la representación unitaria en los mismos, configurando para ello comités de grupo como tercer nivel

comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma.

[35] En este sentido, Monereo Pérez, J. L.: "La negociación colectiva después de la última reforma laboral, a propósito del nuevo libro clásico del Prof. Dr. D. Fernando Valdés Dal-Ré", conferencia en la *Jornada sobre la Reforma de la Negociación Colectiva*, celebrada el 23 de marzo de 2012 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, valorándolo como un aspecto positivo.

[36] Así se advierte en Cruz Villalón, J.: "Texto y contexto…", op. cit., pág. 44.

[37] Véase Gorelli Hernández, J.: "Las nuevas reglas sobre concurrencia de convenios colectivos", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 28, febrero, 2012.

de representación; y además, haber ofrecido una regulación flexible de la legitimación negocial, distinguiendo entre grupos de empresas verticales y grupos de empresas horizontales. Por tanto, debe calificarse la regulación actual de positiva y respetuosa con el derecho sindical a la negociación colectiva y su configuración constitucional, pero rígida, sin acoger realmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en los casos de grupos de empresas verticales optaban por las reglas del nivel empresarial, ni las reivindicaciones doctrinales y de la práctica negocial que demandaban una regulación de la representación unitaria de grupo[38].

3.3. Convenios colectivos estatutarios dirigidos a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico: los «convenios franja»

Se detecta igualmente un intenso predominio de la sindicalización de las reglas de legitimación en los "convenios franja", atribuyendo tal protagonismo a las secciones sindicales en la negociación, aunque como el legislador no ha excluido expresamente a la representación unitaria de este nivel negocial resulta admisible mantener sus facultades negociadoras, si bien quizás desde una perspectiva residual o subsidiaria respecto a las secciones sindicales, cuando no sea posible porque éstas no cumplan los requisitos o no deseen negociar.

3.4. Convenios colectivos estatutarios sectoriales

En los convenios sectoriales, se han reformado algunas reglas para flexibilizar y facilitar la negociación colectiva en este nivel pero se continúa monopolizando la legitimación negocial atribuyéndola solamente a los sindicatos más representativos y suficientemente representativos, manteniéndose asimismo el criterio de representatividad en perjuicio del criterio de afiliación o implantación, justificado por la baja tasa de afiliación sindical que acontecía en los años ochenta y que continúa caracterizando a nuestro modelo en la actualidad[39].

4. REFLEXIÓN FINAL: LA REAFIRMACIÓN NORMATIVA DE LOS SINDICATOS COMO SUJETOS NEGOCIADORES PREFERENTES PERO EN UN CONTEXTO ADVERSO. ALEGATO DEL DERECHO SINDICAL A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Como se ha puesto de manifiesto, aunque muy sintéticamente, las últimas reformas laborales han intensificado el papel como sujeto negociador del sindicato, realizándose una interpretación constitucional del derecho sindical a la negociación colectiva. Los propios poderes públicos, el banco empresarial y los sindicatos

---

[38] Tomás Jiménez, N.: "El nuevo marco de negociación colectiva en los grupos de empresas y empresas red", *Revista de trabajo y seguridad social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 356, 2012, págs. 165-202.

[39] Monereo Pérez, J. L.: "La noción del sindicato más representativo en el Proyecto de Ley Orgánica de Libertad Sindical", *Revista de Trabajo*, núm. 77, enero-marzo, 1985, págs. 33-66.

más representativos colaboran en este objetivo de incrementar la preferencia de los sindicatos y de las secciones sindicales ya que el lento pero continúo avance de fuerzas sociales no sindicalizadas o procedentes de sindicatos minoritarios provocan cierto temor al respecto.

Atendiendo a las duras condiciones laborales que se están aplicando a los trabajadores en la actualidad es preciso reivindicar más que nunca el papel otorgado al sindicato por la propia Constitución Española, debiendo ser ésta la base para el alegato más enérgico que confirme al sindicato como sujeto idóneo para negociar y compensar la situación de desequilibrio total que está precisamente impulsando el Gobierno tras las últimas reformas en general, con el respaldo obvio de la patronal. Es decir, estas reformas si bien reafirman paradójicamente al sindicato como interlocutor preferente, le obligan simultáneamente a desplegar su actuación en un contexto normativo adverso que le desposee de ámbitos propios de la autonomía colectiva como es precisamente la ordenación y estructura de la negociación colectiva, o que atribuye al empresario la posibilidad de quebrar unilateralmente la eficacia jurídica normativa y personal general del convenio a través de la descausalización y flexibilización de los acuerdos de inaplicación, etc. En este escenario de debilitamiento de la negociación colectiva como instrumento de reequilibrio entre las fuerzas productivas ya que las últimas reformas laborales han promovido esta desvirtualización del convenio colectivo estatutario, se puede destacar no obstante, cómo precisamente estas mismas reformas han profundizado en el "derecho sindical" a la negociación colectiva, desde la perspectiva de que si bien el art. 37. 1 CE permite extraer una titularidad abierta a otros sujetos colectivos que no tienen por qué ser los sindicales, una interpretación de conjunto del bloque sindical, con los arts. 7 y 28. 1 CE como ejes vertebradores, permite afirmar que los sujetos llamados a negociar preferentemente deben ser los sindicatos y que el derecho a la libertad sindical es un derecho vacío si se le arrebata la negociación colectiva o el derecho de huelga, pilares del sistema de relaciones laborales colectivas. En esta dramática situación actual, "los sindicatos son más necesarios que nunca"[40], debiendo trabajarse, desde dentro y desde fuera, en un incremento de su valoración social para fortificarlos como necesarios y eficaces instrumentos de reequilibrio frente al resto de poderes.

5. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

ALONSO OLEA**,** M.: "Art. 37.1. Negociación colectiva", en VV. AA., Alzaga Villaamil, O. (dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo III (Arts. 24 a 38), Edersa, Madrid, 1996, págs. 667-697.

CARMONA CONTRERAS, A. M.: *La conflictiva relación entre libertad sindical y negociación colectiva. Aproximación crítica a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2000.

[40] TORRES, J.: "Los sindicatos, más necesarios que nunca", *Sistema Digital*, <http://www.fundacionsistema.com/News/ItemDetail.aspx?id=1863&AspxAutoDetectCookieSupport=1>.

CRUZ VILLALÓN, J.: "La negociación colectiva en los grupos de empresas", en VV. AA., Collado García, L., Baylos Grau, A. (Coords.): *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1994, págs. 273-296.

—: "Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011", en VV. AA., García Perrote Escartín, I, Mercader Uguina, J. R. (Dirs.): *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 19-46.

GÁRATE CASTRO, J.: "La reforma de las reglas de la legitimación (inicial y plena) para negociar convenios colectivos", *Relaciones Laborales*, núm. 23-24, 2011, págs. 51-84.

GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: "La reforma de las garantías subjetivas de la negociación colectiva: legitimación negocial y comisión negociadora", en VV. AA., García Perrote Escartín, I., Mercader Uguina, J. R. (Dirs.): *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 129-158.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "Las nuevas reglas sobre concurrencia de convenios colectivos", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 28, febrero, 2012.

MARÍN MORAL, I.: *Libertad sindical y Constitución*, Laborum, Murcia, 2003.

MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho nuevo de los grupos de empresas. Entre libertad y norma*, Ibidem, Madrid, 1997.

—: "De la "flexibilidad laboral" al "ajuste social total": lo que el "austeritario" Real Decreto-Ley 20/2012 se llevó, de momento", *Revista de trabajo y seguridad social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 356, 2012, págs. 5-120.

MONEREO PÉREZ, J. L.: "Aspectos laborales de los grupos de empresas", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 21, 1985, págs. 83-122.

—: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, Madrid, 1992.

—: "El derecho a la negociación colectiva", en VV.AA., Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M. N. (Dirs.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Comares, Granada, 2002, págs. 625- 683.

MORENO VIDA, Mª. N.: "Persona, conflicto social y pluralismo: grupos organizados y mediación de los conflictos", en VV.AA., Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N. (dirs.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Comares, Granada, 2002, págs. 117-128.

OJEDA AVILÉS, A.: "Delimitación, contenido y restricciones de la libertad sindical (artículos 1º, 2º y 3º LOLS)", en VV. AA., Rodríguez Piñero, M. (Coord.): *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 23-66.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: "Autonomía colectiva y sistema constitucional", *Relaciones Laborales*, núm. 18, 1998, págs. 1-7.

TOMÁS JIMÉNEZ, N.: "El nuevo marco de negociación colectiva en los grupos de empresas y empresas red", *Revista de trabajo y seguridad social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 356, 2012, págs. 165-202.

—: *Los sujetos del convenio colectivo. Partes negociadoras*, Comares, Granada, 2013.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Art. 37. 1. El derecho constitucional a la negociación colectiva", en VV. AA., Casas Baamonde, M. E., Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (Dirs.): *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, págs. 957-972.

VIDA SORIA, J.: "Génesis de las normas laborales en la Constitución Española de 1978", en VV. AA.: *Estudios de Derecho del Trabajo. En memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, págs. 247-261.

VIDA SORIA, J.; GALLEGO MORALES, Á.J.: "Art. 28. Derechos sindicales y de huelga", en VV. AA., Alzaga Villaamil, O. (Dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo III (Arts. 24 a 38), Edersa, Madrid, 1996, págs. 273-313.

VV. AA., Monereo Pérez, J. L. (Dir.): *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada,* Comares, Granada, 2011**.**

VV. AA., Pérez de los Cobos, F. (Dir.): *Ley Orgánica de Libertad Sindical: comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2010.

CRISIS ECONÓMICA, DERECHOS SOCIALES Y CONTENCIÓN DEL GASTO: ¿QUEDA ESPACIO PARA EL DERECHO A LA IGUALDAD EFECTIVA ENTRE HOMBRES Y MUJERES?

Olimpia Molina Hermosilla
PTU Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD
3. TODOS LOS CAMINOS CONDUCEN A ROMA, PERO ¿CONDUCEN TODOS A EUROPA 2020?
4. LA PROFUNDIZACIÓN EN POLÍTICAS DE CORRESPONSABILIDAD COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD
   4.1. De la conciliación a la corresponsabilidad: hacia un nuevo modelo en la asunción de las tareas de cuidado
   4.2. La necesaria reorientación de los derechos vinculados al hecho biológico de la maternidad: superación de un modelo basado en roles de género
5. LA INCIDENCIA DEL MODELO DE CORRESPONSABILIDAD EN NUESTRO PANORAMA NORMATIVO LABORAL
   5.1. La prestación de paternidad y su nula contribución a los objetivos de corresponsabilidad
   5.2. La prestación por cuidado de menores ante situaciones de causa mayor
   5.3. La invisibilidad del modelo de corresponsabilidad en las reformas operadas con ocasión de la crisis económica
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

En una comunicación a esta ponencia, dedicada como está a la "Constitución, derechos sociales y tutela del trabajador", por resultar obvio, casi no sería necesario encuadrar el tema de los derechos y las políticas derivados del ámbito de la igualdad en nuestra Constitución y en el desarrollo mediante leyes orgánicas que de este derecho fundamental, se ha venido haciendo en nuestro país. Sin embargo, si abandonamos los ámbitos más especializados y nos adentramos en entornos económicos y sociales más amplios, a veces incluso se siente la tentación de justificar la necesidad de seguir incidiendo en el desarrollo del derecho fundamental a no sufrir discriminación, entre otros motivos por razón de sexo, que preconiza nuestra Carta Magna, y no precisamente porque se haya alcanzado un nivel óptimo y aceptable en la realización del mismo, que hiciera innecesario seguir invirtiendo recursos y políticas de actuación en este ámbito, sino muy al contrario, porque en nuestros días, el derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo en el ámbito concreto del mercado de trabajo, está sufriendo un importante retroceso en su reconocimiento y sobre todo en su eficacia, resultando incluso en muchas ocasiones vapuleado desde las propias instancias públicas y económicas.

En este sentido, el objetivo de esta comunicación sería múltiple y consistiría por un lado, en reivindicar la necesidad de seguir profundizando en el desarrollo del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo, como derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución (C.E.), en el ámbito concreto del acceso y participación de hombres y mujeres al mercado de trabajo, tratando de evidenciar al mismo tiempo, que esta profundización, al contrario de la opinión que parece mayoritaria en nuestros días, resulta imprescindible no sólo desde un punto de vista social, sino sobre todo económico, con el fin de acercarnos a los objetivos de crecimiento que nuestro país tiene comprometidos, en base a la Estrategia Europea 2020.

Por otro lado, se trataría también de analizar los tradicionales roles de cuidado que siguen inspirando parte de nuestra legislación socio laboral y que pueden estar suponiendo un obstáculo al propio desarrollo del derecho a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

En cuanto al fundamento constitucional que encuentra este derecho a la igualdad, debemos recordar que nuestra Constitución contiene varias referencias al mismo, que nos sirven para concretar el alcance técnico jurídico de este derecho. En este sentido, como es bien sabido, art.1 proclama la igualdad como principio superior de nuestro Ordenamiento jurídico; el art.9.2 por su parte, obliga a los poderes públicos a hacer todo lo necesario para que la libertad y la igualdad de las personas y de los grupos en los que se integra, sea real y efectiva en nuestro país; el art. 14 proclama el derecho fundamental a la igualdad de todos los españoles ante la ley, sin que pueda prevalecer ningún tipo de discriminación basada en nacimiento, raza,

sexo, religión, opinión o cualquier otra cuestión o circunstancia personal o social; en el ámbito laboral, resulta también de interés, el art. 35CE, cuando proclama el derecho de todos los españoles a un salario suficiente para satisfacer las necesidades propias y las de la familia, sin que resulte admisible ningún tipo de discriminación por razón de sexo; por último, como cierre a este bloque constitucional, el art. 24 garantiza la tutela judicial efectiva para este derecho[1].

Una aplicación formal del principio de igualdad, es decir, entender que del art. 14C.E se hace derivar una igualdad absoluta en el tratamiento de ambos sexos, nos llevaría a entrar en contradicción directa con el propio art. 9.2 del texto constitucional[2]. En otras palabras, la igualdad formal que proclama el art. 14 C.E. corre el riesgo de devenir, sino se tienen en cuenta todas y cada una de las diferencias existentes entre hombres y mujeres, en un impedimento para alcanzar la igualdad real por razón de sexo.

En el terreno de las grandes declaraciones de principios, nadie cuestionaría hoy la efectividad del mandato contenido en el art. 9.2 de nuestra Carta Magna y la necesidad de seguir avanzando en la consecución del objetivo social que recoge. Pero lo cierto es que en nuestro país, los últimos años caracterizados como están por el recorte que los derechos y políticas sociales están experimentando, con el pretexto de contribuir a la contención del gasto público y reducir la ingente deuda pública que padece España, el derecho a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y las políticas tendentes a conseguir su realización de manera efectiva, están en claro retroceso y las reivindicaciones en este sentido, parecen afectadas por un movimiento de descrédito y deslegitimación social. Se trata de una visión política y económica que condena al gasto social en general, y mucho más, si ese gasto social viene revestido de la perspectiva de género, señalándolo como el origen de todos los problemas que padece nuestra economía, y que impone como receta estándar los recortes sociales[3].

3. TODOS LOS CAMINOS CONDUCEN A ROMA, PERO ¿CONDUCEN TODOS A EUROPA 2020?

En el actual contexto económico, en el que las directrices de la Unión Europea cobran mayor protagonismo que en otras épocas, debido a la contención del déficit

---

[1] Hoy puesto en entredicho por Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (BOE 21-11-2012). Vid. De la «flexibilidad laboral» al «ajuste social total»: lo que el «austeritario» Real Decreto-Ley 20/2012 se llevó, de momento. RTSS. CEF. Nº 256. Noviembre. 2012

[2] "La cláusula transformadora: e. l principio de igualdad de oportunidades". AAVV. Comentario a la Constitución socio económica de España. (Dir. Monereo Pérez, J.L. Molina Navarrete, C. Moreno Vida, Mª N.) Comares. Granada. 2002. Pág. 131-152.

[3] Sin embargo, a juicio de expertos economistas, existen alternativas a este pensamiento que parece imponerse como único en nuestros días, y que parte de un error en el propio diagnóstico de las causas de esta crisis, que nos está llevando a no aplicar las medidas adecuadas para su superación. Navarro, V. "El mayor problema de España no es ni el déficit público ni la deuda pública". Diario digital El plural. 25 de junio 2012. <http://www.vnavarro.org/?p=7439>.

público que imponen a los países miembros, y la traducción que de éstas se está llevando a cabo en nuestro país, no está de más recordar los objetivos que desde estas mismas Instancias europeas se nos señalan a través de la Estrategia Europa 2020. Esta estrategia como sabemos, pone el acento en la consecución para los próximos años del crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Estos objetivos generales se desgranan a su vez, en unos objetivos mucho más concretos, como son:

- Conseguir que el 75% de los hombres y mujeres entre 20-64 años estén empleados.
- El abandono educativo temprano no debe superar el 10% y al menos el 40% de los hombres y mujeres entre 30-34 años deber tener estudios superiores completos.
- El riesgo de pobreza y exclusión social deberá amenazar a 20 millones de personas menos en Europa.

Posteriormente, cada Estado miembro adopta sus propias metas nacionales en cada una de estas áreas, en el contexto de su Programa Nacional de Reformas. Por lo que respecta a España, estas metas han quedado concretadas en[4]:

- Conseguir que un 74%, de los hombres y mujeres entre 20-64 años estén empleados.
- Una tasa de abandono escolar por debajo del 15% y que al menos un 44% de los hombres y mujeres entre 30-34 años, tenga estudios superiores completos.
- Reducir el riesgo de exclusión social en 1.4/1.5 millones de personas menos.

Es evidente que conseguir estos objetivos en materia de empleo, supondría reducir la brecha de género[5] que registra nuestro mercado de trabajo, y ello porque en todos estos indicadores, las mujeres están peor posicionadas que los hombres, por lo su consecución, pasa necesariamente por orientar las políticas públicas hacia la participación de las mujeres en el mercado de trabajo, en condiciones de igualdad de oportunidades que los hombres, al tiempo que ello permitiría profundizar en un mayor desarrollo del derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo.

Por tanto, la puesta en prácticas de medidas de igualdad, además de gozar de un fundamento constitucional en nuestro país, deviene también necesaria para la consecución de los objetivos de crecimiento que se nos marca desde la propia Unión Europea. Pero lo cierto, es que la contribución de las políticas sociales y más en concreto, de las políticas de igualdad a estos objetivos, parece obviarse por nuestros poderes públicos.

---

[4] Anexo 8 Programa Nacional de reformas. <www.mineco.gob.es/stfls/minec o/prensa/.../120504_PNR_2012.pdf>.

[5] Esta brecha se encarga de medir las diferencias en el porcentaje de participación que presentan los hombres y las mujeres en el mercado de trabajo.

Otro argumento más a favor de la necesidad de desarrollar en los países de la Unión Europea, y más en concreto en el caso de España, políticas que garanticen el derecho a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo, es la propuesta de Directiva aprobada por la Comisión Europea[6] respecto a la imposición del 40% de cuotas a favor de las mujeres en los puestos no ejecutivos de los consejos de Administración de las grandes empresas europeas que coticen en IBEX35[7] a conseguir en el año 2020, fecha que se adelantará a 1 de enero de 2018 en el caso de las empresas públicas.

Las mujeres en estos Consejos representan a principios del 2013 solo un 13,7% y en el caso concreto de nuestro país, pese a que el art. 75 LOIE concede un periodo de ocho años, en términos de recomendación, y consecuentemente sin sanción prevista en caso de incumplimiento, para que las empresas cumplan este objetivo de paridad en sus consejos de administración, lo cierto es que la presencia femenina en estos órganos de decisión, en general es todavía muy baja, ya que el 66,25% de las sociedades españolas están dirigidas exclusivamente por hombres.

4. LA PROFUNDIZACIÓN EN POLÍTICAS DE CORRESPONSABILIDAD COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD

Desde todas las instancias públicas se coincide en reconocer que el acceso y permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo se ve frenado por la maternidad y por el desigual reparto entre hombres y mujeres que aún en nuestros días persiste del trabajo no remunerado.

Por tanto, la identificación de las causas que provocan la persistencia de esta brecha de género, parece pacífica. Lo siguiente sería plantearnos las posibles soluciones a esta situación. Desde este punto de vista, la actuación a desarrollar debería centrarse en un doble sentido: De una parte, en la puesta en práctica de políticas de empleo con perspectiva de género, dirigidas a potenciar el acceso de las mujeres al mercado de trabajo, de tal modo que puedan realmente gozar de las mismas oportunidades que los hombres. En segundo lugar, la solución pasaría por evitar el abandono prematuro de estas mujeres del mercado de trabajo, debido a la maternidad o al mayor peso que éstas soportan de las actividades de cuidado y del resto de responsabilidades que derivan del ámbito familiar[8]. Centrándonos en esta segunda vía de actuación, se trataría en definitiva, de cuestionar los roles tradicionales de cuidado,

---

[6] <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1205_es.htm>.

[7] FABREGAT MONFORT, G. "¿Es constitucional imponer cuotas en los Consejos de Administración?: obligatoriedad o voluntariedad en las medidas de acción positiva". Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Nº. 26. 2011.

[8] Según los datos que nos proporciona los resultados de la Encuesta de Empleo del Tiempo 2009-2010, las mujeres ocupadas dedican una media de 3 horas y 47 minutos a actividades de hogar y familia frente a las 2 horas y 21 minutos que dedican los hombres en la misma situación Informe Mujeres y hombres en España 2011. Instituto Nacional de Estadística <http://www.ine.es/igualdad/igualdad.htm>).

que han venido recayendo sobre las mujeres, en el intento de lograr la implicación de más sujetos en estas labores, para no descuidar intereses sociales tan fundamentales como es el cuidado a menores y a personas dependientes.

4.1. De la conciliación a la corresponsabilidad: hacia un nuevo modelo en la asunción de las tareas de cuidado

El término corresponsabilidad constituye una evolución cualitativa en la protección dispensada a los sujetos trabajadores que dedican parte de su tiempo al cuidado de personas dependientes. Este concepto convive hoy con la perspectiva clásica de la conciliación, la cual, circunscribe al estricto ámbito privado, el reparto de responsabilidades derivadas de éste, con el fin de hacerlas compatibles con las responsabilidades derivadas del ámbito laboral.

Si bien es cierto que los derechos derivados del ámbito de la conciliación, aparecen formulados de forma neutra, en la práctica ello ha contribuido a consolidar la tendencia tradicional a que sean las mujeres las que han venido asumiendo esta conciliación, al tiempo que ha servido de justificación al recelo del empresariado a contratarlas, debido precisamente a esta doble carga que vienen soportando.

Se hacía necesario por tanto, superar el concepto de conciliación para incorporar dos elementos fundamentales: el de las connotaciones de género que inevitablemente presentan las tareas de cuidado, y el de lograr la implicación de más sujetos en esas tareas.

Nace así el término corresponsabilidad, el cual, en el ámbito jurídico laboral, aparece revestido de unos objetivos muy ambiciosos, en cuanto que pretende conseguir, no sólo la implicación del varón en estas actividades de cuidado, sino también del empresariado[9] y de la sociedad en su conjunto.

4.2. La necesaria reorientación de los derechos vinculados al hecho biológico de la maternidad: superación de un modelo basado en roles de género

La implicación que existe entre igualdad y conciliación o la más avanzada y ambiciosa formulación de la corresponsabilidad, se ha dejado sentir en nuestro país, en varios de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional[10], si bien es

---

[9] De éste, se espera conseguir una reconfiguración de los tiempos de trabajo, que conduzca a repensar los derechos derivados de este nuevo ámbito, no ya únicamente como derechos de ausencia, sino sobre todo, de presencia, de derechos a permanecer en la empresa aunque se tengan responsabilidades familiares. Vid. BALLESTER PASTOR, Mª A. Lan Harremaak. Nº 25. 2012. pág. 53-77.

[10] Así, en ocasiones, la protección constitucional de las medidas de conciliación se ha sostenido sobre la base de la mención "otras circunstancias personales", art. 14 C.E, como causa autónoma de discriminación; otras veces, como discriminación indirecta por razón de sexo, por entender que la ausencia de ponderación de la relevancia constitucional de las medidas legales de conciliación, supone un obstáculo a la permanencia en el empleo de la trabajadora (STC 3/2007); o considerando que no se ha valorado la dimensión constitucional de los derechos de conciliación (STC 26/2011,) tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo, como en relación a las circunstancias personales del art. 14 CE, así como desde el mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia del art. 39 CE.

cierto, que no lo ha hecho con la rotundidad con que ha tratado esta relación el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE)[11].

Cuando el derecho que se ejercita es la maternidad en sentido estricto, o los permisos tradicionalmente vinculados a esta situación, el TC se ha encargado de diferenciar supuestos, recogiendo con ello la doctrina sentada TJUE. En concreto, uno de los derechos que se ha visto afectados por esta doctrina del Tribunal Europeo es el derecho de lactancia. Sobre este particular se ha pronunciado el TJUE en el caso Roca Álvarez, considerando que resultaba contrario al Derecho europeo, al ser reconocido como derecho originario de las trabajadoras, que podía disfrutarse de modo indistinto por el padre o la madre, pero sólo en el supuesto en que ambos trabajasen[12].

La razón básica de dicha vulneración, a juicio del TJUE, es que este permiso ha perdido en nuestros días la vinculación que en otra época presentaba con la lactancia natural, y por tanto, con la condición biológica de la maternidad, para pasar ahora a ser configurado como un periodo de tiempo dedicado al cuidado del hijo/a, por lo que resultaba irrelevante entonces quien fuera titular del mismo, y quedaba sin justificación el reconocimiento de este derecho con carácter originario a favor de la madre.

El TJUE llega a la conclusión que considerar el permiso de lactancia en tales circunstancias como derecho de la mujer, supone una discriminación indirecta que puede provocar la perpetuación del rol de cuidado que recae sobre las mujeres, alejándose con ello del objetivo de corresponsabilidad.

Esta doctrina del TJUE ha tenido su traducción a nivel legislativo en la actual regulación que presenta el derecho a la lactancia, en la nueva redacción del art. 37.4E.T. otorgada por Ley 3/2012 de Medidas Urgentes de reforma del mercado laboral, donde aparece reconocido como derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, que sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores, en caso de que ambos trabajen.

La cuestión que cabe plantearse a este respecto, es la influencia que este pronunciamiento puede tener en la configuración actual que presenta nuestro permiso

---

[11] Según doctrina sentada por este Tribunal, cada aspecto enjuiciado en materia de conciliación, tendrá que someterse al canon de control de Directivas diferentes y concurrentes, lo cual puede provocar que aunque una medida nacional pueda resultar conforme a alguna de ellas, vulnere el derecho europeo por oponerse a otra (asunto *Mayor*, C-506/06, asunto *Dita Danosa*, C-232/09, ap. 59 y 60). Esta vinculación entre igualdad y conciliación resulta especialmente llamativa en la Directiva 2000/78 donde, aunque en relación estrictamente con la no discriminación por razón de la edad (art. 6.1.1.a), se legitima el establecimiento de condiciones distintas, a modo de acciones positivas, a sujetos con responsabilidades familiares. Así mismo, también en la Directiva 2010/78 sobre permiso parental, en la que se prevé para éste, una duración mínima de 4 meses, pudiendo ser utilizado íntegramente por cada trabajador, al tiempo que permite su transferencia entre los progenitores, pero siempre que en tal caso, al menos uno de los cuatro meses sea intransferible, con la expresa finalidad de fomentar un uso más igualitario del permiso por ambos progenitores (art. 2.2).

[12] Ello a sensu contrario, significaba que el padre, en caso de ser trabajador por cuenta ajena, no podía acogerse al mismo, si la madre no trabajaba, o no estaba cubierta por el sistema de Seguridad social, mientras que en el caso de las madres trabajadoras por cuenta ajena, siempre podían hacer uso del mismo, con independencia de que trabajara o no el padre

de maternidad –art. 48.4 E.T– en el que, salvando las seis semanas dedicadas a la recuperación biológica de la madre, el resto del periodo aparece configurado igualmente como derecho originario de la madre trabajadora, que podrá optar por cederlo al padre[13].

A tenor de esta jurisprudencia comunitaria no queda tan claro que deba seguir considerándose este derecho de titularidad de la madre, sino que debiera más bien pasar a ser un derecho reconocido indistintamente a ambos progenitores, cuando ambos trabajen por cuenta ajena, y en la parte que supere el periodo considerado de recuperación biológica.

Por tanto, la duda de constitucionalidad podría replantearse hoy en el caso de concurrencia de progenitores trabajadores por cuenta ajena, en la medida en que al final, resultaría que los padres trabajadores por cuenta ajena, cuando la madre del hijo también lo es, podrían disfrutar como máximo de diez semanas de permiso parental por maternidad, en caso de que les fuera cedido por la madre, mientras que si la madre no tiene derecho a suspender su actividad con derecho a prestaciones, literalmente dicho permiso tendría una duración por el "periodo que hubiera correspondido a la madre" cifrado actualmente en dieciséis semanas.

Por tanto, las dos condiciones que aún en nuestros días siguen legitimando permisos de maternidad, como medida de exclusiva o preferente titularidad a favor de la madre, son la protección de la condición biológica y las especialidades relaciones madre e hijo posteriores al parto[14]. La primera no plantea a nuestro juicio problemas de justificación. La segunda si puede resultar más problemática, en cuanto que puede suponer perpetuar la división existente en los roles de cuidado, que aún imperan en nuestra sociedad por razón de sexo.

A la superación de estas divisiones contribuiría una reforma legislativa de los permisos de maternidad y paternidad, basada en su reconocimiento indistinto e intransferible a favor de ambos progenitores, y reservando la protección de la maternidad a las condiciones biológicas de la mujer. Pero parece que hasta que no exista una reforma legislativa en tal sentido, de momento se confirma la maternidad en su configuración tradicional, como derecho prevalente de la madre más allá de las semanas de estricta protección física. La prestación de maternidad sigue configurada así, de una manera totalmente contraria al objetivo de la corresponsabilidad y sigue anclada en un modelo familiar tradicional, en el que la mujer ha venido durante siglos, asumiendo en exclusiva, las responsabilidades derivadas del ámbito familiar.

Para tratar de compensar el lastre que supone estos siglos de historia, en los que ha venido predeterminado social, política y económicamente el destino de las

---

[13] Así mismo, en los supuestos en que la madre no sea trabajadora o no tenga derecho a suspensión de la actividad profesional con reconocimiento de prestación, se otorga al padre un derecho originario a la suspensión del contrato por maternidad, además del que tuviera por paternidad, por lo que la propia norma en este supuesto, parece reconocer un permiso parental.

[14] El Tribunal Constitucional en STC75/2011, de 19 de mayo y 78/2011, de 6 de junio, conforme a la regulación ya derogada, consideran que no vulnera el derecho a la igualdad, la titularidad exclusiva de la madre habida cuenta de la finalidad histórica de dicho permiso, de protección de la salud de la mujer y las "especiales relaciones de la madre con el hijo" en el periodo que sigue al embarazo y al parto.

mujeres, el cual pasaba por restringirlas al ámbito privado, negándoles las mismas oportunidades de desarrollo personal y social que se les ha venido brindando como derecho natural a los hombres, contamos con el poderoso instrumento de las acciones positivas[15], que quizás debido a su propia eficacia, son criticadas desde muchos sectores, más preocupados por no remover la realidad, que por remover aquellos obstáculos que siguen impidiendo la transformación de esta realidad, de cara a conseguir una igualdad efectiva entre hombres y mujeres, a la hora de participar en el mercado de trabajo.

5. LA INCIDENCIA DEL MODELO DE CORRESPONSABILIDAD EN NUESTRO PANORAMA NORMATIVO LABORAL

En España el objetivo de corresponsabilidad se ha incorporado a los textos normativos pero presenta serios defectos de efectividad.

La crisis económica ha acentuado la tendencia a la invisibilidad de estas cuestiones, tal y como se desprende claramente del contenido de las normas tanto heterónomas, como de las surgidas de la autonomía colectiva, en los últimos años en nuestro país. Contrariamente a lo que sostienen las tesis mayoritarias, una buena política de corresponsabilidad no es necesariamente incompatible con cierta contención del coste. De hecho, son las políticas mal planificadas las que no cumplen la finalidad de la corresponsabilidad e implican gastos innecesarios. En este sentido, quizás los mayores obstáculos a la corresponsabilidad se encuentran en las reticencias derivadas del ámbito de las ideas. A veces constituye un dilema irresoluble el hecho de que se pretenda, de un lado, la neutralidad en la configuración de los derechos de cuidado y que al tiempo, se pretenda dotarlos de una dimensión de género.

Pese al avance que supuso en nuestro país la LO 3/2007, sus aportaciones al ámbito de la corresponsabilidad ha sido menores de lo que en principio podríamos pensar, puesto que el modelo sobre el que se sustenta sigue siendo, en muchos de sus términos, opuesto a los objetivos de corresponsabilidad.

5.1. La prestación de paternidad y su nula contribución a los objetivos de corresponsabilidad

En este sentido, y más allá de la corrección de algunos de los aspectos más sangrantes de la prestación de maternidad, como eran los que surgieron en caso de fallecimiento de la madre, esta ley no terminó de perfilar suficientemente la figura que se nos presentaba como su contribución estrella al ámbito de la

---

[15] Consisten en propiciar una desigualdad de trato, basada precisamente en el factor sexo, pero realmente responden al principio antidiscriminatorio, y son admitidas por el Tribunal Constitucional siempre que no sean desproporcionadas ni irrazonables. Se trata de un "derecho desigual igualatorio". NOGUEIRA GUASTAVINO, M. Discriminación en el acceso al empleo, en las categorías profesionales, la formación y la promoción: tendencias de la negociación colectiva". AAVV *Negociando las Igualdad en las empresas: estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género.* (Dir. Molina Hermosilla, O.) Comares. Granada. 2012. Pág. 91-132.

corresponsabilidad, el permiso de paternidad, que quedó configurado con muchas limitaciones en cuanto a su ejercicio, las cuales llegan a dificultar el propio objetivo que trata de conseguir, que no es otro que el de favorecer el reparto de responsabilidad entre ambos progenitores[16].

En cualquier caso, lo más criticable de esta prestación es el establecimiento de su duración en 13 días, que si bien inicialmente se estableció con carácter transitorio, parece haber adquirido carácter permanente en nuestro país. Así, tras numerosas idas y venidas, anuncios de adelantos y retrasos sucesivos en la entrada en vigor de la ampliación a cuatro semanas de duración previstas para este permiso[17], de nuevo se ha vuelto a retrasar un año más, en esta ocasión hasta el 1 de enero de 2014 –Disp. Final 13ª del proyecto de LPGE–.

Se nos pueden ocurrir muchos calificativos para designar este baile de fechas, pero lo que no hay duda es que el tratamiento que se está dispensando a este permiso de paternidad, carece cuanto menos, de la necesaria seriedad y rigor. Son razones presupuestarias las que se vienen argumentando para atrasar una y otra vez la entrada en vigor de la ampliación de este permiso, ampliación que según las estimaciones realizadas por la Tesorería General de Seguridad Social, supondrían un coste de 100 millones de euros al año, por cada semana en que se incremente su duración. Quizás parezca una cifra difícil de asumir en las condiciones económicas actuales, pero no tanto, si se tiene en cuenta el enorme coste social que supone el mantenimiento de la actual situación de desigualdad en el reparto de actividades de cuidado, cifradas en la pérdida del potencial laboral de las mujeres y del potencial cuidador de los hombres, el incremento de las situaciones de dependencia económica y de desigualdad de las mujeres respecto a los hombres y las graves consecuencias que de ello se hacen derivar, el agravamiento del problema de envejecimiento de nuestra población que se está produciendo en los últimos meses, por citar sólo algunos[18]. Resultados todos ellos que alejan a nuestro país, de la consecución de los objetivos comprometidos de cara a la Estrategia Europea 2020.

---

[16] Así, no tiene demasiado sentido que si este permiso se disfruta a tiempo parcial, la jornada tenga que ser de al menos, el 50%; o que no pueda fraccionarse; o que tenga que disfrutarse simultáneamente a la maternidad o inmediatamente después de ella.

[17] Así, si bien esta prestación nació en la LOIE con trece días de duración, ya en la misma se anunciaba que iría incrementándose con carácter progresivo, hasta alcanzar en el año 2013, las cuatro semanas de duración. Posteriormente, por medio de la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, se adelantaba la entrada en vigor de este permiso de cuatro semanas al 1 de enero del 2011, para ser de nuevo atrasada en su aplicación, a través de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011, esta vez hasta el 1 de enero de 2012. Nuevamente, el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, volvía a atrasar la entrada en vigor de 4 semanas para este permiso, en esta ocasión hasta el 1 enero de 2013.

[18] En este sentido se viene registrando un descenso llamativo y continuado en el disfrute de los permisos de maternidad y paternidad. Así en los nueve primeros meses de este año 2012, el Instituto Nacional de la Seguridad Social ha gestionado 228.305 prestaciones económicas por maternidad, con un coste de 1.293.591,56 euros, lo que supone un descenso del 6,27% con respecto al año anterior. Del conjunto de prestaciones reconocidas, la mayor parte, 224.408, corresponden a permisos disfrutados por la madre y 3.897 a permisos disfrutados por el padre. Por su parte, el permiso de paternidad ha descendido entre enero a septiembre un 7,23%, gestionándose 188.074 prestaciones con un coste económico de 158.096.228,85 euros.

La sucesiva suspensión de la entrada en vigor de la ampliación prevista respecto a la duración del permiso de paternidad, ha evidenciado que la corresponsabilidad, y en general las políticas de igualdad, son consideradas una especie de lujo, del que es necesario prescindir en épocas de crisis, en lugar de ser consideradas como un instrumento que nos acerca a los objetivos de creación de empleo y con ello de crecimiento de nuestro país y una inversión para el sostenimiento de nuestro propio sistema de Seguridad Social[19].

5.2. La prestación por cuidado de menores ante situaciones de causa mayor

El RD 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo en el sistema de la Seguridad Social, reconoce una nueva prestación económica en el caso de cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, basándose en la exigencia de que ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras trabajen, y una de ellas, reduzca al menos un 50% su jornada, para ocuparse del cuidado del menor afectado por estas graves enfermedades[20].

Esta medida tampoco se basa en el modelo de corresponsabilidad, puesto que los permisos de larga duración motivados por labores de cuidado, tienden a favorecer el alejamiento de las mujeres del mercado de trabajo. Ciertamente se trata de una situación lo suficientemente grave como para justificar la necesidad de que sea contemplada en nuestro ordenamiento jurídico y que se acompañe del derecho al percibo de una prestación económica, pero ello no tendría por qué haber supuesto que se impidiera al mismo tiempo la corresponsabilidad, lo que podría haberse conseguido por ejemplo, incentivando que el permiso fuera ejercitado por ambos progenitores y no por uno solo, evitando la reducción de ambos como actualmente sucede, sino promoviéndola de cara a la asunción conjunta de las responsabilidades de cuidado, más si cabe aún en estos casos de extrema gravedad.

5.3. La invisibilidad del modelo de corresponsabilidad en las reformas operadas con ocasión de la crisis económica

La crisis económica ha desencadenado una serie de reformas en España que han provocado, por lo que interesa a nuestro objeto de estudio, el efecto de degradar ostensiblemente los objetivos de corresponsabilidad, y en general, el de prácticamente deslegitimar las reivindicaciones en materia de igualdad por razón de sexo, en nuestro mercado de trabajo.

---

[19] Paradójicamente, la actual duración de 13 días, sí que constituye un gasto totalmente innecesario, puesto que es una duración claramente insuficiente para contribuir al objetivo de superación de los roles tradicionales y para evitar la desconfianza empresarial frente a la asunción femenina prioritaria de las responsabilidades familiares que les niega las mismas oportunidades que a los hombres a la hora de participar en el mercado de trabajo.

[20] La reducción habrá de concretarse por medio de negociación colectiva o en su defecto por acuerdo al que se llegue con el empresario. Por el momento, la mayor parte de los convenios colectivos que se han negociado en nuestro país, tras la entrada en vigor de esta norma, no hacen referencia a este derecho a la reducción de jornada por motivos de fuerza mayor, y por tanto, tampoco han hecho uso de la posibilidad de concreción de la misma, por lo que queda al acuerdo con el empresario fija el límite máximo para esta reducción

Pero al extremo, la invisibilidad de la cuestión de la corresponsabilidad puede convertirse en un instrumento que incremente la vulnerabilidad de las personas con responsabilidades familiares. Así se advierte en la regulación de los mecanismos de flexibilidad interna, que han sido objeto de reforma en los últimos meses, a efectos de incrementar las potestades organizativas del empresario, pero sin que se incorpore ningún mecanismo que garantice el mantenimiento de los derechos de los sujetos con este tipo de responsabilidades. A lo más que ha llegado la ley 3/2012, 6 de julio, de Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, es a delegar en la autonomía colectiva el establecimiento de preferencias en el mantenimiento del empleo a favor de estas personas, para que sean recogidas bien en el convenio colectivo, bien en el acuerdo que se alcance durante la negociación de los propios despidos colectivos[21].

Tampoco en la regulación que presenta el art. 40 E.T, relativo a la movilidad geográfica, se han consolidado derechos preferentes a no quedar afectados por estas medidas a favor de las personas con responsabilidades familiares, quedando de nuevo condicionado su reconocimiento, a que se reconozcan como resultado de la autonomía colectiva.

Ni siquiera se advierte sensibilidad en relación con los derechos de conciliación en la fórmula extintiva del art. 50 ET. En este sentido, no se prevé la posibilidad de extinciones indemnizadas en los casos en que se produzcan cambios en la organización empresarial, que recaigan en personas con responsabilidades familiares, y que les obligue a abandonar el puesto de trabajo, ante la imposibilidad de hacer compatibles ambas. De este modo, junto al atentado a la dignidad del trabador, debiera incorporarse también la posibilidad de extinción indemnizada por la vía del 50 ET, para los casos de atentado injustificado al derecho a la conciliación familiar, por tratarse de un Derecho fundamental, tal y como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional.

Por tanto, el objetivo de la corresponsabilidad se enfrenta a muchos retos en nuestros días, derivados en algunos casos de concepciones ancladas y obsoletas, de aparentes paradojas conceptuales y de una difícil situación económica que está sirviendo de justificación para el retroceso de los derechos sociales[22].

Todo ello provoca que no podamos afirmar que en nuestro país, hayamos superado aún el concepto de la conciliación para dejar paso a la versión más ambiciosa de corresponsabilidad. Por el contrario, las normas que se vienen aprobando en los últimos meses, parecen alejarnos de este objetivo, hasta el punto de llegar a invisibilizarlo en las normas de reforma laboral y de Seguridad Social que se han ido desarrollando en nuestro país a partir de la crisis económica, sin que hayan sido incorporadas garantías que vengan a compensar los mayores perjuicios que,

---

[21] En idéntico sentido se recoge en el art. 13.2 del recientemente aprobado Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada BOE 30 octubre 2012.

[22] GUALDA ALCALÁ, F.J. "Las reformas económicas, los recortes sociales y la reforma laboral: ¿Existe política de empleo?. Derecho Social. Nº 58. 2012. Pág. 221-234

tanto las medidas de flexibilidad como las reformas operadas en materia de seguridad social[23], conllevan para las personas con responsabilidades familiares.

En consonancia con esta invisibilidad, el presupuesto dedicado a la igualdad de oportunidades registra un descenso significativo y paulatino en nuestro país en los últimos años[24]. Con ello las políticas de igualdad en nuestro país, no sólo pierden recursos materiales, sino también humanos y visibilidad social y política[25].

Quizás por todo ello parece precipitada la valoración positiva que en términos de reducción de las desigualdades de género existentes en nuestro país, se recoge para cada uno de los programas que se analizan en el Informe sobre impacto de género que acompaña a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013[26].

6. CONCLUSIONES

El derecho de hombres y mujeres a gozar de las mismas oportunidades a la hora de participar en el mercado de trabajo no ha llegado a ser una realidad en nuestro país, pese al mandato que nuestra C.E –art. 9.2– encomienda a los poderes públicos de remover todos aquellos obstáculos que nos aparten de este objetivo.

La crisis económica que estamos padeciendo y la gestión que de la misma se está llevando a cabo en nuestro país, está provocando que nos alejemos cada vez más de este objetivo y con ello del propio desarrollo de este derecho constitucional. Al mismo tiempo, de seguir insistiendo en esta opción política, provocará que nuestro país se aleje del cumplimiento de los objetivos de crecimiento que se hacen derivar de nuestra pertenencia a la Unión Europea, en base a la Estrategia Europa 2020.

Son muchos los obstáculos que hoy siguen por tanto necesitando de una actuación comprometida por parte de nuestros poderes públicos, tendentes a conseguir el derecho a la igualdad de forma efectiva. En este sentido, la propia legislación surgida con el objetivo de hacer compatible la asunción de responsabilidades

---

[23] Tampoco en este ámbito de la seguridad social, las reformas que se están llevando a cabo en los últimos meses, están inspiradas en el objetivo de lograr la corresponsabilidad. Así, la importante reforma operada por Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de seguridad social, no ha tenido en cuenta las graves repercusiones que puede tener en el colectivo de personas que asumen responsabilidades de cuidado, aplicando solamente correcciones puntuales y escasamente operativas a los importantísimos cambios que incorpora.

[24] Así, el programa 232 B Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, en el año 2011 tenía un presupuesto de 31.160,02 millones de euros, 24.970,27 en 2012 y 18.952,81 millones para el próximo año 2013.

[25] En este sentido, España ha retrocedido 14 puestos en el Índice Global de Igualdad de género que realiza cada año el Foro Económico Mundial, pasando del puesto 12 al 26, batacazo que es debido al descenso de presencia femenina en los puestos de decisión política, tras la configuración del equipo de Gobierno surgido tras las últimas elecciones generales celebradas en nuestro país, en el que de los 13 ministerios, solo 4 tienen al frente a mujeres, y éstas no superan el 30% de los altos cargos. Fuente Informe del Fondo Económico Mundial. <http://www3.weforum.org/docs/WEF_GenderGap_Report_2012.pdf>, 15 de noviembre 2012.

[26] Informe de Impacto de género con el que se da cumplimiento a la Orden HAP/1294/2012, de 14 de junio, por la que se dictan las normas para la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado para 2013, que dedica el art. 7.8 a la elaboración de este informe.

derivadas del ámbito familiar y laboral, puede estar suponiendo en la práctica, un obstáculo a la consecución del mismo, puesto que sigue inspirada en el modelo de conciliación, basado en los tradicionales roles de cuidado por cuestiones de género, que son precisamente uno de los principales obstáculos que se oponen a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres a la hora de participar y desarrollarse profesionalmente en el mercado de trabajo.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA: UNA NECESARIA RENOVACIÓN DE SUS CONTENIDOS Y FUNCIONES

Farah Amaadachou Kaddur
Becaria del Plan Propio de Investigación
Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO

1. EL MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
2. LOS PRINCIPALES FACTORES QUE HAN DETERMINADO LOS CAMBIOS EN LA REALIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL. EFECTOS DEL SISTEMA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA RENOVADO: CONTENIDOS Y FUNCIONES
3. BREVE REFLEXIÓN FINAL
4. BIBLIOGRAFÍA

1. EL MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El propósito principal de estas páginas no pretende ser, en absoluto, un estudio completo y exhaustivo sobre la temática en cuestión, pero si al menos un breve comentario sobre los aspectos más destacados, que a mi juicio, conciernen al derecho constitucional de negociación colectiva y, más concretamente, la necesaria renovación de sus contenidos y funciones.

Tras estas líneas inaugurales, obviamente, el punto de partida no puede ser otro que la obligada remisión al centro de imputación normativo del artículo 37.1 CE cuyo tenor literal dispone lo siguiente: «La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios», de manera que, el precepto constitucional transcrito se configura como el pilar fundamental de la autonomía colectiva negocial[1], logrando consagrar su dimensión reguladora al más alto nivel[2], al tiempo que da cobijo al reconocimiento formal, a nivel estatal, de la negociación colectiva entendida como fuente de producción de normas laborales y como instrumento básico de ordenación del sistema democrático de relaciones laborales.

Dicho lo cual, se puede afirmar que tres son los elementos[3] vertebradores que prefiguran el art. 37.1 CE y, por tanto, conforman el armazón[4] normativo del sistema español de negociación colectiva, concretamente: el contenido, la titularidad y la eficacia del convenio colectivo, aunque ello no implica que el texto constitucional configure un modelo hermético.

Por otro lado, sabido es que el art. 37.1 CE consagra una doble garantía: el derecho a la negociación colectiva[5] y la eficacia vinculante del convenio colectivo, éste último entendido en sentido amplio como todo acuerdo alcanzado tras el proceso de negociación colectiva[6]. Esta figura negocial goza de una eficacia objetiva, o dicho de otra forma, una eficacia de carácter inmediata e inderogable.

En este mismo orden de ideas, debe destacarse que efectivamente es el propio Constituyente quien impone al legislador, tanto la garantía del derecho

---

[1] VIDA SORIA, J.: "Génesis de las normas laborales en la Constitución Española de 1978", en, VV.AA., *Estudios de Derecho del Trabajo. En memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, págs. 250 y ss.

[2] GARCÍA MURCIA, J.: *"Los convenios colectivos como fuente de la relación laboral: más apuntes para un debate recurrente"*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 68, 2007, pág. 35.

[3] VALDÉS DAL-RÉ, F.: "El art. 37.1. El derecho constitucional a la negociación colectiva", en, VV.AA., CASAS BAAMONDE, Mª. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pág. 958.

[4] VALDÉS DAL-RÉ, F.: *"El derecho a la negociación colectiva laboral en la Jurisprudencia constitucional (I)"*, Revista Relaciones Laborales, Tomo I, 1990, págs. 3-4.

[5] VALDÉS DAL-RÉ, F.: *"La negociación colectiva en la Constitución"*, Revista de Política Social, núm. 121, 1979, págs. 478-479.

[6] MONEREO PÉREZ, J.L.: "Comentario al art. 37.1 CE: El derecho a la negociación colectiva", en, VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, Mª.N. (Dirs.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, op cit., pág. 634.

constitucional a la negociación colectiva[7] para lograr el ejercicio efectivo del mismo y, de este modo, poder reaccionar frente posibles vulneraciones que pudiesen producirse[8], como garantizar la eficacia normativa de los convenios colectivos. No solo la doctrina científica sino también la doctrina constitucional[9] se ha pronunciado sobre estas dos garantías del derecho a la negociación colectiva, ejemplo de ello son, las SSTC 80/2000, de 27 de marzo; 58/1985, de 30 de abril.

De modo que, lo que sí es defendible jurídicamente y, además, viene siendo aceptado prácticamente sin fisuras es que, la fuerza vinculante de los convenios[10], a la que se alude en el art. 37.1 CE, es una garantía directamente constitucional y sin perjuicio de la cual, el Constituyente ordena al legislador ordinario garantizarla, por lo tanto, se deduce claramente que no se trata de un rasgo coercitivo[11] que viene atribuido *ex lege* (STC 92/1992, de 11 de junio). En esta misma dirección, cabe añadir que las garantías del derecho a la negociación colectiva son tanto de naturaleza jurisdiccional como no jurisdiccional –art. 53.1[12] CE–. Por todas estas razones sucintamente expuestas, se puede afirmar que este derecho se inserta dentro del «modelo garantista» orientado a la protección del derecho a través de técnicas de garantía y simultáneamente tomando en consideración la vinculación normativa al conjunto de principios y valores superiores consagrados en el texto constitucional.

El derecho de negociación colectiva, es pues, un derecho de libertad[13] que combina dos facetas, una positiva de índole promocional, que requiere al Estado la adopción de un comportamiento activo dirigido a fomentar la negociación colectiva y, una segunda faceta negativa que introduce un deber de respeto y de no intromisión por parte del Estado, que impide cualquier tipo de injerencia que suponga limitar o condicionar la capacidad de normación con la que nuestro sistema jurídico ha investido a los representantes de los trabajadores y empresarios para la

---

[7] ALONSO OLEA, M.: "Art. 37.1 Negociación colectiva", en, VV.AA., ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución de 1978*, Editoriales de Derecho Reunidas, EDERSA, Madrid, 1996, págs. 680-681.

[8] MONEREO PÉREZ, J.L.: "Comentario al art. 37.1 CE: El derecho a la negociación colectiva", en, VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, Mª.N. (Dirs.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, op cit., págs. 625-626.

[9] RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A.L.: "El derecho a la negociación colectiva: reconocimiento constitucional y garantías legales", en, VV.AA., SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978,* Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 2003, págs. 652-653.

[10] JIMÉNEZ-BLANCO, A., JIMÉNEZ-BLANCO, G., MAYOR MENÉNDEZ, P. y OSORIO ITURMENDI, L.: "Comentario al art. 37.1 CE: El derecho a la negociación colectiva", en, JIMÉNEZ-BLANCO, A. (Coord.), *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, págs. 498 y ss.

[11] FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "*El derecho a la negociación colectiva a través de la interpretación del Tribunal Constitucional"*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, núm. 8, A Coruña, 2004, pág. 365.

[12] Art. 53.1 CE: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo 2.º del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1 a)».

[13] RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A.L.: "El derecho a la negociación colectiva: reconocimiento constitucional y garantías legales", en, VV.AA., SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978,* op cit., págs. 666-667.

defensa de los intereses de los grupos sociales a los que representan, en definitiva, la capacidad que ostentan de autogobernabilidad de las relaciones laborales.

Del enclave constitucional del art. 37.1 caben extraer algunas consideraciones adicionales acerca del derecho a la negociación colectiva, y es que se configura como un auténtico «derecho social de libertad colectiva». Tal y como se desprende del art. 53.2[14] CE, el derecho a la negociación colectiva no es un derecho fundamental en sentido propio[15], por lo tanto, no ostenta el máximo rango constitucional y, en consecuencia, no es destinario del privilegiado régimen jurídico de garantías que la Constitución reconoce y otorga al conjunto de derechos fundamentales. Sin perjuicio, claro está, de que la negociación colectiva[16] en cuanto es uno de los derechos de actividad del sindicato[17], se integra en el contenido esencial del derecho fundamental de libertad sindical[18], de modo que, forma parte de su «zona resistente»[19] o núcleo mínimo indispensable e indisponible[20], (véase al respecto las SSTC 23/1983, de 25 de marzo; 127/1995, de 25 de julio, etcétera.), y en consecuencia determinadas lesiones al derecho de negociación colectiva, concretamente, aquellas que implican una vulneración al derecho fundamental de libertad sindical (en este sentido cabe mencionar las SSTC 73/1984, de 27 de junio; 105/1992, de 1 de julio) podrán ser objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. No obstante, el derecho a la negociación colectiva goza de la protección que el recurso de inconstitucionalidad le dispensa frente una posible vulneración de su contenido esencial, según lo dispuesto en el art. 53.1 CE.

A continuación, se procederá a desmembrar los cuatro enunciados contenidos en el art. 37.1 CE, constitutivos del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva que deberá ser respetado y garantizado en todo momento por la regulación legal de desarrollo constitucional (en base a los arts. 53.1, 37.1, y 10.2[21] CE).

---

[14] Art. 53.2 CE: «Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección primera del Capítulo 2.º ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30».

[15] SALA FRANCO, T.: "El derecho constitucional a la negociación colectiva", en, VV.AA., CASAS BAAMONDE, Mª.E., DURÁN LÓPEZ, F. y CRUZ VILLALÓN, J. (Coords.), *Las transformacione s del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, LA LEY, Madrid, 2006, págs. 321-323.

[16] RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A.L.: "El derecho a la negociación colectiva: reconocimiento constitucional y garantías legales", en, VV.AA., SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978,* op cit., pág. 654.

[17] OJEDA AVILÉS, A.: "Delimitación, contenido y restricciones de la libertad sindical", en, VV.AA., RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 61.

[18] VALDÉS DAL-RÉ, F.: "El art. 37.1. El derecho constitucional a la negociación colectiva", en, VV.AA., CASAS BAAMONDE, Mª. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, op cit., págs. 968-969.

[19] MONEREO PÉREZ, J.L.: "Comentario al art. 37.1 CE: El derecho a la negociación colectiva", en, VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, Mª.N. (Dirs.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, op cit., pág. 631.

[20] GONZÁLEZ RIVAS, J. J.: "El derecho de libertad sindical", en, *La Constitución Española de 1978: Estudio sistemático y jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 216-217.

[21] Art. 10.2 CE: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

En primer lugar, en lo relativo a su alcance, cabe atestiguar que el art. 37.1 CE establece efectivamente el derecho a la negociación colectiva pero no implica forzosamente una obligación o deber de negociar para la contraparte, de lo contrario resultaría ser incongruente desde la perspectiva de un derecho de libertad. No obstante, tampoco va a entrañar la inconstitucionalidad de la incorporación por el Estado del deber de negociar, en tanto en cuanto la Constitución le exige que adopte un comportamiento activo de carácter promocional[22], con la finalidad de garantizar por vía legal el derecho a la negociación colectiva laboral en el marco del sistema español de relaciones laborales, por consiguiente es una garantía legal y no propiamente constitucional –ejemplo de ello es el art. 89.1 ET[23]–.

La segunda afirmación[24] referente al ámbito subjetivo de este derecho se concreta en la titularidad, y respecto a esta cuestión la Carta magna alude de manera expresa a los «representantes de los trabajadores y empresarios», mostrándose partidaria de un reconocimiento amplio[25] para la defensa de los intereses de los grupos sociales a los que representan (STC 118/1983, de 13 de diciembre)[26], en la medida en que se extiende a una pluralidad de sujetos colectivos[27] que destierra cualquier posibilidad de contemplación de un derecho de pertenencia excluyente y exclusivamente sindical[28].

El tercer elemento constitutivo está vinculado al ámbito objetivo de la previsión constitucional contemplada en el art. 37.1, a tenor de su propia literalidad, el contenido posible de un convenio colectivo deberá ser «laboral», en principio, con el único límite[29] del respeto a las leyes y a la Constitución Española.

Cierto es que, de manera progresiva se han ido ampliando significativamente los espacios[30] que tradicionalmente venía ocupando la negociación colectiva y, en

---

[22] RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: "El deber de negociar", en, VV.AA., *Los problemas actuales de la negociación colectiva*. *VI Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 1994, págs. 43- 44.

[23] ALONSO OLEA, M.: "Art. 37.1 Negociación colectiva", en, VV.AA., ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución de 1978*, op cit., págs. 684-686.

[24] SALA FRANCO, T.: "El derecho constitucional a la negociación colectiva", en, VV.AA., CASAS BAAMONDE, Mª.E., DURÁN LÓPEZ, F. y CRUZ VILLALÓN, J. (Coords.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, op cit., págs. 323 y ss.

[25] HUELIN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, J. y GIL IBÁÑEZ, J.L.: *Constitución Española. Con la doctrina más relevante del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia más destacada del Tribunal Supremo y Tratados internacionales suscritos por España*, Colex, Madrid, 2010, pág. 325.

[26] VALDÉS DAL-RÉ, F.: "El art. 37.1. El derecho constitucional a la negociación colectiva", en, VV.AA., CASAS BAAMONDE, Mª. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, op cit., pág. 960.

[27] GALVÉZ MONTES, F.J.: "Comentario al art. 37.1 CE", en, VV.AA., GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 820.

[28] ALONSO OLEA, M.: "Art. 37.1 Negociación colectiva", en, VV.AA., ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución de 1978*, op cit., págs. 676-677.

[29] GARCÍA BLASCO, J. y DEL VAL TENA, A.L.: "La negociación colectiva en España", en, VV.AA., *La negociación colectiva en Europa*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 2004, pág. 275.

[30] RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A.L.: "El derecho a la negociación colectiva: reconocimiento constitucional y garantías legales", en, VV.AA., SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978,* op cit., págs. 663-665.

particular, el contenido del convenio colectivo, en la medida que se laboralizan materias por su conexión a las condiciones de trabajo, junto con un evidente repliegue legislativo a favor de la autonomía colectiva negocial como institución jurídica preferente en el marco de las relaciones de trabajo.

La práctica negocial nos revela una más que reseñable variedad de las materias objeto de regulación que se resguardan bajo el paraguas del contenido laboral de la negociación colectiva, ejemplo de ello son: las condiciones de ingreso y contratación, política salarial, ordenación del tiempo de trabajo, clasificación profesional y movilidad, vicisitudes y extinción del contrato de trabajo, derechos colectivos, representación de los trabajadores y acción sindical, prevención de riesgos laborales, régimen disciplinario, mejoras voluntarias de la protección de Seguridad Social y compromisos por pensiones, etcétera.

Dicho lo cual y partiendo de una interpretación amplia[31] del contenido laboral de la negociación colectiva, conviene señalar que el precepto estrella en esta materia a todos los efectos es el art. 85.1 ET (junto con el art. 82 ET), donde en aras de concretar el contenido posible de la negociación colectiva, hace referencia expresa a « (…) materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de las relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales (…)».

Finalmente, en cuarto lugar y en lo concerniente a la eficacia jurídica, el convenio colectivo gozará de «fuerza vinculante»[32], lo que implica conferir a este instrumento jurídico negocial de una fuerza jurídica objetiva, inderogable o real, que se traduce en el reconocimiento de su fuerza normativa.

Dicho lo cual, quedaría inconclusa esta somera exposición sin una referencia, aunque de manera superficial, de una cuestión tan manida a la par que controvertida como es el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos. Al respecto, tres[33]son las principales líneas argumentativas formuladas en el seno de la doctrina laboral española y, que en resumidas cuentas son: la «tesis de la prohibición constitucional de la negociación colectiva de los funcionarios públicos», la «tesis del reconocimiento constitucional del derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos» y, en tercer lugar, la «tesis de la ausencia de tratamiento constitucional de la negociación colectiva de los funcionarios públicos», cabe decir, que ha sido esta última tesis la que ha

---

[31] FERNÁNDEZ SEGADO, F.: "El derecho a la negociación colectiva", en, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1995, págs. 439- 440.

[32] MONEREO PÉREZ, J.L.: "Comentario al art. 37.1 CE: El derecho a la negociación colectiva", en, VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, Mª.N. (Dirs.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, op cit., págs. 642-647.

[33] SALA FRANCO, T.: "El derecho constitucional a la negociación colectiva", en, VV.AA., CASAS BAAMONDE, Mª.E., DURÁN LÓPEZ, F. y CRUZ VILLALÓN, J. (Coords.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, op cit., págs. 326-327.

tenido un mayor acogimiento por parte de la doctrina jurisprudencial del TC (como ejemplo cabe citar la STC 57/1982, de 27 de julio). Cierto es que, desde el punto de vista de la legislación estatal, tras un lento proceso no exento de dificultades[34], a los funcionarios públicos se les reconoce en la actualidad, como no podría ser de otro modo, el derecho a negociar colectivamente[35], siendo uno de los derechos de actividad básicos[36] integrados en el derecho fundamental de libertad sindical consagrado constitucionalmente en el art. 28.1.

2. LOS PRINCIPALES FACTORES QUE HAN DETERMINADO LOS CAMBIOS EN LA REALIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL. EFECTOS DEL SISTEMA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA RENOVADO: CONTENIDOS Y FUNCIONES

La vorágine de profundas transformaciones[37] en la que se halla inmersa nuestra realidad económica y social, demanda nuevas respuestas ante los desafíos emergentes a los que debe hacer frente nuestro ordenamiento jurídico-laboral, y dentro del mismo, la negociación colectiva, como instrumento básico y esencial de ordenación de las relaciones laborales, que ha sido acertadamente calificada como «el método por excelencia de los sistemas de pluralismo social»[38].

Téngase siempre muy presente que esta emblemática institución encarna una de las más genuinas manifestaciones propia de un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro. En este contexto sumido en un profundo proceso de transición del modelo legal garantista al modelo flexible, surge la imperiosa necesidad de refortalecer el papel que ha de desempeñar la negociación colectiva como cauce idóneo, esencialmente por su carácter flexible y consensuado, para enfrentar los procesos de reorganización de nuestro deficiente sistema productivo.

Este mismo planteamiento ha sido ampliamente respaldado, por ejemplo, en el Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas "Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI" (Bruselas, 22 de noviembre de 2006 [COM (2006) 708 al final], en el que se subraya la necesidad de adecuar el Derecho laboral a los nuevos tiempos, y en el desempeño de esa imprescindible

---

[34] LAHERA FORTEZA, J.: *"La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios"*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, págs. 272-273.

[35] MONEREO PÉREZ, J.L.: "Comentario al art. 37.1 CE: El derecho a la negociación colectiva", en, VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, Mª.N. (Dirs.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, op cit., pág. 633.

[36] DEL REY GUANTER, S.: *"La nueva regulación de la negociación colectiva y de la solución de los conflictos colectivos en la función pública"*, Revista Relaciones Laborales, Tomo I, 1991, pág. 282.

[37] MORENO VIDA, Mª. N.: "Los contenidos de la negociación colectiva", en, VV.AA., DE SOTO RIOJA, S. (Coord.), *XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales,* Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009, págs., 382-397.

[38] VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La negociación colectiva, entre tradición y renovación*, Comares, Granada, 2012, pág. 7.

labor de modernización reconoce y avala un papel destacado para el diálogo social. Todo con la pretensión manifiesta de conciliar una mayor flexibilidad y seguridad para los sujetos implicados, esto es, la denominada flexiseguridad[39].

El tejido empresarial contemporáneo[40] viene siendo identificado por la incesante proliferación de nuevos procesos de reorganización empresarial así como la renovación de nuestro sistema de relaciones laborales, todo ello contemplado bajo el prisma de un mundo globalizado sumergido en una espiral de continuos cambios, bajo el estandarte del principio de eficiencia económica y competitividad.

En este escenario en el que la negociación colectiva aparece profundamente marcada por el cambio del modelo productivo y por la crisis, debe potenciarse, aún más si cabe, su carácter flexible con el fin de acomodarse a las variaciones de la situación del mercado, buscando nuevas fórmulas para su adaptación y priorizando la implicación de los agentes sociales, en definitiva, aumentando la participación de los colectivos afectados pero sin descuidar tanto los derechos de los trabajadores como la mejora de la productividad y competitividad de las empresas[41].

Hoy por hoy, nos situamos en esta senda presidida por una incipiente búsqueda por alcanzar nuevos equilibrios entre la seguridad y la protección de los derechos de los trabajadores junto con la necesaria flexibilización de las empresas, o dicho de otro modo, si se prefiere, en el intento de combinar su clásica función garantista con su función de gestión y ordenación flexible de las relaciones laborales[42]. Así pues, en consonancia y armonía con el propio marco normativo de este derecho social, se ha logrado acometer un progresivo enriquecimiento de los contenidos[43] y funciones de nuestro paradigma democrático social de negociación colectiva.

A tenor de las funciones[44] que cumple la negociación colectiva y, por tanto, los productos jurídicos resultantes de la misma, va a determinar su contenido. Con motivo de los cambios estructurales en la organización empresarial y productiva, en la composición de las clase social trabajadora, el cambio que han ido sufriendo las políticas públicas y, en definitiva, en nuestra cultura de relaciones laborales, la negociación colectiva adiciona junto a su tradicional función de regulación de

---

[39] Véase al respecto: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Flexiguridad I y II", en, VV.AA., SEMPERE NAVARRO, A.V., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y AGUILERA IZQUIERDO, R. (Dir. y Coord.), *Enciclopedia Laboral Básica «Alfredo Montoya Melgar»*, Civitas, Navarra, 2009, págs. 669-676.

[40] MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, Mª. N.: *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 9-16.

[41] GARCÍA VIÑA, J.: *La negociación colectiva en España tras las últimas reformas*, Aranzadi, Navarra, 2011, págs. 51-52.

[42] RODRÍGUEZ CRESPO, Mª. J.: *La administración del convenio colectivo*, Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 2006, págs. 41-45.

[43] OLARTE ENCABO, S. y DE LA CASA QUESADA, S.: "Extensión material y límites legales del contenido de la negociación colectiva: entre la continuidad y la renovación", en, VV.AA., MOLINA NAVARRETE, C. (Coord.), *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: presente y futuro inmediato*, UGT-Andalucía, Sevilla, 2006, págs. 381-382.

[44] MORENO VIDA, Mª. N.: "Los contenidos de la negociación colectiva", en, VV.AA., DE SOTO RIOJA, S. (Coord.), *XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales,* op cit., págs., 393 y ss.

las condiciones de trabajo, y en la línea de su infatigable afán de corregir los evidentes desajustes patentes en la consecución de los intereses contrapuestos de las partes directamente implicadas en las relaciones laborales –con la especial atención que naturalmente requiere la situación de inferioridad de la parte trabajadora–, su función de autogestión y gobierno de las relaciones laborales, dirigidas a la organización del trabajo especialmente en situaciones de crisis. Remontándonos a esa concepción originaria de la negociación colectiva, y por consiguiente, del convenio colectivo como su producto típicamente resultante –aunque no el único–, como un instrumento de pacificación social, jugando un papel primordial su función protectora y de autoregulación del mercado de trabajo[45], comprobamos como en el transcurrir de los años, efectivamente, ha ido evolucionando para amoldarse a las nuevas exigencias provocando una expansión de sus funciones y contenidos.

En líneas generales, los factores[46] que han resultado ser determinantes en la evolución de la negociación colectiva, han sido, sin duda, la crisis del modelo de producción, concretamente, la conocida como crisis del modelo de empresa fordista –caracterizada por la producción «en masa», es decir, por la concentración de mano de obra, lugar y tiempo de actividad–[47] que da paso al modelo postfordista caracterizado por una mayor flexibilidad y participación[48] en el ámbito empresarial, la descentralización productiva[49], el consiguiente apogeo de los grupos de empresa[50] y el advenimiento de las empresas-red como «empresas con estructura articulada[51]» que va más allá de una realidad física, la indiscutible repercusión de las nuevas tecnologías en la desmaterialización y en la deslocalización, la

---

[45] MONEREO PÉREZ, J.L.: "El tratamiento de la relación post-contractual en el marco de una negociación colectiva renovada", en, VV.AA., *La negociación colectiva en el escenario del año 2000. XII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 1999, págs. 102-109.

[46] MORENO VIDA, Mª. N.: "Los contenidos de la negociación colectiva", en, VV.AA., DE SOTO RIOJA, S. (Coord.), *XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales,* op cit., págs., 397-403.

[47] GARCÍA JÍMENEZ, M. y MOLINA NAVARRETE, C.: "Viejas y nuevas funciones de la negociación colectiva: de las "condiciones de trabajo" a la regulación de "mercados", de la "calidad del empleo" a la "calidad de vida", en, VV.AA., MOLINA NAVARRETE, C. (Coord.), *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: presente y futuro inmediato*, UGT-Andalucía, Sevilla, 2006, págs. 156-157.

[48] Como ya vaticinada GALLART FOLCH, uno de los fundadores del Derecho del Trabajo contemporáneo, que abordó un completo estudio de una de las instituciones más importantes y emblemáticas como es el convenio colectivo: «Dos progresos en orden al trabajo están actualmente sobre tapete entre sociólogos y organizadores industriales, uno, en interés de la producción, otro, en interés de la paz social: la racionalización del trabajo y la participación de los obreros en los beneficios de la empresa. La realización de uno y otro progreso requieren, como medio de implantación, la convención colectiva de trabajo.»; en GALLART FOLCH, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo*, Estudio Preliminar de Monereo Pérez, J.L., Colección Crítica del Derecho, Sección Arte del Derecho, Comares, Granada, 2000, pág. 35.

[49] VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La negociación colectiva, entre tradición y renovación*, op cit., págs. 9-16.

[50] Vid., VV.AA.: *La negociación colectiva en los grupos de empresas: procedimientos de negociación y experiencias negociales*, MARTÍNEZ GIRÓN, J. (Coord.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 2003.

[51] MOLINA NAVARRETE, C.: "Introducción. Hacia un sistema de negociación colectiva adaptado a la sociedad "post-industrial" del siglo XXI: los problemas y las estrategias sindicales de respuesta", en,

externalización de la actividad productiva o «outsourcing»(no solo a través de la subcontratación, sino también mediante las ETT, el trabajo autónomo dependiente de la empresa principal), el carácter heterogéneo de la figura del trabajador (por ejemplo, por su desvinculación formal a la empresa para la que presta sus servicios o el sometimiento a diferentes regímenes laborales), la «terciarización» de las economías avanzadas caracterizada por el declive del «sector industrial» y el impulso del «sector servicios», la globalización[52], etcétera. Todo esto repercute profundamente en la praxis negocial, lo que conlleva el repliegue o retroceso del intervencionismo público en favor de la autonomía colectiva negocial.

La *función protectora* de la negociación colectiva introduce un marco de garantías para la defensa de los derechos del trabajador como persona y ciudadano[53], lo que ha supuesto una ampliación del contenido material de los convenios colectivos. Bajo el amparo de esta función, se ha incidido en ámbitos como la *protección de los derechos fundamentales[54] inespecíficos en el ámbito de la empresa*, como por ejemplo, el derecho a la vida e integridad física –art. 15 CE– por su vinculación con la seguridad y salud en el trabajo, así como los malos tratos; el derecho a la intimidad personal y familiar –art. 18 CE– en conexión con la irrupción de las nuevas tecnologías (video vigilancia, uso de correo electrónico, etcétera.), o por su implicación médica (por los controles médicos que se realizan en la sede empresarial; el derecho a la dignidad personal y a la integridad moral (arts. 10 y 15 CE) especialmente relacionado con el acoso laboral, tanto en su dimensión sexual como moral (con motivo del mismo la propia Ley Orgánica de Igualdad obliga a las empresas la adopción de medidas con el fin de evitar cualquier tipo de acoso laboral a través de la negociación colectiva –véase sus arts. 48.1 y 46.2–)[55], etcétera.

Dentro de esta *función protectora* de la negociación colectiva se inserta *la protección de la calidad del ambiente de trabajo*, donde tienen un papel destacado, por un lado, la llamada responsabilidad social de la empresa, especialmente en el ámbito empresarial y supraempresarial, y por otro, la prevención de riesgos laborales[56].

VV.AA., MOLINA NAVARRETE, C. (Coord.), *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: presente y futuro inmediato*, UGT-Andalucía, Sevilla, 2006, págs. 13-15.

[52] RODRÍGUEZ CRESPO, Mª. J.: *La administración del convenio colectivo*, op cit., págs. 27-29.

[53] GARCÍA JÍMENEZ, M. y MOLINA NAVARRETE, C.: "Viejas y nuevas funciones de la negociación colectiva: de las "condiciones de trabajo" a la regulación de "mercados", de la "calidad del empleo" a la "calidad de vida", en, VV.AA., MOLINA NAVARRETE, C. (Coord.), *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: presente y futuro inmediato*, op cit., pág. 161.

[54] Para un análisis pormenorizado, repárese en: VV.AA.: "La vigencia de los derechos fundamentales «inespecíficos» en la vida laboral: problemas actuales y vías de respuesta", en, VV.AA., CRUZ VILLALÓN, J. (Coord.), *XX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, MERGABLUM, Sevilla, 2002, págs. 145-186.

[55] Merece una especial atención a los efectos señalados, el magnífico y completo estudio realizado por, VV.AA., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dirs.), *Derechos fundamentales inespecíficos y negociación colectiva,* Aranzadi, Navarra, 2011, págs. 29-307.

[56] Vid., VV.AA.: "La seguridad y salud laboral en la negociación colectiva", en, VV.AA., DEL REY GUANTER, S. (Dir.), *El estado actual de la negociación colectiva en España. Balance y perspectivas*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 2003, págs. 477-514.

También se integra, la *lucha por la igualdad de género*, para garantizar el principio de igualdad y no discriminación[57], la conciliación de la vida laboral y familiar y los Planes de Igualdad, cierto es que estas cuestiones siguen teniendo un tratamiento moderado; la renovada *función de protección social complementaria*[58] que contempla tanto los trabajadores «activos» como los «pasivos» o ex trabajadores[59], en ella se aprecia una predisposición del contenido negocial sobre los Planes de pensiones. Otra de las proyecciones de esta función protectora negocial abarca la materia relativa a las *políticas de creación de empleo y de mejora de su calidad*[60] en la que se enmarcan medidas orientadas al fomento de la contratación, incremento del empleo estable, reparto del empleo, la inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo, etcétera. Son materias que progresivamente han ido adquiriendo una mayor presencia en convenios colectivos sectoriales, de grandes empresas y de grupos de empresas, destacando especialmente el tema de la formación profesional como factor clave para la parte empresarial en la medida en que contribuye a una mayor eficiencia y productividad que revierte en una maximización de su competitividad, y para los trabajadores como una fiel alternativa a la extinción del contrato y como un instrumento interconectado a la promoción profesional en los sistemas de clasificación profesional. De igual modo, dentro de las *políticas de creación de empleo y de mejora de su calidad*, tienen una presencia destacada las cláusulas convencionales sobre limitación de la subcontratación y, cómo no, la fuerte acogida del clausulado relativo a las jubilaciones forzosas y anticipadas como medida de flexibilización de las plantillas.

Seguidamente, otra función que merece nuestra atención es la denominada *función de racionalización del mercado o económica de producción* de la negociación colectiva[61], dirigida a la regulación de las condiciones de trabajo, ya no solo para mejorar las condiciones mínimas legalmente establecidas, sino también para actualizarlas y adaptarlas, potenciando su capacidad de autogestión de las situaciones de crisis que

---

[57] BALLESTER PASTOR, M.A.: "Igualdad y no discriminación en la negociación colectiva", en, VV.AA., BODAS MARTÍN, R. (Coord.), *La negociación colectiva ante la crisis económica*, Bomarzo, Albacete, 2010, págs. 85-115.

Véase también, LUJÁN ALCARAZ, J.: "Ponencia temática II: Igualdad y disparidad en la negociación colectiva", en, VV.AA., *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, págs. 687-733.

[58] VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La negociación colectiva, entre tradición y renovación*, op cit., págs. 389-391.

[59] GARCÍA JÍMENEZ, M. y MOLINA NAVARRETE, C.: "Viejas y nuevas funciones de la negociación colectiva: de las "condiciones de trabajo" a la regulación de "mercados", de la "calidad del empleo" a la "calidad de vida", en, VV.AA., MOLINA NAVARRETE, C. (Coord.), *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: presente y futuro inmediato*, op cit., pág. 162.

[60] Resulta interesante el análisis sobre esta cuestión: SERRANO OLIVARES, R.: *Los compromisos de empleo en la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 12-17.

Para un completo estudio sobre las cláusulas de empleo en la negociación colectiva, me remito a TOMÁS JIMÉNEZ, N.: *Tratamiento convencional de la política de empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 103-201.

[61] GARCÍA JÍMENEZ, M. y MOLINA NAVARRETE, C.: "Viejas y nuevas funciones de la negociación colectiva: de las "condiciones de trabajo" a la regulación de "mercados", de la "calidad del empleo" a la "calidad de vida", en, VV.AA., MOLINA NAVARRETE, C. (Coord.), *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: presente y futuro inmediato*, op cit. págs. 154-155.

atraviesan las empresas. Dentro de esta función destaca las centralidad de cuestiones como la ordenación de la materia salarial[62], la gestión flexible del tiempo de trabajo[63], el tratamiento negocial de la estructura profesional y los emergentes sistemas de organización de trabajo, apostando por la renovación del sistema de clasificación profesional combinando factores como la flexibilidad y la protección, basada principalmente en «grupos profesionales o categorías equivalentes[64]», el tema de la movilidad funcional concebida como instrumento flexible de adaptación interna y, por último, una mayor implicación en los procesos de reestructuración empresarial, asumiendo un papel cada vez más destacado en la gestión consensuada de los planes de viabilidad y de los planes de acompañamiento con el fin de equiparar los intereses en juego.

Como se ha indicado en líneas precedentes, junto a la apertura funcional y material de la negociación colectiva, subsisten clásicas funciones y contenidos que en aras de su necesaria adaptación han sido renovados o, si se prefiere, enriquecidos. Un buen ejemplo significativo de ello es, la tradicional *función política* de la negociación colectiva, dirigida al gobierno de las relaciones laborales como mecanismo de regulación del poder[65], actualmente reconducida hacia una función de gestión compartida de la empresa o de codecisión que persigue una implicación y responsabilidad conjunta de los sujetos implicados en la relación laboral, lo que contribuye a una mejor adaptación a las continuas fluctuaciones del mercado. Es en el marco de esta renovada función política de la negociación colectiva donde se vislumbra una clara redefinición de su ya clásica función de pacificación social, a través del fomento de los instrumentos autónomos de solución de conflictos[66].

3. BREVE REFLEXIÓN FINAL

En clave recapituladora y como colofón a la presente comunicación, todo lo expuesto a lo largo de estas páginas me conduce a la siguiente reflexión, y es que nuestro paradigma democrático social de negociación colectiva ha demostrado ser un instrumento extraordinariamente flexible en la regulación de las condiciones de

---

[62] Véase, en general, VV.AA.: "La regulación del salario en la negociación colectiva", en, VV.AA., DEL REY GUANTER, S. (Dir.), *El estado actual de la negociación colectiva en España. Balance y perspectivas*, op cit., págs. 417-476.

[63] Concretamente, sobre esta cuestión, ver: RODRÍGUEZ SAÑUDO-GUTIÉRREZ, F.: "Flexibilización de la jornada de trabajo. Normas legales y normas convenidas", en, VV.AA., RIVERO LAMAS, J. (Coord.), *La flexibilidad laboral en España,* Instituto Universitario de Relaciones Laborales, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1993, págs. 461-482.

Igualmente, me remito a: MERINO SEGOVIA, A.: "La reordenación del tiempo de trabajo: incidencias en la negociación colectiva", en, VV.AA., BODAS MARTÍN, R. (Coord.), *La negociación colectiva ante la crisis económica*, Bomarzo, Albacete, 2010, págs. 57-83.

[64] DE BENITO ÁLVAREZ, C.: *Manual estratégico de negociación laboral*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2002, págs. 93- 94.

[65] VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La negociación colectiva, entre tradición y renovación*, op cit., págs. 17-18.

[66] GARCÍA JÍMENEZ, M. y MOLINA NAVARRETE, C.: "Viejas y nuevas funciones de la negociación colectiva: de las "condiciones de trabajo" a la regulación de "mercados", de la "calidad del empleo" a la "calidad de vida", en, VV.AA., MOLINA NAVARRETE, C. (Coord.), *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: presente y futuro inmediato*, op cit., pág. 165.

trabajo y, en general, del sistema de relaciones laborales, prueba de ello, basta con analizar la progresiva evolución de sus contenidos y funciones en el transcurrir de los años. Así pues, es dable sostener que esto no significa que la negociación colectiva no presente deficiencias porque, efectivamente, está continuamente sometida a retos emergentes, pero insisto en que nuestro sistema de negociación colectiva no ha sido rígido y, por tanto, ha quedado patente que sus contenidos y funciones no han permanecido estáticos en etapas tan dinámicas como la presente.

Por ello hay que entender que el balance de estos años de experiencia negocial puede ser valorado como razonablemente positivo, la negociación colectiva en su labor esencial de diseño de las relaciones laborales ha logrado atender satisfactoriamente a los requerimientos sociales y económicos en cada momento.

Es por ello que todos los esfuerzos han de ir encaminados hacia una misma dirección, cuyo horizonte es la lucha por el más absoluto respeto del lugar que tiene y que debe de ocupar la negociación colectiva en nuestro sistema democrático de relaciones laborales, apostando por un protagonismo creciente de la misma, bajo el estricto cumplimiento de límites infranqueables que impidan cualquier merma o menoscabo en su capacidad y condición fundamental como el medio más idóneo para el autogobierno de las relaciones laborales. De lo contrario, cualquier actuación dirigida a limitarla o coartarla podría conllevar serias consecuencias, hasta tal punto de provocar la quiebra de nuestro sistema de negociación colectiva, perdiendo totalmente su verdadera esencia y razón de ser. Por tanto, desde la serenidad merece la pena abogar por una regulación consensuada de las condiciones de trabajo entre los sujetos realmente implicados en la relación laboral, en lugar de cualquier otro tipo de intromisión, y precisamente es esta nota definitoria la mejor carta de presentación de esta emblemática institución jurídico-negocial.

En esta senda en la que inevitablemente hay que hacer frente a los escollos que van a continuar surgiendo como una sintomatología característica y propia de sociedades que se tornan cada vez más complejas, como la nuestra, sumergidas en un mundo fuertemente globalizado, debe realzarse la centralidad de su meritoria condición de mecanismo preferente para la gestión eficaz del modelo de relaciones laborales, por sus múltiples y conocidas cualidades entre las que conviene destacar, su capacidad de adaptación a las tendencias emergentes, en función de las fluctuaciones técnicas, organizativas, productivas o de cualquier otro orden, así como su facultad de ofrecer respuestas acertadas frente a las nuevas exigencias que se plantean en el contexto de una sociedad inmersa en un proceso continuo de transformación, aporta flexibilidad y un carácter dinámico, además de su perseverante aspiración de superación ante las dificultades que viene padeciendo en estos últimos años, especialmente en tiempos de crisis como en el que lamentablemente nos hallamos inmersos en la actualidad.

Se vuelve a reafirmar, no solo en tiempos de bonanza económica sino en situaciones de crisis, la importancia de los contenidos y funciones que aborda y desempeña la negociación colectiva como pieza imprescindible en el marco de las relaciones laborales.

Si bien es cierto que en los modelos europeos de negociación colectiva se aprecian dos modelos tipo:

1) El modelo de negociación colectiva estático, en el que se matiza más que el procedimiento el producto, el resultado, la gestión y la administración del resultado, la negociación colectiva queda estancada hasta una nueva situación de conflicto, o renovación.
2) El modelo o paradigma de negociación colectiva dinámica, que enfatiza el encuentro, el diálogo, es un modelo abierto al proceso de renegociación permanente vinculado a una realidad cambiante.

En la práctica, lo que está sucediendo es una tendencia hacia la aproximación a los modelos dinámicos de negociación colectiva. Nuestro país se ha estructurado sobre la base de un modelo estático pero progresivamente se ha producido una orientación hacia ese modelo dinámico de negociación colectiva que le ha permitido afrontar los nuevos dilemas que se le han ido presentando.

En otro orden de consideraciones, debe aludirse, aunque sea de manera apresurada, a las dos últimas reformas legislativas más significativas que han incidido en la negociación colectiva, concretamente, el RD-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, y el RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral). Ambas reformas, con sus respectiva diferencias sustanciales, afectan al diseño de los pilares fundamentales del modelo de negociación colectiva, y se pueden calificar de estructural y no solo de adaptación. Obsérvese por añadidura, el encadenamiento en el tiempo de las mismas lo que denota una ansiosa manifestación por una urgente improvisación que redunda, en determinados aspectos, en una calidad deficiente, se puede afirmar que la primera de ellas prácticamente no se le dio margen de actuación lo que plantea serias dudas sobre el empleo de técnicas jurídicas inadecuadas. No obstante, es preciso incidir en la idea de que cualquier reforma sobre nuestro modelo de negociación colectiva tiene que tener presente premisas tan básicas como que el marco regulador ha de ser ante todo promocional evitando adoptar cualquier medida que obstaculice la libertad de negociar colectivamente y, además, debe ser escrupulosamente respetuosa con la dimensión de los espacios vitales de autorregulación de la autonomía colectiva negocial, debiendo preservar el poder social y declinando cualquier intento de usurpación o expropiación, dando prioridad al diálogo social y otorgando todo el protagonismo a los interlocutores sociales que, indudablemente, tienen mucho que decir.

Por consiguiente, sin ánimo de rehuir de una visión profundamente realista, se puede afirmar que en la coyuntura actual española marcada fuertemente por la crisis, la negociación colectiva tiene la capacidad suficiente para ofrecernos un panorama mucho más alentador, porque no podemos ni debemos olvidar que estamos ante una de las manifestaciones más relevantes en el marco de un Estado social y democrático de Derecho y, en definitiva, encarna la faceta más viva del Derecho del Trabajo que día a día concita un mayor interés.

4. BIBLIOGRAFÍA

DE BENITO ÁLVAREZ, C.: *Manual estratégico de negociación laboral*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2002.

DEL REY GUANTER, S.: *"La nueva regulación de la negociación colectiva y de la solución de los conflictos colectivos en la función pública"*, Revista Relaciones Laborales, Tomo I, 1991.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "*El derecho a la negociación colectiva a través de la interpretación del Tribunal Constitucional"*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, núm. 8, A Coruña, 2004.

FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1995.

GALLART FOLCH, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo*, Estudio Preliminar de Monereo Pérez, J.L., Colección Crítica del Derecho, Sección Arte del Derecho, Comares, Granada, 2000.

GARCÍA MURCIA, J.: *"Los convenios colectivos como fuente de la relación laboral: más apuntes para un debate recurrente"*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 68, 2007.

GARCÍA VIÑA, J.: *La negociación colectiva en España tras las últimas reformas*, Aranzadi, Navarra, 2011.

GONZÁLEZ RIVAS, J. J.: *La Constitución Española de 1978: Estudio sistemático y jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 2003.

HUELIN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, J. y GIL IBÁÑEZ, J.L.: *Constitución Española. Con la doctrina más relevante del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia más destacada del Tribunal Supremo y Tratados internacionales suscritos por España*, Colex, Madrid, 2010.

JIMÉNEZ-BLANCO, A., JIMÉNEZ-BLANCO, G., MAYOR MENÉNDEZ, P. y OSORIO ITURMENDI, L.: *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, JIMÉNEZ-BLANCO, A. (Coord.), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.

LAHERA FORTEZA, J.: *"La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios"*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000.

MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, Mª. N.: *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

RODRÍGUEZ CRESPO, Mª. J.: *La administración del convenio colectivo*, Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 2006.

SERRANO OLIVARES, R.: *Los compromisos de empleo en la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

TOMÁS JIMÉNEZ, N.: *Tratamiento convencional de la política de empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La negociación colectiva, entre tradición y renovación*, Comares, Granada, 2012.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: *"La negociación colectiva en la Constitución"*, Revista de Política Social, núm. 121, 1979.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: *"El derecho a la negociación colectiva laboral en la Jurisprudencia constitucional (I)"*, Revista Relaciones Laborales, Tomo I, 1990.

VV.AA.: *XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales,* DE SOTO RIOJA, S. (Coord.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009.

VV.AA.: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, Mª. N. (Dirs.), Comares, Granada, 2002.

VV.AA.: *Comentarios a la Constitución Española*, CASAS BAAMONDE, Mª. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.), Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

VV.AA.: *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), Editoriales de Derecho Reunidas, EDERSA, Madrid, 1996.

VV.AA.: *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 2003.

VV.AA.: *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (Coord.), Tecnos, Madrid, 1986.

VV.AA.: *Estudios de Derecho del Trabajo. En memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980.

VV.AA.: *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, CASAS BAAMONDE, Mª. E., DURÁN LÓPEZ, F. y CRUZ VILLALÓN, J. (Coords.), LA LEY, Madrid, 2006.

VV.AA.: *Los problemas actuales de la negociación colectiva*. *VI Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 1994.

VV.AA.: *Comentarios a la Constitución*, GARRIDO FALLA, F., Civitas, Madrid, 2001.

VV.AA.: *La negociación colectiva en Europa*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 2004.

VV.AA.: *Enciclopedia Laboral Básica «Alfredo Montoya Melgar»*, SEMPERE NAVARRO, A.V., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y AGUILERA IZQUIERDO, R. (Dir. y Coord.), Civitas, Navarra, 2009.

VV.AA.: *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: presente y futuro inmediato*, MOLINA NAVARRETE, C. (Coord.), UGT-Andalucía, Sevilla, 2006.

VV.AA.: *La negociación colectiva en los grupos de empresas: procedimientos de negociación y experiencias negociales*, MARTÍNEZ GIRÓN, J. (Coord.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 2003.

VV.AA.: *XX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, CRUZ VILLALÓN, J. (Coord.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, MERGABLUM, Sevilla, 2002.

VV.AA.: *Derechos fundamentales inespecíficos y negociación colectiva,* SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dirs.), Aranzadi, Navarra, 2011.

VV.AA.: *El estado actual de la negociación colectiva en España. Balance y perspectivas*, DEL REY GUANTER, S. (Dir.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 2003.

VV.AA.: *La negociación colectiva ante la crisis económica*, BODAS MARTÍN, R. (Coord.), Bomarzo, Albacete, 2010.

VV.AA.: *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*. *XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005.

VV.AA.: *La flexibilidad laboral en España,* RIVERO LAMAS, J. (Coord.), Instituto Universitario de Relaciones Laborales, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1993.

VV.AA.: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000. XII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 1999.

LA LEY 36/2011 REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL: DESDE LA CENTRALIDAD PROCESAL ABSORBENTE A LOS RIESGOS DE UNA "JUSTICIA DEFENSIVA"

Francisco Alemán Páez
Catedrático Acreditado de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

"*Et is similis spectatori est quod ab omni separatus spectaculo videt*"
Y él es semejante a un espectador que ve el espectáculo separado de todo.
(Schopenhauer A. "El mundo como voluntad y como representación", L. III)

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES PREVIAS
2. CENTRALIDAD PROCESAL ABSORBENTE DE LA LEY 36/2011
3. EL CANON DE "JUSTICIA VS. JUSTEZA DEFENSIVA"

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El conflicto de trabajo es una forma de antagonismo estructurado de las sociedades capitalistas cuyas manifestaciones difieren extraordinariamente a nivel material y desde los dispositivos jurídicos que se arbitran para vehicular tales controversias. Como es sabido, la dialéctica composición/ heterocomposición permite trazar un umbral teórico de separación al hilo de sus formas de afrontamiento. Contamos con líneas de acción institucional que tienden a potenciar las fórmulas cualificadas de autogestión extrajudicial, pero aun así los cauces judiciales no dejan de acaparar una centralidad absorbente. No obstante, esa centralidad se refuerza, mucho más si cabe, merced a un incremento enérgico de la litigiosidad judicial nada más activarse la hipercrisis económica, cuya escenario venidero cronificará de forma paulatina los niveles de conflictividad y de judicialización. Por ello, el hecho de contar con cauces procesales efectivos e imbricados adecuadamente en el derecho sustantivo, junto a la disposición sistémica de todo ello dentro de una estructura jurisdiccional dada, son claves de cuya trabazón pende el desenvolvimiento de las relaciones laborales, amén de representar un indicio muy fidedigno de los niveles culturales, cívicos y de convivencia ciudadana[1]. Paralelamente, la ley procesal opera a modo de atalaya (si no banco de pruebas) que detecta el pulso de las relaciones de trabajo y su problematización estructural, pero aparte de este aspecto técnico los órganos jurisdiccionales son una pieza neurálgica del Estado de derecho pues, entre otros aspectos, se encargan de vehicular la tutela judicial y de garantizar la prevalencia del principio de legalidad. Esto también nos emplaza a un principio de acción enraizado en la idea de justicia, lo que, merced a su valor axiológico y de utilidad pública, erige esta temática en una pieza clave de la organización de la sociedad y epígono jurídico de los textos Constitucionales. Nuestra materia imbrica un concepto paralelo al axioma matriz: la *justicia social*. Este canon inhiere una clase determinada de justicia, aplicada, esto es, a los problemas del trabajo empero bajo un sentido de protección del trabajador, convirtiéndose de ese modo en un heurístico que orienta la acción del legislador y la de los poderes públicos cuando diseñan y aplican tan importante segmento de políticas sociolaborales.

---

[1] Coincido con Prieto Castro ("Tratado de derecho procesal civil", T. I, Ed. Aranzadi, 1985, pp. 94 y 95) en sus críticas acerca del uso devaluado del concepto "adjetivo" (vs. "rituario", o derecho de "trámite"). En efecto, dicho término suele interpretarse como un "quid" antitético a su homónimo y de connotaciones peyorativas, quizás debido a una exégesis dominante que lleva a concebirlo como una variable secundaria frente al "derecho útil" vs. "sustantivo". La ideografía resultante de estas expresiones al uso inducen, ciertamente, a concebir la materia procesal como algo accesorio o de inferior rango frente al derecho material. Sin embargo el derecho procesal laboral, con su trasfondo de derecho formal, es tan "sustantivo" como el basamento material de dicha parcela jurídica. A mi modo de ver, "adjetivo" enhebra una relación de intrumentalidad de las leyes rituarias con las sustantivas en una conmixtión medio-fin, gracias a lo cual se logra el restablecimiento o creación de un orden jurídico dado. Por lo demás, soy de quienes opinan que, desde un plano científico y de aproximación epistémica, el iuslaboralista teórico tiene una deuda sempiterna con dicha parcela de conocimiento de difícil solución. A mi modesto entender, sólo el ejercicio práctico, o la inmediatez al mismo de forma constante, proporciona las auténticas claves comprensivas del derecho procesal laboral. A lo más, se puede contribuir a la teorización disciplinar o al enriquecimiento analítico de las categorías jurídicas laborales, pero de algún modo se adolece del conocimiento de los "entresijos rituarios" y judiciales, muchas de cuyas claves revierten de forma circular en el significado de los institutos jurídicos. En definitiva, no tengo reparo en reconocer la tesis según la cual el hombre es fundamentalmente práctico y, desde dicho presupuesto, teorético.

Constitucionalmente, la potestad jurisdiccional de "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado" corresponde con exclusividad a los Jueces y Magistrados del poder judicial, los cuales gozan de una serie de prerrogativas (v.gr. independencia, inamovilidad) y de un cuadro de obligaciones en el ejercicio de sus facultades (v.gr responsabilidad y sometimiento al imperio de la ley, ex arts. 117.1 y 3 CE). Este principio de unidad jurisdiccional resulta compatible con la existencia de diversos órdenes o ámbitos para la realización práctica del derecho. Así acontece con los jueces y tribunales del orden social, los cuales conocen las pretensiones promovidas dentro de dicha rama en los conflictos individuales y colectivos y en otros aspectos materiales conexos. El sistema jurídico crea un plantel de órganos especializados con pautas de actuación propias y categorías diferenciadas de otros órdenes jurisdiccionales, sin embargo no son sólo explicaciones técnicas o institucionales las que justifican la ontogénesis del derecho procesal laboral ya que éste también opera como mecanismo de encauzamiento del conflicto socioeconómico subyacente a las relaciones profesionales coadyuvando su atemperación. Se arbitra, esto es, una institución nuclear, el proceso de trabajo, de consuno con una estructura orgánica encargada de tutelar el cumplimiento del ordenamiento laboral y las relaciones jurídicas de trabajo, lo que, como digo, es una forma de encauzar institucionalmente un fin teleológico último de preterida justicia social[2]. La propia jurisprudencia Constitucional recaba estas características y resalta las conexiones del derecho sustantivo y las normas adjetivas y sus imbricaciones con su común esencia protectora. Como sabemos, y según declarara el Alto Tribunal, el derecho del trabajo es "un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección... de las desigualdades fundamentales"[3], ahora bien, tal esencia tuitiva deviene de la recepción de dicho rasgo en las normas sustantivas y de su integración paralela en las normas procesales. Para el Constitucional, se trata de superar "tendencias que creían que el Derecho procesal era un conjunto de normas neutras y aisladas del Derecho sustantivo" pues, de contrario a ello, "resulta patente que ambas son realidades inescindibles, actuando aquél como un instrumento más, y de singular importancia, para el cumplimiento de los fines pretendidos por éste"[4]. En otras palabras, la desigualdad socioeconómica es un heurístico corrector que opera de consuno en las normas sustantivas, en las reglas adjetivas y en el funcionamiento de las normas procedimentales. En este mismo orden de ideas podíamos enmarcar la conveniencia de reducir al máximo la complejidad de las categorías procesales, incluso la consideración de la gratuidad en la justicia a los sujetos en situaciones de desventaja y vulnerabilidad. Si deparamos en las atribuciones de

---

[2] La creación de las instituciones judiciales y procesales viene acompañada de una lógica decisional de palmaria significación política. Lo es así, en primer término, porque trasparece unos principios morales y un marco de valores jurídicos latentes en las instituciones de cada comunidad política; y también lo es así desde el momento mismo que los poderes públicos deciden la creación de un determinado orden jurisdiccional, independientemente de la vertiente o especialización del mismo, pues el mero hecho de implementarse esa opción ya lleva aparejada una asignación de recursos personales, materiales, presupuestarios, de control y de funcionamiento. Además, la condición "social" de dicho orden cualifica un criterio de optimalidad. Se asignan recursos, esto es, pero desde una teleología distributiva y correctora de desigualdades que hunde sus raíces en la idea de "justicia social".

[3] STCO 3/1983, de 25 enero.

[4] SSTCO 114/1983, de 6 diciembre.

los jueces laborales, en su especialización y en su involucración adjetiva, inferimos un rol que propende compensar la vertiente social del derecho del trabajo desde un plano de acción técnica, máxime con la complejidad que hacen gala los cauces adjetivos y la "desmesura normativista" del propio derecho sustantivo. Sabemos los excesos de dicho régimen mediante una incesante batería de dispositivos legales y reglamentarios que se suceden "aluvionalmente" y sin solución de continuidad. Estas inercias, por lo demás, no cejan de aumentar debido a la mayor densidad de las relaciones socioeconómicas, sin olvidar la influencia del neocapitalismo ultraliberal en nuestra disciplina y la inundación de cánones economicistas en los dispositivos jurídicos bajo un marchamo de racionalidad juridificadora. Aparte de estos aspectos, el procedimiento laboral es una vía mucho más ágil, económica y sencilla que, por ejemplo, el proceso civil, visto el carácter costoso, lento y formalizador que irradian sus dispositivos rectores[5]. En suma, y según se encarga de rubricar el Tribunal Constitucional, la ley rituaria "es un proceso a favor del trabajador, que intenta compensar la desigualdad sustancial en que éste, social y económicamente, se encuentra" (STCO 3/1983 cit).

El *procedimiento de trabajo* es un concepto laxo y con numerosas aristas teóricas, si bien su significado infiere dos dimensiones complementarias. De una parte, ostenta una dimensión digamos "interna", que no es otra que la actividad jurisdiccional, cuyo radio de acción viene definido por el régimen de competencias y atribuciones de los jueces y tribunales del orden social. Pero junto a este extremo, el concepto también infiere un aspecto "externo" que nos emplaza esta vez con una serie de trámites y actuaciones que vertebran una estructura normativa dada, que en nuestro caso ostenta, cómo no, un carácter rituario. Podría pues decirse que el "*proceso*" es el instrumento esencial de la jurisdicción. Aquel se traduce en una serie o sucesión de actos adjetivamente ordenados con vistas a la aplicación o realización del derecho respecto de un ámbito material concreto. En el caso del derecho del trabajo, razones de política normativa llevan a los poderes públicos a instituir un plantel de jueces técnicamente especializados que, a la luz del prurito protector y humanitario de las normas sociales, y utilizando instrumentalmente los dispositivos de corrección institucional que proporciona la ley adjetiva, resuelven las desavenencias surgidas entre los empresarios y los trabajadores, o entre dichos actores con los poderes públicos, y que finalizan con la promulgación de resoluciones firmes. El conjunto de actos que componen el "proceso" requieren unas potestades de ordenación singular que se suceden consecutivamente siguiendo un orden lógico predeterminado por la ley y en aras de la tutela judicial efectiva. En verdad, el proceso de trabajo, o "proceso social"[6], es una institución jurídica singularizada por mor de la materia litigiosa, los actores intervinientes en la misma y el modo como se formalizan los conflictos laborales. De otra parte, el derecho procesal del trabajo está compuesto por un bloque de dispositivos normativos que

[5] Cfr. Montoya Melgar A. "Los procesos laborales y el sistema del Derecho del Trabajo" REDT, nº 25, 1986.

[6] Incorporo la expresión de Alonso Olea M. ("Derecho procesal del trabajo", Civitas, 2008, p. 41) y de Menéndez Pidal ("Derecho procesal social", Madrid, 1947).

encauzan aquellas pretensiones cuyo fundamento jurídico-material deviene de la rama social del derecho, siendo las normas laborales quienes fijan el ámbito de dicha jurisdicción en sintonía con los órganos que la componen estructuralmente[7]. Por todo ello, podemos concebir el proceso laboral como un dispositivo corrector de desigualdades en los términos sancionados por el párrafo 2º del art. 9 CE.

Los dispositivos procesales infieren una concepción "*imperativista* y *normativista*" acerca de una parcela bien singular del mundo jurídico. Lo es así en tanto en cuanto las leyes rituarias conforman proposiciones prescriptivas, es decir, abstraen *normas de mandato* que institucionalizan unas pautas para la acción procesal. Por ello mismo, los actos procesales están revestidos de autoridad pública merced a la cualidad de los agentes que pronuncian las sentencias y resoluciones judiciales. Ahora bien, según iremos abordando en esta comunicación, el proceso laboral es mucho más que un instrumento de satisfacción de pretensiones jurídicas y económicas. El examen de dicha institución y de su realidad socionormativa, nos permite trasparecer del hecho jurídico proyectado en las leyes rituarias, de suerte que, recabando otros enfoques metodológicos, podamos ampliar el dato analítico con otras formas de aproximación a los procesos de creación jurídica, sin descartar incluso la crítica de la supuesta "objetividad aplicativa" de las leyes procesales. Ya adelanto que detecto en esta temática un cuadro de "tumores inextirpables", a veces recluidos en los códigos normativos, en las rutinas adjetivas o el propio lenguaje científico especializado, y otras asentados en códigos axiológicos y prácticas de dudosa deontología profesional; por ende cuestiono el hecho que algunas de las disfuncionalidades procesales y de la ley laboral apenas se alteren pese al devenir de reformas que muestren una apariencia virtual de "normalidad".

En la línea expuesta encuadro, precisamente, la modificación procesal llevada a cabo a través de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, de la Jurisdicción Social (en adelante LJS). Su entrada en vigor ha supuesto un perfeccionamiento técnico y una ampliación del conjunto de garantías procedimentales pero, como digo, es un texto desacorde con las estructuras que permiten sustanciar un amplísimo cuadro de competencias y derechos potencialmente justiciables. Con esto estoy apelando, en primer término, a un principio de autenticidad o de "sinceridad legislativa"[8] que degrada la norma genéticamente cuando apareja de consuno una ruptura entre su validez formal y la eficacia de sus dispositivos jurídicos. Para mayor abundamiento, la rama social del derecho se encuentra en una encrucijada inflexiva pues, de ser un ordenamiento limitador del poder directivo, ha pasado a ampliar policéntricamente las facultades empresariales al albur de paradigmas muy variopintos de dudosa consistencia real, y además mediante retrocesiones continuas en la plataforma de derechos laborales y en las prestaciones básicas del Estado del bienestar. Los dispositivos rituarios han venido operando hasta ahora como mecanismos de corrección de la desigualdad existente entre empresarios y trabajadores

[7] Vid Alonso Olea M. "La materia contenciosa laboral", Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1967, p. 5.

[8] Sagardoy Bengoechea JA "Los principios de aplicación del derecho del trabajo", Acarl, 1989, p. 68.

al hilo de la interpretación y aplicación de las normas laborales, pero esa idea correctora se quiebra de raíz si se alejan las vías de defensa y de exigibilidad de los derechos sociales. Esta es, precisamente, la idea que acometeremos en estas páginas: desde el presupuesto de la "*justiciabilidad*" y la hipótesis de su posible conversión en "*justicia defensiva*".

2. CENTRALIDAD PROCESAL ABSORBENTE DE LA LEY 36/2011

La Ley 36/2011 afrontó un reto ambicioso acometiendo una reforma integral del proceso de trabajo y de la actividad de los órganos jurisdiccionales del orden social. Prosigue la senda de otros textos procesales que acometieron modificaciones completas de la ley rituaria, ahora bien, esta vez contamos con diferencias muy notables respecto de otras iniciativas predecesoras. El primero de esos aspectos es revalorizador "per se". Durante los últimos años la ordenación de la materia laboral estaba siendo objeto de continuas "degradaciones" debido a la manera como se afrontaba su ordenación. Aunque la legislación delegada disfrute de un indubitado respaldo constitucional, traslada una quiebra de la división de poderes que hace un flaco favor a la ideografía de un texto con tamaño calado socionormativo. Aparte de ello, son alteraciones que amputan la oportunidad de enriquecer sus contenidos merced a un análisis sopesado de los proyectos legislativos y a la introducción de pareceres complementarios por parte de los agentes sociales y el conjunto de operadores jurídicos. Por tanto, el hecho seguirse la senda de la elaboración legal ordinaria fue una decisión altamente plausible pues hace honor a la entidad que merece un texto de las características de una ley social procesal[9]. Respecto de los factores que impulsaron la LJS, los clasificaré en dos bloques: los fines "ónticos", en cuanto robustecen los cánones idiosincrásicos de la mentada ley procesal, y los fines "deónticos", éstos más contingentes e imbuidos de un carácter programático[10].

En el elenco de justificaciones aducidas preliminarmente, sobresale una idea hegemónica de adaptación y perfeccionamiento técnico de la norma dentro de un objetivo más general y ambicioso de modernización de la justicia, donde los tribunales del orden social forman una pieza estratégica de dicha estructura. Son muchas las ocasiones que la Exposición de Motivos subraya ese fin, hasta el extremo de trabarse una relación dialéctica entre la racionalización modernizadora del procedimiento y la celeridad que de consuno pretende impulsarse gracias a la agilización de la actividad de los órganos jurisdiccionales. Según reconoce el propio legislador, la ley responde a un doble "eje explicativo". El primer eje estriba en la realización de "importantes

---

[9] No es baladí que desde la publicación prelegislativa del anteproyecto el 10 de septiembre del 2010, su contenido fuese analizándose de forma paulatina en el seno de una pluralidad de instancias consultivas (v.gr. CES, CGPJ, Fiscalía General del Estado, Consejo General de la Abogacía, Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados) cuyos informes y observaciones coadyuvaron a enriquecer y perfeccionar la nueva norma adjetiva.

[10] En la elaboración de estas consideraciones realizaré las inferencias oportunas al hilo de la la Exposición de Motivos de la Ley 36/2011, y también colacionaré, en su caso, las opiniones e intervenciones que se llevaron a cabo en las jornadas sobre "La nueva ley reguladora de la Jurisdicción Social" organizadas por la AEDTSS (CES. 3/3/2012).

mejoras (técnicas y adaptaciones) que implican una estimulación de la jurisdicción para proyectarla como auténticamente social". El segundo eje explicativo consiste en la "inequívoca voluntad modernizadora del procedimiento". Como dije antes, la LJS atiende un objetivo de mayor recorrido temporal y de alcance estructural, por ejemplo, merced a su incardinación en el Plan Estratégico de Modernización del Sistema de Justicia (2009-2012). Se trata, esto es, de "mejorar su calidad y hacer mucho más eficiente y ágil el servicio", presumiéndose que nuestra norma "completa la modernización procesal en este orden, racionalizando y fijando un nuevo texto normativo consolidado y actualizado a la realidad de la organización actual del trabajo".

Retomando el análisis de los objetivos "*ónticos*" a los que aludí anteriormente, el legislador destaca, en primer término, el papel que ostenta la rama social del derecho para la convivencia ciudadana y el funcionamiento del sistema democrático. En efecto, el derecho del trabajo aborda un ámbito preferencial de las relaciones sociales que, como reconoce el legislador, resulta ser "fundamental para el desarrollo económico y el bienestar de la sociedad". Según apostilla la LJS, "la singularidad de las relaciones laborales y sus específicas necesidades de tutela explican y justifican la especial configuración de la tradicionalmente conocida como rama social del derecho". Dentro de ésta, los mecanismos de solución de conflictos integran una "especialidad del Derecho del Trabajo reconocida en nuestro país desde antiguo", de ahí que el legislador colacione un doble haz de elementos caracterizadores. Unos van referidos al proceso en sí, como es "su agilidad, flexibilidad y capacidad de adaptación", o el hecho de "posibilitar una más rápida y eficaz resolución de conflictos". Otros se integran, en fin, dentro del rol del órgano jurisdicente, sobresaliendo aquí "las amplias potestades del juez o tribunal (en la) dirección del proceso", así como "(su) proximidad e inmediación…respecto de las partes y del objeto litigioso". Los objetivos "*deónticos*" se insertan pues estructuralmente en las instituciones reformadas con la LJS y se enhebran desde la virtualidad de dichas modificaciones con el derecho a la tutela judicial efectiva. Bajo un prurito omnisciente, la norma pretende ofrecer "una mayor y mejor protección a los trabajadores y a los beneficiarios de la seguridad social, fortaleciendo la tutela judicial en un espacio vertebrador de la vida social y económica". El legislador presume que los nuevos dispositivos jurídicos entrañan en su conjunto un "refuerzo de la seguridad jurídica" para los operadores sociales y económicos. Es más, siguiendo ese mismo cuadro de presunciones, se entiende que la dotación de los nuevos instrumentos procesales permitirá alcanzar una tríada de aspiraciones elementales, a saber: evitar "abusos equilibrando la protección y tutela de los distintos intereses en conjunto", proteger "mejor a los trabajadores frente a los accidentes laborales", y lograr al fin una "mayor seguridad jurídica al mercado laboral". En definitiva, se tiene la convicción que el redimensionamiento rectoral del órgano jurisdicente lo erige en garante medular de los derechos de los trabajadores[11].

Recapitulando lo expuesto, comprobamos que la LJS reconoce la naturaleza poliédrica de la rama social del derecho y su relevancia para la superación del

[11] Intervención de Folgueras Crespo J. en las jornadas organizadas por la AEDTSS sobre la nueva ley reguladora de la jurisdicción social, ult, cit.

conflicto capital/trabajo, de suerte que, con esta premisa, se pretende contribuir a una justicia ágil y eficaz incrementando, entre otros aspectos, la capacidad de acción de los órganos jurisdiccionales. Desde un punto de vista técnico, la norma plantea numerosos problemas exegéticos y aplicativos. Por recabar algunos datos desde donde situarnos analíticamente, podemos pensar en la ampliación y yuxtaposición de ámbitos competenciales, en las reglas de legitimación, representación, defensa o acumulación de acciones, en el universo de actores públicos y privados que se recaban y el redimensionamiento en muchos de sus roles (juez, secretario judicial, ministerio fiscal, etc), en el impulso proferido a las medidas extrajudiciales de composición de conflictos, en la inclusión de categorías procesales "ex novo" (v.gr. procedimiento monitorio, posibilidades transaccionales varias, etc), en el régimen de la nueva casación o en el tratamiento de los títulos ejecutivos. Tampoco estamos ajenos al plantel de "meandros técnicos" y "circunvalaciones conceptuales" que envuelven la construcción formal de algunos institutos jurídicos en la precitada LJS. Entre lo primero, incluyo el uso de "textemas de auto-rescate", en referencia a sintagmas del tenor: "salvo", "sin perjuicio", cuyos tópicos se extienden en demasía a lo largo de su articulado; y también recabo el uso repetitivo de oraciones subordinadas que truecan en excepción las reglas rectoras de un precepto, a riesgo incluso de subvertir las relaciones dialécticas establecidas normativamente. No menos significativa es la subsunción de conceptos como: "vínculo sindical" "directa conexidad", "circunstancias circunstancialmente iguales", "punto de contradicción" o "individualización de los afectados"[12], cuyas acepciones y construcciones tienden una proclividad innata para la exégesis jurídica -si no derrubio hermenéutico- y la reconstrucción técnica de los referidos conceptos desde el anclaje dispensado en sus respectivas instituciones reguladoras. En líneas generales, la LJS introduce un cuadro de dispositivos que merecen valoraciones positivas, sin embargo mantengo muchos recelos con una ampliación de competencias desproporcionada con el basamento estructural de la administración de justicia. La unificación competencial es un requerimiento de unidad sistémica y de homogeneidad nomotética en cualquier disciplina jurídica, y también es un pre-requisito operativo para evitar la dispersión en el tratamiento de cualquier materia, sobre todo desde el tamiz competencial del ámbito jurisdiccional debido a los efectos en cadena que ello provoca en un orden dado y a sus repercusiones en el funcionamiento del sistema judicial en su conjunto, pero el problema es que dicha ampliación resulta ser una gigantomaquia desbordante si no se cuenta con unas estructuras acordes que permitan la aplicación de las previsiones legales. De serlo así, los efectos revierten negativamente en varias facetas: en el rol jurisdiccional (de ser actor, el juez se transmuta en "auxiliar de la justicia"[13]), en disfuncionalidades interiorizadas dentro del sistema (justicia defensiva) y hacia exterior del mismo (desvanecimiento de la idea de justicia social).

---

[12] Respectivamente, arts, 18/2, 160/5, art. 219/ 3 y 2, o arts. 157/1, 161/3 y 157 LJS.

[13] El concepto proviene de Foucault, "Vigilar y castigar", Ed. Siglo XXI, Madrid, 2005, p. 288, quien ya criticaba la transmutación de los jueces en "empleados apenas reacios".

3. EL CANON DE "JUSTICIA VS. JUSTEZA DEFENSIVA"

El derecho procesal objetivo enuclea un bloque de normas rituarias cuyo diseño infiere un orden jurídico dentro de un sistema o subsistema jurídico. Aunque la formulación técnica de las cláusulas adjetivas difiere ostensiblemente, comparten el hecho de marcar unas pautas de acción "*iter-ativas*" cuyos cánones garantizan la protección de intereses y la tutela de los derechos subjetivos. Además, y para mayor abundamiento, el derecho procesal laboral también es un mecanismo de vigilancia y corrección de las desigualdades anejas a la ley social. A fin de cuentas es el instrumento que, merced a su carácter coercitivo y de orden público, atempera el conflicto capital/ trabajo. Por añadidura el proceso social se enhebra, en pura relación dialéctica, con el concepto de "justicia", cuya trascendencia metanormativa nos traslada a aspectos empíricos y de política del derecho con irradiaciones de tipo moral, éticas y filosóficas. En estos términos, finalizaré el análisis con un examen del escenario jurisdiccional diseñado por la Ley 36/2011 barajando algunas hipótesis de su posible desenvolvimiento venidero. Para ello colacionaré asimismo dos enfoques teóricos que proporcionan sendas aproximaciones ideográficas de la ley adjetiva, según la concibamos sistémicamente como "*law-in-books*" (derecho en textos) y/o como "*law-in-action*" (derecho en acción).

Como adelantamos, el aspecto neurálgico de la reforma procesal estriba en la reordenación del régimen de competencias. En efecto, y como resaltara González Posada, la Ley 36/2011 simboliza un tránsito desde la diversificación funcional de la tutela a su unificación última[14]. Globalmente es un texto que mejora de forma ostensible la posición del magistrado en el proceso de trabajo, y lo hace desde una multiplicidad de facetas y bajo una tendencia ampliatoria de su perfil funcional. Reconocer al órgano jurisdicente su condición de clave de bóveda del sistema judicial no deja de ser una obviedad redundante en cualquier administración de justicia que se antoje moderna y democrática, pero las dudas surgen de inmediato cuando la saturación burocrática de los tribunales adquiere niveles surrealistas y cuando, para mayor abundamiento, añadimos una inflación de roles que dilatan "sine delectu" el papel de los jueces. A sus funciones inmanentes de ordenación del proceso y de índole resolutivo, se añaden ahora un denso caudal de cometidos preparatorios, conciliadores, comunicativos, ejecutivos, e incluso prevencionistas, que exorbitan la estricta labor jurisdiccional. El gran dilema estriba entonces en la manera como va responderse a estos retos con la carencia de recursos materiales, humanos, organizativos y presupuestarios que endémicamente azotan la administración de justicia en España. La religación de estos aspectos infiere vertientes y defectos casi seculares, pero la conjetura se redobla con la hipercrisis económica, la cual propende cambios muy escasos en medios materiales y personales. Al contrario, cabe presumir un aumento exponencial de la conflictividad social y laboral cuya progresión irá de la mano de una litigiosidad jurisdiccional en progresión

[14] Ponencia pronunciada por el mentado autor en las jornadas organizadas por la AEDTSS sobre la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social, CES, Madrid, 3/3/2012.

ascendente. Bien es verdad que el trabajo y el derecho del trabajo "miran" de consuno a la juridicidad y a la judicialidad, pero, vista la centralidad absorbente del nuevo régimen de competencias, en el aire queda la forma de afrontar tantos retos acumulativos con la hipertrofia del rol jurisdicente realizada por la LJS[15].

La jurisdicción de trabajo ha sido considerada desde antiguo como un referente analítico que marca un importante pulso institucional sobre una multiplicidad de planos. Lo es así a nivel práctico y dogmático pues su operacionalización permite vislumbrar el sentido de las categorías laborales y la efectividad material de las mismas, pero, como decía antes, el proceso laboral también es un "referente observacional y empírico" merced a sus conexiones con otras ramas y su imbricación con el conjunto de órdenes jurisdiccionales. El derecho forma y con-forma un sistema cuyas piezas se engarzan unas con otras, de manera que los avances o defectos detectados en dicho acoplamiento acaban extrapolándose a otros ámbitos, esto es, una vez demostrada la eficacia de ciertas medidas, el resultado de una reforma legislativa o la capacidad misma ordenadora de las categorías jurídicas desde su praxis aplicativa. La jurisdicción social es un fiel ejemplo de dicho papel referencial debido a las particularidades de sus dispositivos rituarios. Ente sus rasgos sobresalientes, resulta idónea para sustanciar controversias que, por su propio sustrato sostenedor y económico, requieren un tratamiento ágil y expeditivo de los asuntos, lo que en definitiva tamiza el formalismo de la ley procesal y su cuadro de principios informadores. En la formación de estos aspectos idiosincrásicos han influido, de una parte, la especial sensibilidad de sus jueces y magistrados respecto de un nudo litigioso cuyo carácter es bifronte "per se", vista la consideración del trabajo como medio de subsistencia y como recurso productivo al unísono; y de otra parte, también ha influido la red de prestaciones e intervenciones públicas que se despliegan estructuralmente desde los anclajes normativos del derecho del trabajo. Ahora bien, mis recelos estriban en la posibilidad, creo ya hecha evidencia, de de-construir una "*justicia defensiva*". Con dicho concepto aludiré al *riesgo de convertir la actividad jurisdiccional en una labor mecanicista donde el juez se ciña a resolver los litigios de manera partitiva descartando de antemano mayores esfuerzos indagadores de la verdad objetiva.*

Contextualizo dicha hipótesis ante la proclividad por *cerrarse* ciertos dispositivos indagadores de los asuntos litigiosos debido a la masificación de la carga de trabajo de los jueces y magistrados, vista además la hipertrofia funcional realizada por la LJS en su rol jurisdicente. En efecto, las conexiones entre el volumen de asuntos juzgados y la referida carga han trocado una ecuación imposible. Su numerador enhebra el aumento de la litigiosidad con el plantel de jueces, mientras que el denominador hace lo propio entre las reducciones presupuestarias y la gestión de la estructura judicial en clave Autonómica. Cualquier juez afronta los casos con la apoyatura de datos fácticos, análisis empíricos, integraciones

[15] Se trata, verosímilmente, de una inquietud compartida entre los jueces y tribunales del orden social; a título ilustrativo, vid. las reflexiones vertidas por Aramendi Sánchez P. en "Jurisdicción social: un anteproyecto de ley de procedimiento laboral en un contexto de crisis económica", AS nº 20, 2011, p. 12 y ss.

nomotéticas, e incluso reelaboraciones psico-cognitivas, y ejecuta dicha labor merced a la concepción racional e inferencial que desprendan los elementos sostenedores de cada controversia litigiosa. Sin embargo esta labor, pongamos "representacionista" de la dilucidación formal del derecho, tiene visos de afrontarse de una manera superficial, mecánicamente y sin atenuaciones. En otros términos, y colacionando de nuevo la dualéctica antes planteada, las correlaciones "law-in-books" (derecho en textos) vs. "law-in-action" (derecho en acción) darían lugar a un sentido no atenuativo de la labor judicial, sobremanera distante de "lo equilibrador". Nada más lejos de la esencia configuradora del proceso de trabajo[16].

Nuestra suposición adquiere consistencia si realizamos un examen evolutivo del panorama general de la justicia en España y de los elementos estructurales que particularmente caracterizan el funcionamiento del dicho orden jurisdiccional[17]. En el 2010 los juzgados y tribunales del orden social vieron ingresar 444.316 asuntos, de los cuales fueron resueltos algo menos de la mitad con la promulgación de 248.497 sentencias. Analizando dicha evolución observamos un salto abrupto en los años 2007 y 2009, sin duda por la aparición de los primeros efectos de la crisis económica, pues hasta ese momento las cifras pro-medio desprendían un volumen de 300.000 asuntos en términos absolutos. Esa evolución coincide con un aumento en la duración media de los procesos en los juzgados de lo social (de 5 días, pasan a 7.7) junto a un incremento notabilísimo de las tasas de congestión judicial (actualmente en 1.90-2)[18]. La hipótesis más verosímil es que las empresas seguirán exprimiendo los subterfugios de la Ley 3/2012 para sanear sus plantillas, del mismo modo que la movilidad interna no será dicotómica con la flexibilidad externa sino declinatoria a favor de la extinción, incluso bajo estrategias fraudulentas de amortización de puestos para cubrirlos con contratos temporales. En esta misma línea de presunciones, la jurisdicción social no dispondrá de medios para contrarrestar tales tendencias, menos aún con estructuras que ven henchidas las competencias judiciales, adelgazados los recursos e hipertrofiadas las funciones básicas jurisdiccionales. En definitiva, cada vez se demandará más justicia social y cada vez se resolverá menos y con respuestas más tardías[19].

---

[16] Aparte lo expuesto, no es desconocida la generalización de sentencias que evidencia una pobreza argumental en las fundamentaciones jurídicas. Aludo en concreto a las "evagaciones" que con frecuencia ilustran los fallos judiciales recabando la técnica del "cortar y pegar". Suele frecuentarse en el funcionamiento de algunos Tribunales Superiores de Justicia, y además cuando se limitan a confirmar las resoluciones de instancia. Esta "metodología mecanicista", a la cual ya he aludido en alguna publicación ("Pacto extraestatutario y modificación empresarial de condiciones colectivas de trabajo", AS nº 2, 2012, pp. 82 y 83), sin duda revierte peyorativamente en la actividad que resulta esperable de los órganos jurisdiccionales.

[17] Me apoyaré en el documento "Panorama de la Justicia en España", 2011, del Consejo General del Poder Judicial. Llama poderosamente la atención la orfandad analítica que hace gala dicho documento y el desperdicio de no contar con una ideografía que profundice en los elementos estructurales de cada orden jurisdiccional.

[18] "Panorama de la Justicia…", ult, cit pp. 143 y 145. Como dato adicional informativo, el orden social contaba en el 2010 con 525 plazas de magistrados en toda España, y entre la naturaleza de los asuntos resueltos predominaron, hegemónicamente, los juicios por despidos y las reclamaciones de cantidad.

[19] Vid. Aramendi Sánchez P. "Jurisdicción social: un anteproyecto de ley de procedimiento laboral…", op, cit, p. 14.

Gran parte de las valoraciones sobre el grado de efectividad de los dispositivos laborales, sus estructuras y el régimen de garantías tienen como referencia el análisis de de las normas sustantivas y su cohonestación adjetiva. Sabemos que el debate sobre las "rigideces" del derecho del trabajo no ceja de elaborar mixtificaciones variopintas, unas veces con la colación de dualidades axiomáticas (categorías "in" vs. "out"), otras con paradigmas (v.gr. flexibilidad, flexi-seguridad) y otras mediante conjeturas de tipología dispar (costos laborales, modelo productivo, etc), sin embargo muchas de las supuestas rigideces se encuentran fuera de la ley, concretamente, y en lo que aquí atañe, en las estructuras que aplican la arquitectura normativa de la legislación laboral. La administración de justicia en general, y en particular el funcionamiento venidero que auspiciamos, avalan el aserto, que de todos modos ilustraré con dos ejemplos. En primer término, el objetivo de una justicia eficaz con una bicefalia orgánica de dos poderes territoriales desacordes es, para empezar, un anacronismo de base, mucho más si cabe con renuencias a la coordinación y caricaturizaciones añadidas del canon de lealtad institucional. El proceso de Constitucionalización territorial del poder sigue siendo la gran asignatura irresuelta de nuestro sistema político, cuya entidad se amplificará, claro está, con las tendencias centrífugas soberanistas y la consiguiente redefinición del Estado Autonómico en clave federal[20]. La realidad demuestra inefablemente las disfuncionalidades de un modelo que asigna a un poder Estatal la dependencia orgánica de los jueces y a las Autonomías la gestión de las estructuras judiciales. No se trata sólo de medios escasos, ocultado empero ello por políticos envalentonados en asumir competencias sin capacidad para administrarlas eficazmente, se trata de la inoperancia demostrada por algunas CC.AA cuando gestionan las bases materiales y personales donde precisamente se apoya la labor de los jueces y magistrados. Como señala Vallespín[21], gobernar, y hacerlo además en tiempos difíciles, es máxima ineludible de hacer política, lo cual no debe confundirse con las fórmulas recortadas de contabilidad social que vienen acometiéndose, máxime cuando campean comportamientos proclives a confundir la inequidad con la iniquidad del gobernante o cuando, más tarde, deben desmantelarse estructuras otrora mantenidas por el clientelismo político. Muchas "reformas estructurales" se están aplicando vía porcentajes sin prospecciones solventes de su impacto futuro, y tantas otras veces sin evaluaciones del recorrido temporal de las políticas públicas o de los efectos recabados de las acciones legislativas. La cultura de la evaluación tiene un largo camino por recorrer en nuestro país, pero, aparte de ello, los números no pueden ser apoyatura en temas axiales, y de pendencia tan jaculatoria, como los relativos a la administración de justicia. El segundo ejemplo al que me refería conecta con lo anterior, y ahonda en los defectos de la administración de justicia al gestionar materialmente los asuntos litigiosos. De poco sirven los esfuerzos de agilidad jurisdiccional impulsados con la nueva LJS si, como muestra, laten de-

[20] Sobre dichas tendencias, que en realidad vienen a confirmar la federalización de nuestro modelo territorial, vid Alemán Páez F. "Políticas de empleo y Constitucionalización territorial del Estado. Un análisis cualitativo", DL nº 88, 2010, pp. 11 a 68.

[21] "No es país para tecnócratas", Diario El País, 30/3/2012.

scoordinaciones informáticas o si los tribunales de una Comunidad Autónoma no cuentan con formatos unificados y acordes a las innovaciones legales producidas en una materia dada. Quizás parezcan trivialidades ajenas al ámbito del derecho pero estas "nimiedades burocráticas" producen grandes bloqueos en la actividad de cualquier juzgado hasta que se solventan dichos problemas, generalmente con el esfuerzo voluntarista de todo su personal. Además, muchas de estas disfuncionalidades se tornan "rigideces" que terminan atribuyéndose –"laterem lavarem"– al derecho del trabajo en su abstracción conceptual.

El escenario descrito erosiona el rol jurisdicente de los magistrados del orden social sumiéndolos en una espiral de gestiones materiales y de resoluciones expeditivas. Es más, la acumulación exponencial de plazos y expedientes irradia una proclividad para asumirse roles imbuidos de escepticismo, relativismo y pragmatismo resolutorio. En esto incluyo los posibles aparcamientos indagatorios de la verdad objetiva pese a contarse con indicios fundantes de ella, previa asimilación que cualquier hallazgo complementario abriría una carga multiplicativa en el "iter" seguido en la gestión de un litigio[22]. La hipertrofia de asuntos acumulados y por acumular, unida a la disparidad entre medios/fines, aleja la idea de una justicia distributiva y de índole comunicacional[23], que desde mi modesto punto de vista es la más idónea para la función disuasoria de la ley laboral. En su lugar, y de contrario, prevalecería una cosmovisión de *justicia defensiva* cuya esencia es meramente correctora, y cuyo alcance deviene partitivo. No niego que en estos casos la "realidad mostrada" se de-construye para "de-mostrar" otra, justificadamente claro está ("iustum facere"), empero mediante resoluciones en cuya elaboración se coligen métodos y pautas de trabajo proclives al sesgo y al pragmatismo operativo. Las presiones en el funcionamiento jurisdicente son de tal magnitud que tienden a socavar el rol ontogenético de los jueces sumiéndolos en comportamientos inerciales predefinidos estructuralmente. No es descabellado pensar en sentencias y resoluciones concebidas, más bien, como "*arreglos jurídicos óptimo*s" cuyo sentido se encuentre condicionado de antemano por el volumen de asuntos y las prácticas al uso. Con independencia del reconocimiento legislativo de un amplio cuadro de facultades indagatorias y de instrucciones para mejor proveer, serían asuntos cerrados acomodaticiamente bajo sospecha que cualquier inferencia añadida alteraría el tempo procesal y el signo de las actuaciones. Caso de corroborarse si quiera mínimanente esta hipótesis, la actividad de los órganos judiciales alejaría el ideal óntico de justicia social para entronizar, en su lugar, una pauta de acción que segmenta mediante intencionalidades simplificadoras amplias facetas de la realidad nomotética. Reconozco que el distingo entre

---

[22] Más ampliamente sobre el escepticismo jurídico y la objetividad jurídica, vid Moreno J. "La objetividad del derecho y la objetividad de la moral", en la obra "Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba", T. II, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 819 y ss, en espec. p. 825

[23] Para profundizar en la teoría comunicacional del derecho es referencia imprescindible la obra de Robles Morchón: "Comunicación, lenguaje y derecho. Algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del derecho", Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2009, o su obra "Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho", Civitas Thomsom Reuthers, Madrid, 2008, en especial capítulos 6 y 9.

"estar en el derecho" o "tenerse en la justicia" es una conjetura complejísima para el intérprete y para el operador jurídico desde sus respectivas lógicas situacionales. De ahí la tesis de la "justicia defensiva", que además concibo como un postulado afín al realismo jurídico y la jurisprudencia sociológica, o lo que es igual, un contrapunto teórico a las concepciones formal-positivistas imperantes[24]. A tal efecto, perfilaré dos conceptos cuya construcción semántica es análoga empero disímil en su significación, a saber: *justicia* vs. "*justeza*". Para lo primero colaciono, por ejemplo, la construcción de Perelman, quien concibe la justicia como un principio de acción (en nuestro caso "law-in-action") gracias a lo cual dos sujetos pertenecientes a una misma categoría esencial deben ser tratados del mismo modo[25]. Para lo segundo recabaré la construcción de Zubiri, a efectos de concebir la justeza como un mero "*ajustamiento*" de trascendencia en puridad formal[26]. La hipótesis es que, partiendo de dicha dialéctica, la justeza ganaría terreno paulatinamente a la justicia en el funcionamiento del proceso de trabajo, incluso como proclividad actuarial del orden jurisdiccional social.

Las conexiones de dicha dualidad conceptual desbordan estas páginas pues abarcan facetas omniabarcantes, sean doctrinas jurídicas clásicas o incluso modelos de ordenamientos comparados[27], sin embargo no querría terminar el análisis sin apostillar la tesis con la que rubricamos este trabajo. Como sabemos, la noción de *justicia* nos emplaza inmediatamente a una aspiración ideal de dimensiones transhistóricas. Inhiere una ideografía deóntica de búsqueda de la verdad objetiva y de sana ponderación en el juicio, por ende desde posicionamientos éticos -personales y/o profesionales- e incluso cánones dogmáticos iusnaturalistas, lo cual justifica, entre otras cosas, la consideración de dicho bien como valor jurídico superior y su ubicación sistemática preferente en los textos Constitucionales (v.gr. art. 1 CE). Frente a ello, *justeza* aludiría al *estricto juicio operacional que enhebra lo fáctico con lo nomotético*. Nos sitúa en la lógica formal de la decisión jurídica donde un juez o intérprete confirma o niega una pretensión previa subsunción del asunto en enunciados positivizados y desde cuyos dispositivos se elaboran proposiciones o resoluciones fundadas en derecho, empero ello, y como vengo defendiendo, mediante escenarios de inmediatez actuarial. No niego el paralelismo existente entre el distingo propuesto con el problema de la creación judicial del derecho y los

---

[24] A fin de cuentas, desde un plano analítico y metodológico, el derecho es un dispositivo de doble lente que nos permite reconstruir la realidad mediante la observación de regularidades tamizadas gracias al filtro sinóptico de las normas jurídicas. La tarea analítica puede derivar de técnicas deductivas o inductivas, y realizarse desde arriba hacia abajo o en sentido inverso, aunque me atrevería a sostener que prevalece en primer lugar una aproximación oblonga de la realidad material para de inmediato depurar las cosmovisiones derivadas de tal examen bajo el filtro técnico de las normas y de las categorías institucionales. Sobre este planteamiento metodológico, vid Alemán Páez "Curso de Derecho del Trabajo I. La relación individual de trabajo". Ed. Tecnos, 2011, pp. 282 a 284.

[25] "De la Justicia", Centro de Estudios Filosóficos UNAM, Trad. de Ricardo Guerra, México, 1964.

[26] Para profundizar en el planteamiento teórico y terminológico del mentado autor, vid Aranguren JL. "Filosofía y vida intelectual. Textos fundamentales", Ed. Trotta, 2010, p. 148.

[27] A efectos de extraer esa visión comparativa de modelos, vid. por todos, la obra de Dworkin D. "Los derechos en serio", Ed. Ariel, Barcelona, 2010, en espec. Capítulos 2 y 3.

límites de la racionalidad jurídica. En realidad barajamos enigmas conceptuales casi irresolubles, máxime con la combinación de aspectos situacionales, referenciales, racionales, cognitivos, éticos y de orden metodológico, pero justifico el dilema, y su concepción como heurístico teórico, ante la extensión de competencias realizada por la LJS y los problemas que de seguro derivan hacia la legitimidad social de las actuaciones de los órganos jurisdiccionales, repito, desde el acrecentamiento del "poder judicial" otorgado por dicha ley a los jueces y la desproporción mayestática de medios con los que disponen para acometer su labor.

La justicia requiere, claro está, decisiones acordes a unas normas previas, ahora bien, e indisolublemente unido a ello, combinando criterios de equidad y coherencia a la par. El dilema surge cuando, por ejemplo, los dispositivos jurídicos "heterodeterminan" el margen de acción de los jueces mediante estándares económicos más o menos velados dentro la construcción técnico-formal de los preceptos legislativos. Contextualizo la pregunta desde la perspectiva analítica que vengo barajando sobre la "justicia defensiva" y al hilo de la "ofensiva" acometida contra la actividad jurisdiccional tras las recientes reformas laborales. La presente legislatura marca un hiato disruptivo en la evolución de nuestra disciplina, primero por el "estado de excepción legislativa"[28] que está caracterizando esta etapa, pero sobre todo, y muy especialmente, por las rupturas institucionales llevadas a cabo a través de la Ley 3/2012 y su contextualización concomitante. Si trascendiéramos a un ámbito mucho más general, consensuaríamos la degradación del principio de división de poderes debido al derrubio que de continuo experimenta tal canon por parte del poder ejecutivo y del poder legislativo, sin olvidar las circularidades políticas que han acabado impregnando las estructuras matriciales del propio poder judicial. Pero en concreto, cuestiono el hecho que una Exposición de Motivos recabe la intencionalidad de un legislador por maniatar "dictum sapiente" la labor de los jueces[29], a lo que añadiría, "ex abundantia", las declaraciones conminatorias de una titular ministerial manifestando su recelo por que la interpretación judicial erosione los fines marcados por dicha reforma legislativa, arribismo que ahonda una sucesión de actuaciones tendentes a subordinar al poder judicial frente a un sórdido poder ejecutivo de propensiones absolutistas.

Soy de quienes comparten la idea que los problemas jurisdiccionales terminan traspareciendo dilemas éticos a la par de consecuencias derivadas de los hechos

---

[28] La expresión proviene del diputado Carles Campuzano, del partido CIU.

[29] Personifico el asunto en la reforma de los despidos económicos. Según indica la Ley 3/3012, ésta "se ciñe ahora a delimitar las causas…suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre". Tales referencias "incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de esos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de los despidos *debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos*: las causas" (Exp.Mots. p. III). En este aspecto, y según señala Desdentado Bonete, la norma infiere una voluntad de simplificación y de objetivación, pero también una clara advertencia contra determinadas formas de control judicial, dándose empero la impresión que con la reforma "es más importante lo que se suprime que lo que se añade", en "En busca de la objetividad: la nueva delimitación de las causas de los despidos económicos", AL nº, 2012.

legales[30], pero, con esta salvedad, me interesa relacionar el establecimiento de "parámetros eficientistas" del papel jurisdiccional con la fijación de "estándares de economicismo" en su labor exégetica y jurisdicente. No me refiero ahora al problema de la disparidad medios/fines sino al peso, si se quiere jurídico-moral, de las decisiones económicas en el ámbito del derecho del trabajo, rama rituaria inclusive. Como sabemos, el paradigma de la "empleabilidad" es un canon entronizado en la letra y en el espíritu de los dispositivos laborales bajo criterios pragmáticos de supervivencia empresarial, aunque los hechos sean cejudos demostrando la estolidez de dichos argumentos a la luz del hundimiento del mercado de trabajo y de los movimientos telúricos provocados en el tejido social venidero. Comprobada la impronta ideológica de la acción de gobierno y el error del paradigma pan-germánico de austeridad, y vista la inanidad de los dispositivos jurídicos y la instrumentación política de los mismos, urge al menos desmitificar tales heuristicos como "poderes hermenéuticos de disuasión", lo que en cierto modo reverdece el problema de los fundamentos que están sirviendo de base para la elaboración de las resoluciones judiciales.

El asunto no es baladí. Para empezar proporciona una plataforma más desde donde contrastar el peso de "lo económico" frente a la valencia de "lo social", nada menos que desde el ámbito decisional de los fallos judiciales y de los fundamentos recabados para ese fin. En la medida que el derecho del trabajo forje una arquitectura normativa cuyas columnas sostengan expresa o veladamente el peso de los intereses empresariales y económicos, está implantándose un estándar de actuación que ampara dichos cánones y los legitima como tales. Por si no se depara en ello, se erigen en anclajes integrados en el régimen jurídico incluso como una pieza revalorizada del derecho existente. Para mayor abundancia, son asuntos que propician alineamientos –si no beligerancia soterrada- en el seno de los propios jueces. De algún modo terminan adhiriéndose a un esquema axiológico de reglas y valores, sean códigos de carácter externo (normas jurídicas) contextuales (procedencia, trayectoria o formación en determinadas prácticas) o internos (moral, ética). Basta recabar, si no, los procesos de rotulación colectiva (conservadores/ progresistas) que acompañan su asociamiento corporativo para la defensa de sus intereses profesionales. Los jueces, por lo demás, no son oráculos sino personas que reaccionan frente a estímulos cognitivos, sociales y personales, luego, llegados a este punto, un ejercicio mínimo de sinceridad debe reconocer el hecho de verse influenciados por criterios éticos, morales y políticos, con independencia de seguirse un proceso de racionalización axiológica desde un marco-referente de principios y reglas jurídicas[31]. El auténtico dilema es que las aplicaciones de los estándares de actuación judicial revierten en el sujeto agente y en la ideografía resultante de la ley laboral para luego trascender de ambos parámetros y formar, al fin, una idea de "justicia" (o "justeza", en su caso). El *juez racional* subsume, claro está, una posición análoga a un *legislador racional* bajo un marchamo de

[30] Sobre dicha problemática, vid R. Dworkin "Los derechos en serio", op, cit, p. 51.

[31] Desde esta vertiente metodológica, vid. Segura Ortega M. "La racionalidad jurídica", Tecnos, 1998, pp. 107 y 108.

neutralidad y objetividad, pero la lógica de la decisión jurídica, ya se economice ésta, socialice, o filtren ambos componentes, acaba repercutiendo de forma circular en la ideografía del juez y en el rol de autoridad que de todo ello se proyecte en la entera vida social. A fin de cuentas son retroalimentaciones que conforman una moralidad ética frente a quienes, por ejemplo, siguen el pulso de las decisiones judiciales (empresarios, funcionarios, trabajadores etc), amén de componer una moralidad política como ciudadanos conminados a obedecer el sentido de dichas resoluciones.

Lo expuesto hasta ahora me lleva a recapitular el margen que disponen los jueces del orden social cuando su labor se impregna de anclajes económicos hasta el punto de absortarse en sus resoluciones el sentido de justicia. La duda va referida al hecho que el legislador marque unas pautas que amputen su capacidad decisional, con el añadido de unas condiciones profesionales proclives a activar posibles códigos de justicia defensiva, lo cual puede provenir desde redacciones técnicas excesivamente perfiladas a obliteraciones que omiten aspectos de ineludible concreción debido a su excesiva genericidad legal. Admito que la pregunta resulta algo artificiosa pues aunque los jueces no pueden obviar la ley, y deben resolver conforme a derecho, siempre cuentan con importantes márgenes hermenéticos y operativos en su labor jurisdicente. Lo es así, con carácter general, ora flexibilizando el tenor de los preceptos mediante interpretaciones laxas, ora colacionando principios axiomáticos generales del derecho de obligaciones (enriquecimiento injusto, abuso del derecho, fraude de ley, etc), y también lo es, y con mayor abundamiento si cabe, en el ámbito del derecho del trabajo gracias a la formulación técnica de los preceptos Estatutarios y al funcionamiento del sistema de fuentes laborales, cuyas interacciones suelen dar un gran juego a la exégesis jurídica. Pero la duda adquiere consistencia cuando, en plena persuasión económica, y consiguientes entronizaciones normativas del derecho económico, se "abdica" de esos márgenes, con mayor o menor nivel volitivo, hasta plegarse el canon de justicia defensiva. No se oculta que en el trasfondo de estos planteamientos laten aspectos relacionados con la prevalencia de una jurisprudencia analítica o de una jurisprudencia ética, aunque la pregunta viene al caso de eclipsarse ésta intencionalmente con la colación "sic et simpliciter" de un rol solo "aplicativo" o "ejecutor" del derecho. Una asepsia a-valorativa absoluta de dicho papel conminaría a desterrar cualquier connotación eidética de justicia del pronunciamiento, si no lo es desde la preparación inicial del mismo. En otras palabras, terminaría prevaleciendo el canon de "*justeza*", esto es, de *ajustamiento solo formal* limitado a co-relacionar lo fáctico con lo nomotético, generalmente mediante arreglos jurídicos óptimos, incluso mediante fundamentaciones "post hoc".

El escenario descrito, que en definitiva crea la paradoja del "secuestro del derecho"[32] por el "auto-secuestro de la justicia", fortalece la idea que la misión del juez no es hacer justicia sino aplicar la ley. Para sortear la consideración de dicho bien ex arts. 1 y 117 CE, su valor viene a interpretarse a modo de canon iusna-

[32] Recabo la metáfora de Nieto A. quien habla de "derecho secuestrado", en "Crítica de la razón jurídica", Ed. Trotta, Madrid, p. 127.

turalista de textura abierta cuya recepción constitucional no es tanto axiológica como programática. Y para evitar el brocardo que principia el art. 117/1 CE, según el cual "la justicia emana del pueblo", prevalecería el inciso final del mentado precepto, en cuya virtud los jueces y magistrados están sometidos "únicamente al imperio de la ley". Particularmente no puedo compartir este planteamiento pues entiendo que los jueces no quedan absortos de consideraciones éticas, mucho menos apartarse de un sentido elemental de justicia. Cuesta imaginar resoluciones que no se adhieran, forjen o recaben un esquema axiológico previo, ya provengan tales códigos cognitivos del contexto socionormativo (se quiera o no, la justicia "emana del pueblo" ex art. 117 CE para retornar a él como "valor decisional") o se infieran del propio espíritu de los preceptos legales, de sus conexiones sistémico-sistemáticas, incluso del sentido más básico y elemental de las instituciones. Para añadir una fundamentación jurídico-positiva a esta tesis, recabaré lo dispuesto en el art. 1 LOPJ. Dicho precepto subsume el contenido del art. 117/1 CE mediante una construcción prácticamente idéntica al tenor constitucional, sin embargo añade un inciso muy elocuente que avala nuestra hipótesis central de trabajo. De una parte, el art. 1 LOPJ declara que los jueces y magistrados componen el Poder Judicial y gozan de independencia e inamovilidad en el ejercicio de sus funciones, ahora bien, dicho artículo añade que sus responsabilidades deben ejercitarse bajo sometimiento "a la Constitución y al imperio de la Ley". La LOPJ es muy clara a este respecto, si no tajante de los cánones normativos a los que están sujetos los órganos jurisdiccionales. Y no es sólo por la remisión textual del susodicho art. 1 LOPJ a la Carta Magna sino por la prevalencia incontestable de ésta como norma suprema que es del ordenamiento jurídico. Es la Constitución quien, soberanamente, abstrae un esquema axiológico y unas pautas de acción protocolizadas que hacen del "*estar en el derecho*" un "quid" implícito, y por ende indisociable, al "*tener-se en la justicia*".

TERCERA PONENCIA

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y PROTECCIÓN SOCIAL*

Fernando Elorza Guerrero
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

"Hay una manera de contribuir a la protección de la humanidad, y es no resignarse", (Ernesto Sábato)

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. SOBRE EL CONCEPTO DE PROTECCIÓN SOCIAL, SU RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL Y SU EVOLUCIÓN LEGISLATIVA
   2.1. El sistema de Seguridad Social
   2.2. El sistema de asistencia social (servicios sociales)
   2.3. El sistema de asistencia sanitaria
3. UNA MIRADA A LA PERCEPCIÓN INTERNACIONAL Y COMUNITARIA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL FUTURA
   3.1. Del concepto de trabajo decente a los pisos nacionales de protección social de la OIT
   3.2. Sobre los derechos de protección social en los Tratados de la Unión Europea y las políticas sobre pensiones y cohesión social
4. LA PROFUNDIZACIÓN EN LOS ELEMENTOS QUE IDENTIFICAN NUESTRO MODELO DE PROTECCIÓN SOCIAL COMO SOLUCIÓN DE FUTURO

---

* Estudio realizado en el marco del Proyecto I+D+I del Ministerio de Ciencia e Innovación DER2011-28907: "*El futuro de la negociación colectiva en materia de jubilación*".

4.1. La depuración de los principios informadores del sistema español de Seguridad Social
4.1.1. La publificación institucional
4.1.2. La universalidad subjetiva
4.1.3. La generalización objetiva
4.1.4. La suficiencia prestacional

4.2. Algunos otros aspectos que requerirían una detenida reconsideración.
4.2.1. Apuntes sobre la competencia futura del Estado y las CC.AA. en materia de protección social
4.2.2. Qué hacer con la iniciativa privada en materia de protección social (la protección social complementaria)

5. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Toca en este momento realizar un análisis de la protección social desde la perspectiva de nuestra Constitución. No obstante, y dado que la presente conferencia se dicta en el ámbito de la ciudad de Cádiz, con motivo del doscientos aniversario de la primera Constitución española, la de 1812, parece oportuno efectuar una referencia aunque sea somera, casi un guiño, a la Constitución que se aprobó en esta ciudad en dicho año y al planteamiento que ya entonces se realizaba en la misma en relación con la protección social de sus ciudadanos.

En fecha reciente el profesor Montoya Melgar ha recordado cómo el liberalismo social y económico imperante en Cádiz en la época de elaboración de la Constitución hizo inconcebible un intervencionismo estatal como el que tuvo lugar varios decenios después y que alumbró la primera legislación laboral, también las primeras normas sobre protección social[1]. De tal manera que, como el propio profesor señala, "las apelaciones del Discurso preliminar a "la libertad, la felicidad y el bien estar de los españoles" nada tienen que ver con lo que mucho tiempo después había de llamarse "Estado de bienestar", aunque solo sea porque los fundamentos institucionales del Estado de Bienestar "no quedarían establecidos en nuestro mundo occidental hasta el período de entreguerras 1920-1940"[2].

No obstante lo dicho, cierto es que en la Constitución de Cádiz de 1812 sí cabe apreciar algunas menciones que permiten identificar la existencia de una cierta preocupación por la situación o estado de necesidad, permítasenos la expresión, que registraban distintos sectores sociales de la época. Este es el caso del art. 321.6, cuando se encomienda a los Ayuntamientos la función de "cuidar de

[1] Montoya Melgar, A.: "El trabajo en las Constituciones españolas del siglo XIX", Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 154, 2012, pp. 19 y ss.

[2] Montoya Melgar, A.: "El trabajo en las Constituciones…", op. cit., pp. 20.

los hospitales, hospicios, casas de expósitos y demás establecimientos de beneficencia", o del art. 335.8, al atribuir a las Diputaciones la misión de "cuidar de que los establecimientos piadosos y de beneficencia llenen su respectivo objeto, proponiendo al Gobierno las reglas que estimen conducentes para la reforma de los abusos que observaren".

Pues bien hecha esta primera referencia, en forma de tributo a esta simbólica y bella ciudad, toca retomar el discurso en el punto donde nos encontramos hoy día: una sociedad, la española, muy agotada y preocupada por el cariz y la intensidad de la presente crisis económica, que se rige desde hace más de treinta años por una Carta Magna cada vez más cuestionada por colectivos ciudadanos, partidos políticos, instituciones diversas…Por otra parte, la intensidad de las políticas de ajuste y recorte provocan como uno de sus efectos más inmediatos que los ciudadanos se pregunten por sus derechos y su efectividad. No sólo el parado se pregunta en un momento determinado en qué queda "su derecho al trabajo", sino que la sucesión de reformas de los tres últimos años llevan a plantearse que los derechos constitucionales, y los derechos sociales muy particularmente, están en serio peligro o al menos en claro retroceso. Les propongo por tanto realizar una reflexión, dado el tema que nos ocupa, sobre el estado actual y perspectivas de futuro de la protección social, visto el desarrollo que ha tenido el texto constitucional a lo largo de estos años, la evolución de nuestra sociedad, y las incertidumbres que la presente crisis plantea sobre el futuro de la protección social, su reconocimiento constitucional y su disfrute por parte de los ciudadanos.

2. SOBRE EL CONCEPTO DE PROTECCIÓN SOCIAL, SU RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL Y SU EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Mucho se ha escrito sobre la delimitación conceptual de la Seguridad Social como concepto a diferenciar de la protección social y de la asistencia social fundamentalmente[3]. Sin embargo, y como he sugerido anteriormente, no tengo intención de concentrar mis esfuerzos en apurar las últimas aportaciones en la materia con el ánimo de conseguir avanzar un poco más en la mencionada delimitación conceptual. Antes al contrario en el presente caso el concepto de protección social se va a tomar meramente como un punto de partida de la reflexión a realizar, que como he señalado pretende ir más allá del problema meramente conceptual.

Pues bien, comenzaré recordando cómo si bien con anterioridad a la aprobación de la Constitución de 1979 (en adelante CE) la Seguridad Social era un término que comprendía prácticamente la totalidad mecanismos de protección frente a situaciones de necesidad, de forma que la cobertura de tales situaciones al

[3] Puede consultarse, entre otros, los trabajos de Martínez-Gijón Machuca, M.A.: *Protección social, Seguridad Social y Asistencia Social*, CES, Madrid, 2005; y Márquez Prieto, A.: *Seguridad Social y protección social: un enfoque conceptual*, Universidad de Málaga, Málaga, 2002.

margen de su entramado institucional era prácticamente testimonial, el desarrollo efectuado por las Comunidades Autónomas (CC.AA.) de las competencias constitucionales ha deparado una percepción muy distinta de conceptos como la protección social, la Seguridad Social, la asistencia social o los servicios sociales[4]. Así, hoy en día puede considerarse pacífica la idea de que es la protección social, y no la Seguridad Social, el concepto totalizador, de tal forma que, como en alguna ocasión se ha señalado, la protección social es la suma de un conjunto de sistemas y no el resultado del mismo[5]. Tanto es así que, como ha señalado De la Villa Gil, resulta "artificioso en exceso, buscar en la CE un sistema de seguridad social al margen de los sistemas nacionales de salud y asistencia social"[6].

Decíamos que considero a la protección social como un concepto totalizador, comprensivo en definitiva de todas aquellas acciones y medidas de carácter fundamentalmente público –aunque no exclusivamente, pues el art. 41 CE contempla también el posible establecimiento de prestaciones complementarias en cuanto modo de protección social privada– que tiene por objeto la protección de los ciudadanos frente a situaciones de necesidad. Como sabemos, la CE no afrontó la definición conceptual de la protección social, situación que contrasta con la delimitación que se realiza de lo que hoy día se consideran elementos integrantes de la misma: la Seguridad Social, la salud y la asistencia social. La cuestión es que el tratamiento constitucional resulta tan desigual, y por momentos descuidado, que la delimitación de los dispositivos protectores albergados por la CE admite planteamientos y en definitiva modelos de protección social de muy distinto tenor, por lo que la evolución registrada y toda la problemática generada al respecto no debe extrañar, y no puede imputarse exclusivamente al problemático, complejo, y siempre polémico, reparto competencial entre la Administración del Estado y las CC.AA.[7]. Procede por tanto realizar una consideración específica, desde la perspectiva constitucional, de los sistemas protectores que entiendo integran la protección social y cómo los concivo jurídicamente teniendo en cuenta las referencias constitucionales: a) el sistema de Seguridad Social; b) el sistema de asistencia sanitaria; c) el sistema de asistencia social (servicios sociales)[8].

---

[4] Sobre esta cuestión vid. González Ortega, S.: "25 años de protección social", Relaciones Laborales, núm. 23-24, 2010., pp. 4 y ss.

[5] De la Villa Gil, L.E.: "El modelo constitucional de protección social", Aranzadi Social, núm. 3, 2004, p. 3.

[6] De la Villa Gil, L.E.: "El modelo constitucional…", op. cit., p. 3.

[7] Con un cierto pesimismo señaló en su día De la Villa Gil, L.E.: "Prólogo" a la obra de Suárez Corujo, B.: *La protección social en el Estado de las Autonomías*, Iustel, Madrid, 2006, p. 17, que "los secretos constitucionales de 1978 son excesivos y la regulación dedicada a la protección social es tan propicia al trazado de modelos constitucionales plurales que no permite la menor sorpresa lo que lamentablemente está ocurriendo, aunque no se hubiera movido un ápice la organización territorial del Estado".

[8] Cabría establecer un concepto más amplio de protección social pública, inclusiva de las políticas familiares (art. 39 CE), culturales (art. 44.1 CE), medioambientales (art. 45 CE), de vivienda (art. 47 CE) y educativas (art. 27 CE). Sin embargo, ello podría contribuir a dispersar el presente discurso, razón por la que opto por lo que es el enfoque más habitual entre la doctrina española.

2.1. El sistema de Seguridad Social

En el caso del sistema de Seguridad Social resulta muy interesante y aleccionador recordar de dónde veníamos y hacía dónde nos encaminamos. Si en la década de los setenta la Seguridad Social podía identificarse como el sistema de protección social por excelencia, hasta el punto de que conceptualmente ambos términos resultaban equiparables, como consecuencia de lo que puede considerarse una vocación expansiva de la primera[9], la aprobación de la Constitución sienta las bases constitucionales de lo que se ha demostrado una evolución de signo distinto al inicialmente apuntado. Todo comenzó de manera un tanto caótica, pues si hacemos caso a las crónicas de la época el consenso en torno al art. 41 CE –que es el precepto que se refiere a la Seguridad Social– se alcanzó en el último momento, de forma que su redacción final fue posterior en el tiempo al tenor de los arts. 148 y 149 CE –aquellos que regulan el reparto competencial entre el Estado y las CC.AA.–, lo que en algún caso ha llevado a plantear, no sin razón, que con bastante seguridad las referencias contenidas en estos últimos preceptos a la Seguridad Social (y también a la asistencia social), se redactaron sin tener en cuenta el contenido final del art. 41 CE, norma ésta por cierto que se sitúa en el Capítulo III del Título I de la CE, al cual se le achaca una génesis marcada por "un desordenado voluntarismo de los constituyentes"[10]. Sin embargo, también hay que señalar en el haber de la CE que precisamente es la Carta Magna el factor que posibilita la integración bajo el paraguas de la protección social de los tres sistemas indicados.

Ahora bien, la configuración de los mencionados sistemas ha sido un proceso largo, respecto del que quiero destacar en primer término el distinto grado de maduración y desarrollo de las diferentes técnicas que hoy día integran la protección social, que no era el mismo a la fecha de redacción de la Constitución y que no ha conocido lógicamente desarrollos parejos. Con anterioridad a la promulgación de la CE la Seguridad Social ya conocía un desarrollo notable, y contemplaba las prestaciones de asistencia social y sanitarias como parte de su cuadro prestacional. Sin embargo, en los años posteriores a la aprobación del texto constitucional se ha producido una progresión más que apreciable tanto de la asistencia social como de la asistencia sanitaria –a la que nos referiremos con detalle un poco más adelante–, que de esta manera se han desgajado en gran medida de la Seguridad Social, en paralelo con lo que es la conversión de ésta última en un auténtico sistema –en cuanto conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí[11]–, superando con ello incluso la previsión del art. 41 CE que lo que contempla es el establecimiento de un "régimen público"[12].

---

[9] Como señala González Ortega, S.: "25 años de…", op. cit., pp. 6 y ss la inclusión de la asistencia social dentro del repertorio de prestaciones de la Seguridad Social, circunstancia que hoy día se sigue manteniendo en el art. 38.2 LGSS, constituye un vivo ejemplo de ello.

[10] Vida Soria, J.: "La garantía pública de un régimen de Seguridad Social", en Casas Baamonde, M.E., Durán López, F. y Cruz Villalón, J. (Coords.): *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006, p. 908.

[11] En la acepción del *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*, 21ª edición, 2001.

[12] Recuérdese que por contraposición a lo que es un sistema, el término "régimen" hace referencia a un "conjunto de normas que gobiernan o rigen una cosa o una actividad" (*Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, 21ª edición, 2001).

En el caso de la Seguridad Social la evolución producida tiene su origen como sabemos en la concepción de la misma como un derecho de configuración legal[13], que no responde a un modelo determinado, pero que sin embargo ha sufrido una transformación operándose el cambio con el paso del tiempo de un sistema profesional a un sistema en el que se combina lo profesional y lo asistencial, siendo un vivo ejemplo de ello como es notorio la diferenciación establecida por ley entre la modalidad contributiva y la no contributiva de dicho sistema. Retrospectivamente por tanto, y de manera evidente tras la aprobación de la Ley de prestaciones no contributivas de 1990, se puede afirmar que la Seguridad Social que conocimos antes de la aprobación del texto constitucional ha mutado en estos años hacia un sistema en el que el nivel no contributivo ha cobrado una mayor dimensión, desconocido durante la dictadura, en tanto en el nivel contributivo, tras sucesivas reformas legislativas, se ha ido contagiando de los principios y lógica de las prestaciones no contributivas, hasta el punto de poder afirmarse que en estos años se ha producido una apreciable "asistencialización" del nivel contributivo (profesional) de la Seguridad Social[14]. Con todo, esta "asistencialización" no llega hasta el punto de garantizar el legislador a todos los ciudadanos una suerte de derecho a la Seguridad Social, pues la protección de la misma se sigue condicionando al cumplimiento de ciertos requisitos prefijados por el ordenamiento, lo que evidencia cómo hoy día continúan perviviendo claros elementos de contributividad (profesionalidad) en el sistema. En definitiva, y como en alguna ocasión se ha señalado, la Seguridad Social hoy día es una combinación de previsión y asistencia social, si bien la misma arrastra evidentes imperfecciones[15].

Lógicamente, la existencia de los mencionados trazos de profesionalidad en el seno del sistema de Seguridad Social, choca con la consideración propugnada por distintos especialistas de la Seguridad Social como un "derecho social a prestaciones positivas del poder público", planteamiento que a su vez encuentra su justificación última en la consideración de ésta por parte de distintos convenios y tratados

---

[13] Entre otros, Aparicio Tovar, J.: "La Seguridad Social en la Constitución", en Sempere Navarro, A.V. (Dir.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003, p. 789.

[14] González Ortega, S.: "25 años de…", op. cit., pp. 3. Esta caracterización de la Seguridad Social no es extraña en el ámbito internacional, aunque ciertamente no sea pacífica, de tal forma que por distintos especialistas se propugna que, a partir de la consideración del art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de los arts. 22 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, "surge con claridad que la seguridad social, como se define en el marco de la OIT, incluye la asistencia social", llegándose a igual conclusión si se consultan la Resolución y conclusiones relativas a la Seguridad Social de 2001 (Kulke, U.: "Cometido presente y futuro de las normas de la OIT en la materialización del derecho a la seguridad social", Revista Internacional de Seguridad Social, vol. 60, 2-3/2007, p. 140).

[15] Para Monereo Pérez, J.L.: "Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Extra Seguridad Social, 2008, p. 60, sólo "se puede hablar de que existe un sistema de Seguridad Social en sentido estricto cuando esas dos técnicas estatales de protección social se hayan unificado".

En el fondo se trata de una situación compartida por otros sistemas de parecida naturaleza existentes en distintos países de nuestro entorno, pues como en su momento señaló Alonso Olea, M.: "Cien años de Seguridad Social", Papeles de Economía Española, núm. 12/13, 1982, p. 111, "ningún Sistema de Seguridad Social es hoy día ni puramente bismarkiano ni puramente beveridgeano".

internacionales como un derecho humano[16] -sobre esto volveremos más adelante *ut supra* VII -. La habitual exigencia de un periodo de carencia y de alta, en cuanto elementos visibles de la profesionalidad de la protección conferida por la Seguridad Social, implica en sí mismo una clara restricción del ámbito subjetivo de protección de la Seguridad Social, y en última instancia una declaración de la ausencia de compromiso protector con quienes no han realizado trabajo alguno o lo han hecho por un período de tiempo que se considera insuficiente. Situación que, sin embargo, hay que señalar que muta de forma significativa precisamente con la aprobación del art. 41 CE, y el consabido establecimiento del mandato a los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social "para todos los ciudadanos"[17].

De repente por tanto, el destinatario del art. 41 CE "ha dejado de ser el trabajador para convertirse en el ciudadano"[18]. Ello implica, entre otros aspectos, por tanto que el constituyente apuesta por una Seguridad Social donde junto a las prestaciones profesionales tengan cabida las prestaciones asistenciales (no contributivas por tanto). De ellas hablaremos a continuación, si bien antes de abordar el encaje de la asistencia social, sí quiero dejar claro, que si bien es verdad que la CE no aboga por un modelo concreto de Seguridad Social, e incluso si se quiere de protección social, en la misma sí que se encuentran pistas y pautas a tener en cuenta a la hora de articular legislativamente tanto el régimen de la Seguridad Social como la protección social en general.

---

[16] Monereo Pérez, J.L.: "El Derecho a la Seguridad Social", en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., y Moreno Vida, M.N. (dirs.): *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, p. 1426. Recuérdese a tales efectos lo dispuesto por la Declaración de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 (art. 25): "1.Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social"; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966 (art. 9) "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social"; o la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961 (art. 12), en el que se establecen una serie de compromisos asumidos por los Estados signatarios de la Carta para garantizar el "derecho a la seguridad social" – instrumento éste en cuyo Protocolo adicional se reconocía además (art. 4) el "derecho a la protección social de las persona ancianas" -. Añádase a ello el paradigma que supone, en cuanto esfuerzo de los organismos internacionales y comunitarios por dotar de contenido al derecho a la Seguridad Social, convenios como el núm. 102 de la OIT, sobre la norma mínima de Seguridad Social, de 1952, o el Código Europeo de la Seguridad Social, de 16 de abril de 1964, si bien en este caso, pese a establecer unos stándares superiores a la OIT no se puede obviar los crónicos problemas de aplicación que aquejan al mismo por su configuración jurídica y su difícil relación con el Reglamento comunitario de coordinación en materia de Seguridad Social – sobre esta cuestión vid. Ojeda Avilés, A.: "La convergencia europea en materia de Seguridad Social: los problemas de un Código internacional de prestaciones mínimas", Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 84, 2009, pp. 15 y ss.

[17] Como ha señalado González Ortega, S.: "25 años de…", op. cit., p. 11, "el art. 41 no se refiere exclusivamente a la Seguridad Social profesional, sino que abarca en su diseño también a las prestaciones no profesionales".

[18] González Ortega, S.: "25 años de…", op. cit., p. 11.

2.2. El sistema de asistencia social (servicios sociales)

Cómo concibo la asistencia social desde la perspectiva constitucional. Desde luego, hay que comenzar por subrayar el deficiente tratamiento constitucional de la cuestión pues, como es notorio y conocido, a diferencia de la Seguridad Social o el propio derecho a la salud, encuadrados explícitamente dentro de los principios de la política social y económica del Estado contenidos en el Título III CE (arts. 39 a 52 CE), la asistencia social sólo se menciona de forma bastante parca a la hora de establecer la delimitación competencial entre el Estado y las CC.AA. (art. 148.1.20 CE). Y sin embargo su desarrollo legislativo e institucional a lo largo de estos años ha sido claramente exponencial.

No obstante, y con independencia del debate doctrinal al respecto[19], hoy día muy vivo, en mi caso la asistencia social la entiendo como un conjunto de prestaciones, en unos casos económicas, en otras de servicios, en las que cabe apreciar la siguientes notas características[20]: a) suplementariedad, pues atienden a la cobertura de necesidades sociales no cubiertas por otros sistemas protectores como la Seguridad Social o el sistema nacional de salud; b) universalidad, pues la protección acostumbra a beneficiar tanto a los ciudadanos españoles, estén o no incluidos en el sistema de Seguridad Social, como a extranjeros, con independencia de que éstos se encuentre en situación regular o irregular; c) generalidad, se pretende la cobertura de cualquier estado de necesidad, en unos casos mediante la prestación de servicios, en otros mediante prestaciones económicas. Sobre si este tipo de protección social debe tener una naturaleza necesariamente pública, debo recordar que en su momento la STC 146/1986 ya abrió la puerta a la consideración como asistencia social no sólo de la prestada por entes públicos, sino también la proporcionada por entes privados, aunque en este último caso sí se ha de tener en cuenta que el límite debe estar en que la misma no sea en última instancia una beneficencia encubierta.

Qué duda cabe que las CC.AA. han visto en esta parcela de la protección social el espacio donde desarrollar sus aspiraciones de proyectar políticas de proximidad a los ciudadanos vinculadas al Estado de Bienestar. Lo que ocurre es que ese desarrollo se ha producido en una dirección en principio no esperada si nos atenemos al texto constitucional, pues las CC.AA. en estos años en lo que se han centrado sobre todo es legislar y profundizar su competencia en materia de servicios sociales. Con todo, el desarrollo legislativo se sitúa en el marco constitucional desde el momento en que, como dictaminó en su día el TC (STC 76/8, F.J. 7º), "la noción material de asistencia social no está precisada en el texto constitucional…por lo que ha de entenderse remitida a conceptos elaborados en el plano de

---

[19] Una síntesis de los distintos conceptos manejados se puede consultar en De Vicente Pachés, F.: *Asistencia social y servicios sociales. Régimen de distribución de competencias*, Temas del Senado, Madrid, 2003, pp. 135 y ss.

[20] Concepto compartido, entre otros, por De la Villa Gil, L.E.: "El contenido constitucional de la asistencia social", en Montoya Melgar, A. (coord.): *El trabajo y la Constitución, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, 2003, pp. 607 – 608.

la legislación laboral". Este enfoque, con apoyo en el texto constitucional, permite diferenciar – y así lo hace el propio TC - una asistencia social interna al sistema de Seguridad Social – véase las prestaciones no contributivas -, con amparo en el art. 41 CE, y otra externa al mismo, y que anclada en el art. 149.1.20 CE, se ha desarrollado institucional y legislativamente por las CC.AA. hasta configurarse en uno de los pilares que identifican a nuestro sistema de protección social.

Ahora bien, como en alguna ocasión se ha señalado, la evolución de la asistencia social a largo de estos años no sólo se identifica por el amplio desarrollo de la misma llevada a cabo por las CC.AA., sino que también ha devenido en una transformación de su concepto, de forma que la misma ha derivado con el tiempo en el establecimiento de un auténtico sistema de servicios sociales[21]. Dicho sistema se ha ido construyendo con el paso de los años mediante la asunción por las CC.AA. de la cobertura de situaciones de necesidad, a través del establecimiento de ayudas, subsidios, complementos económicos varios, ante la falta de actuación del Estado, en forma en muchos casos discutible, y generalmente aduciendo que se trataba de prestaciones a situar en el ámbito de los servicios sociales, y no en el de la asistencia social.

Hito significativo en la expansión de los sistemas de servicios sociales lo constituye sin duda la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, que se presenta como "un nuevo desarrollo de los servicios sociales del país", y que pudiendo haberse asumido por el Estado en el marco de la Seguridad Social, finalmente se opta porque se trate como una competencia de las CC.AA., a situar en el marco de los servicios sociales –que no asistencia social– que viene prestando. Pero sin duda, el elemento que a mi juicio certifica el triunfo en estos días de la idea de los servicios sociales como competencia de las CC.AA., frente al concepto tradicional de la asistencia social, es precisamente el tratamiento que se hace de la cuestión en la nueva hornada de Estatutos de Autonomía, aprobados entre 2006 y 2008 –el de Andalucía entre ellos–, donde principalmente se observa una preocupación por subrayar la competencia en servicios sociales, en tanto las referencias a la asistencia social, si existen, son bastante residuales[22].

Ha de subrayarse asimismo el proceso de osmosis producido a lo largo de estos años de forma que la asistencia social desarrollada por las CC.AA. ha llegado incluso a asumir funciones de garantía de rentas universales (ej: las rentas activas de inserción), en tanto la Seguridad Social se ha adentrado en los terrenos de la

---

[21] En este sentido, González Ortega, S.: "25 años de…", op. cit., pp. 9.

[22] El Estatuto de Autonomía para Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía) establece en su art. 23 "Prestaciones sociales" que: "1. Se garantiza el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones de un sistema público de servicios sociales. 2. Todos tienen derecho a una renta básica que garantice unas condiciones de vida digna y a recibirla, en caso de necesidad, de los poderes públicos con arreglo a lo dispuesto en la ley"; además, en el art. 61 se establece la competencia exclusiva de la CC.AA. en materia de servicios sociales. En términos similares, por ejemplo, también se expresa el Estatuto de Autonomía de Cataluña (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña) en su art. 166.

protección frente a la exclusión social. De tal manera que, frente a quienes en ocasiones han propugnado que "la asistencia social a que las Comunidades Autónomas pueden atender, debe entenderse referida sólo a la cobertura de aquello que la Seguridad Social ha dejado fuera de su ámbito"[23], hoy día se puede afirmar, aunque ciertamente en forma no pacífica por la continua tensión Estado – CC.AA. en relación con el alcance de sus competencias, que las CC.AA. han conquistado un espacio y protagonismo propio en materia de protección social, en unos terrenos en los que en principio no se les esperaba. Algo parecido ha ocurrido también con la Seguridad Social, donde a la lógica de la contributividad –realidad irrenunciable para el Pacto de Toledo– se suma una mayor preocupación por proteger a todo aquel que se encuentre en situación de necesidad real, aunque no sea contribuyente neto[24].Esta situación de lo que nos habla en definitiva es de que, como ya he sugerido, conceptos como Seguridad Social, protección social, asistencia social o servicios sociales, se encuentran en una evolución constante respecto de la cual las nuevas necesidades sociales, pero también la actuación de las propias instituciones (Estado/CC.AA.), constituyen un motor importante[25]. No sólo se asistencializa la protección social en su conjunto, sino que también las CC.AA. muestran interés por adentrarse en espacios que podría pensarse son más propios de la Seguridad Social[26].

---

[23] Alonso Olea, M.: "La descentralización de las políticas de la protección social en la Constitución española y en los Estatutos de Autonomía", Foro de Seguridad Social, núm. 8-9, 2003, p. 3.

[24] En ocasiones también se puede apreciar una perspectiva inversa. Así la OIT, por ejemplo, contempla desde hace años los programas específicos de asistencia social como uno de los posibles medios para acometer la introducción de la Seguridad Social a los grupos de excluidos, y por tanto como un componente de las estrategias nacionales para conseguir implantar una Seguridad Social para todos (Kulke, U.: "Cometido presente y futuro…", op. cit., p. 140).

[25] Señalaba en su momento, por ejemplo, De Vicente Pachés, F.: *Asistencia social y*..., op. cit., p. 170, que la doctrina de la STC 239/2002, abría nuevamente el debate en torno a temas como "la descentralización territorial del sistema de pensiones; la delimitación entre Seguridad Social y asistencia social, dónde se encuentran sus conexiones y fronteras; los conflictos de competencias Estado-CCAA; de la igualdad de los españoles en lo relativo a la percepción de pensiones o de la posibilidad de las divergencias autonómicas…con esta sentencia no se cierra definitivamente todo el debate, sino que deja abiertas muchas posibilidades de actuación y respuesta a las Comunidades Autónomas y al Estado en el ejercicio de sus respectivas competencias".

Sobre la cuestión puede ser de utilidad la consulta de García-Núñez Serrano, F.: "Los complementos autonómicos: ¿Seguridad Social o asistencia social?", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 34, 1998, pp. 129 y ss.

[26] Ejemplo clásico de eso último los complementos aprobados por la Junta de Andalucía a favor de pensionistas de jubilación e invalidez en su modalidad no contributiva, practica validada por la STC 239/2002, y que fue respondida por el Estado con una legislación *ad hoc* (fijada por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social) que intentaba evitar que las CC.AA. en adelante pudieran, en atención a su competencia sobre la asistencia social, continuaran completando las mencionadas pensiones.

La STC, no obstante, ha sido bastante criticada tanto desde un punto de vista técnico, como por las implicaciones que tiene (véase, por ejemplo, García Murcia, J. y Castro Argüelles, M.A.: "Pensiones de Seguridad Social y Comunidades Autónomas: datos para un estudio", Parlamento y Constitución (Anuario), núm. 4, 2002, pp. 51 y ss). Para Molina Navarrete, C.: "Los nuevos estatutos de autonomía y el reparto constitucional de competencias en materia de "empleo", "trabajo" y "protección social"", Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 283/2006, p. 60, la sentencia del TC legitima lo que ha dado en denominar "sistemas autonómicos de bienestar". Por su parte, De Vicente Pachés, F.: Asistencia social y…, op. cit., p. 170, ha sostenido que la doctrina del TC abre nuevamente el debate en torno a temas como "la descentralización territorial del sistema de pensiones; la delimitación entre Seguridad Social y asistencia social, dónde se encuentran sus conexiones y fronteras; los conflictos de competencias Estado-CC.AA.; de la igualdad de los españoles en lo relativo a la percepción de pensiones o de la posibilidad de las divergencias autonómicas (…) con esta sentencia no se

Pero, no quiero terminar esta primera reflexión sobre la asistencia social y su deriva hacia un sistema de servicios sociales, sin hacer una consideración aunque sea breve sobre lo que ha supuesto para esta modalidad de protección social la irrupción del concepto de la exclusión social, por un lado, y el establecimiento de un Sistema de Atención de la Dependencia, por otro. Así, y por lo que respecta a la exclusión social, es éste un asunto que se ha colado en los últimos años en el debate de la protección social, circunstancia que no se produce por casualidad, como sabemos, pues 2010 fue declarado Año Europeo de Lucha Contra la Pobreza y la Exclusión Social, y se trata de uno de los ejes de la Agenda Social Europea para los próximos años. Partiendo conceptualmente de que la exclusión social es un concepto más amplio que el de pobreza, y que abarca no sólo la situación de precariedad económica de un individuo, sino también su insuficiente nivel de vida[27], se puede afirmar que sin duda desde un punto de vista no sólo teórico, sino también institucional, y especialmente a instancias de la UE, la puesta en marcha de políticas de inclusión social como reacción a dicho fenómeno, y en definitiva de lo que podemos calificar como "políticas asistenciales activas"[28], ha marcado significativamente la evolución en los últimos años de la asistencia social en nuestro país.

Básicamente, el establecimiento de mecanismos de inclusión, caracterizados por la garantía de una renta suficiente, su vinculación al mercado laboral y un mejor acceso a servicios de calidad, entiendo que ha determinado un salto cualitativo de la asistencia social, desde el momento en que, al margen de otras consideraciones[29], se aspira a establecer una protección que desborda la asistencia social meramente pasiva, que intentaba exclusivamente salvar la situación de necesidad del individuo en situación altamente precaria[30]. Se intenta por tanto, poner a disposición del individuo una serie de servicios y medios con la idea de facilitar su integración en la escala social mediante un empleo estable y retribuido suficientemente[31]. Ello en definitiva supone un salto cualitativo, en cuando a la funcionalidad de la asistencia social, y en general al sistema de servicios sociales de nuestro

cierra definitivamente todo el debate, sino que deja abiertas muchas posibilidades de actuación y respuesta a las Comunidades Autónomas y al Estado en el ejercicio de sus respectivas competencias".

[27] López Cumbre, L.: "Protección social y Comunidades Autónomas", en AA.VV.: *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado estado de las autonomías,* AEDTSS, Madrid, p. 51. Desde una perspectiva sociológica puede resultar de interés la consulta de Arribas González de Durana, A.: "El concepto de exclusión en política social", Unidad de Políticas Comparadas (CSIC), Madrid, Enero, 2002.

[28] López Cumbre, L.: "Protección social y…", op.cit., p. 53.

[29] Desde la perspectiva que aquí interesa, resulta apreciable el efecto que ha generado la irrupción del Estado en el año 2000 en el ámbito de las rentas activas de inserción, toda vez que, existiendo una notable acción de las CC.AA. en la materia, aquél estableció un derecho subjetivo en el marco de la acción protectora por desempleo, ampliando con ello el ámbito de la Seguridad Social, lo que sin duda altera el papel desempeñado hasta ahora por las rentas mínimas establecidas por las CC.AA. Véase al respecto, entre otros, Molina Navarrete, C.: "Las rentas activas de inserción: un viaje inacabado desde la marginalidad a la centralidad del sistema", Relaciones Laborales, Tomo I, 2003, pp. 439 y ss.

[30] López Cumbre, L.: "Protección social y…", op. cit., p. 54.

[31] Este planteamiento ha llevado a distintos especialistas, nacionales y extranjeros, a sostener que a día de hoy se observa una transición del "welfare state" al "workfare" state. Sobre esta cuestión, entre otros, vid. Molina Navarrete, C.: "Las metamorfosis de la cuestión social: ¿Del "welfare state" al "workfare"state?. Dos concepciones de la idea de contrapartida en las prestaciones sociales", en AA.VV.: *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Madrid, 1999, pp. 55-74.

país, toda vez que se espera del mismo algo más que la cobertura inmediata del estado de necesidad, actuando como mecanismo de promoción en la escala social, con la vista puesta en que el beneficiario del sistema no lo sea crónicamente –porque llegue un momento en que sea capaz de sostenerse por sí mismo–[32].

Por lo que respecta al Sistema de Atención de la Dependencia –instaurado por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre–, recordemos que el mismo se presenta como "un nuevo desarrollo de los servicios sociales del país que amplíe y complete la acción protectora de este Sistema [el de Seguridad Social], potenciando el avance del modelo de Estado Social que consagra la Constitución Española". Un sistema que abunda en la idea de la red pública, que integrada por centros y servicios prestados tanto por entes públicos como privados, cómo fórmula para dar adecuada cobertura a este nuevo tipo de situación de necesidad que supone la dependencia, y en la que se aprecia la combinación de factores biológicos (aumento de la esperanza de vida) y sociales (las nuevas estructuras familiares hacen inviable el cuidado de muchos mayores) sobre los que comienza a existir una nueva sensibilidad. Con ello, y con independencia de la reflexión que se pueda realizar más adelante, se profundiza en la asistencialización de la Seguridad Social, así como en la construcción de un sistema de protección social de mínimos prestacionales.

La cuestión es que, como sabemos, el legislador deliberadamente no ha ubicado la protección por dependencia ni en el art. 149.1.17 CE ni en el art. 148 CE, salvando la polémica cuestión de la atribución competencial Estado-CC.AA. mediante la invocación del art. 149.1.1. CE, lo que supone que la ley se dicta "al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales". Así, se salva inicialmente una cuestión, la competencial, que en la medida en que no se aborde y resuelva suficientemente puede lastrar el futuro desarrollo de nuestro modelo de protección social. No obstante, como en algún caso ya se ha reflejado, la implantación del Sistema de Atención de la Dependencia reproduce en gran medida el sistema de la asistencia sanitaria[33], fijándose por el Estado unas prestaciones básicas en tanto la prestación y gestión de los servicios se asume fundamentalmente por las CC.AA. y las entidades locales, pudiendo dichas CC.AA. ampliar o mejorar en su caso las prestaciones ofertadas por la ley estatal[34].

---

[32] Como ha señalado, entre otros Valdés Dal-Ré, F.: "Las políticas de contractualización de las prestaciones sociales (I y II)", Relaciones Laborales, Tomo II, 2002, p. 84, la finalidad del nivel contributivo y asistencial "es cubrir los estados de necesidad social previamente objetivados a través de un complejo de prestaciones juridificadas, el objetivo último de la inserción no es la cobertura de una necesidad social sino la integración social; la resocialización de los individuos".

[33] No en vano, y de forma similar al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, la Ley 39/2006 crea el Consejo Territorial del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia, órgano de cooperación y coordinación entre la Administración estatal y las distintas CC.AA., y que se prevé impulse la cooperación interadministrativa mediante la correspondiente y sucesiva firma de convenios de colaboración entre la Administración General del Estado y las distintas CC.AA.

[34] López Cumbre, L.: "Protección social y…", op. cit., p. 54.

2.3. El sistema de asistencia sanitaria

La asistencia sanitaria es, como he señalado anteriormente, el tercer elemento sobre el que se sustenta nuestro modelo de protección social, estableciéndose a tal efecto en el art. 43 CE no sólo el derecho a la protección de la salud para todos los ciudadanos, en forma separada al reconocimiento de la Seguridad Social (art. 41 CE), sino también la competencia de los poderes públicos para "organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios", así como que serán las leyes las que establezcan los derechos y deberes de todos al respecto. En relación con este asunto, los especialistas en la materia han venido subrayando desde tiempo atrás que salvado cierto contenido constitucional a observar, como son las consideraciones que se realizan en los arts. 43 ó 49 CE en materia de salud y sanidad pública, de obligada observancia, "el sistema nacional de salud será a la postre lo que la ley ordinaria determine"[35]. De tal manera que en este caso, y a diferencia de la evolución registrada por la asistencia social –sobre la que no vamos a volver–, y de la influencia que la misma ha ejercido sobre la moderna Seguridad Social –recuérdese, la asistencialización de la Seguridad Social–, laevolución postconstitucional ha determinado una configuración de la asistencia sanitaria como sistema autónomo, desgajado de la propia Seguridad Social, en el que los elementos básicos del mismo, y que configuran el Sistema Nacional de Salud, se han regulado por el Estado, registrando sin embargo las CC.AA., como conocemos, una gran autonomía en su gestión[36].

La cuestión es, como sabemos, que esa configuración como sistema autónomono está plenamente digerida por el legislador estatal que no termina de ser consecuente con sus propios actos[37], y continúa tratando las prestaciones sanitarias como parte de la oferta prestacional de la Seguridad Social, como señalan los arts. 38.1 a) y b) y 98 y ss. de la LGSS. Como contraposición, hay que reconocer que el reparto competencial Estado – CC.AA. resulta mucho más claro y equilibrado en este caso que por lo que a la Seguridad Social como sistema se refiere, de forma

---

[35] De la Villa Gil, L.E.: "El modelo constitucional…", op. cit., p.13.

[36] Clásica es en ese sentido la cita de la obra del profesor Alonso Olea, M.: *Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1994, que en su Introducción, pp.13 – 14, ya señalaba que la razón de abordar separadamente dichas prestaciones, a diferencia de cómo lo había hecho hasta el momento en sus *Instituciones de Seguridad Social* (en colaboración con Tortuero Plaza, J.L.), era la "tendencia evidente a la independencia de la asistencia sanitaria respecto del complejo de la Seguridad Social", evidenciada en aspectos como el diferenciado tratamiento de la Seguridad Social (art. 41 CE) y de la asistencia sanitaria (art. 43 CE); la Ley General de Sanidad de 1986, en la que se expresaba como objeto de la misma "la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud", por tanto inclusiva de la asistencia sanitaria que hasta ese momento formaba parte del sistema de Seguridad Social; o la previsión en su momento en la Ley 26/1990, de prestaciones no contributivas, de un futuro texto refundido de disposiciones en materia de Seguridad Social que exceptuaba sin embargo a las materias relativas a la asistencia sanitaria.

[37] Pero que también es discutida por quienes sostienen, por ejemplo, que "las últimas reformas legales operadas sobe distintas normas no hacen sino dejar bien sentado que la asistencia sanitaria queda incluida en la acción protectora del Sistema de Seguridad Social, pudiendo sostenerse que el establecimiento por la Seguridad Social de este derecho está íntimamente relacionado con los principios de solidaridad y obligatoriedad que le informan" (González Díaz, F.A.: "Asistencia sanitaria y protección de la salud",en Sempere Navarro, A.V. (Dir.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003, p. 1035.

que mientras el Estado es competente en materia de sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos (art. 149.1.16 CE), las CC.AA. lo son en materia de sanidad e higiene (art. 148.1.21 CE). Como sabemos, el reparto competencial ha deparado que a lo largo de estos años el Estado haya sentado legislativamente la bases del Sistema Nacional de Salud, y encabezado la coordinación del mismo, en tanto las CC.AA., primero de forma voluntaria, después a partir de 2001 necesariamente, se han concentrado en desarrollar y gestionar la prestación de la asistencia sanitaria en sus respectivos territorios. Una convivencia que en el caso de la asistencia sanitaria puede considerarse bastante razonable[38], y que con el paso de los años ha deparado la consolidación de un Sistema Nacional de Salud, que antes que único entiendo que debe calificarse como plural, y en el que el Consejo Interterritorial del sistema ha sido clave a la hora de coordinar la acción en materia de salud en este país.

No obstante, en esta primera aproximación a la asistencia sanitaria merece destacarse por la importancia que ello ha tenido y tiene para el futuro desarrollo de la misma en cuanto sistema de protección, que en el presente caso, y al igual que ocurre con el reconocimiento constitucional de la Seguridad Social (art. 41 CE)[39], nos encontramos ante lo que se ha dado en calificar un "derecho social de prestación", lo que en definitiva implica que el ejercicio del derecho y su disfrute se encontrará muy condicionado por el desarrollo legislativo que se efectué en relación con el mismo, lo que a su vez estará fuertemente condicionado por las disponibilidades económicas existentes en cada momento para financiar todo el entramado sanitario, existiendo, como ocurre en el caso de la Seguridad Social un amplio margen para la acción legislativa, si bien, eso sí, deberán observarse en la acción legislativa "los rasgos que la hacen reconocible en el estado actual de la conciencia social" (STC 37/1994). La cuestión ciertamente no es banal, toda vez que como en alguna ocasión se ha señalado ello "dificulta calificar el derecho a la salud como un derecho subjetivo de los ciudadanos"[40], lo que sin duda puede

---

[38] Excepción hecha de algunos conflictos de competencia como el de la inspección de la distribución y dispensación de medicamentos que se resolvió estableciendo los niveles en los que debía desenvolverse la acción estatal y autonómica en la materia (resuelto por la STC 54/90).

[39] Recuérdese a tales efectos, bien es verdad que desde la óptica del art. 41 CE, pero se trata de una doctrina aplicable al derecho a la protección de la salud del art. 43 CE, que en su momento el TC en su sentencia 37/1994, ya estableció que "el art. 41 C.E. impone a los poderes públicos la obligación de establecer -o mantener- un sistema protector que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social. En otros términos, el referido precepto consagra en forma de garantía institucional un régimen público <cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo... un núcleo o reducto indisponible por el legislador> (STC 32/1981, fundamento jurídico 3.), de tal suerte que ha de ser preservado <en términos recognoscibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar> (STC 26/1987, fundamento jurídico 4., y 76/1988, fundamento jurídico. Salvada esta indisponible limitación, el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél (SSTC 65/1987)".

[40] De la Villa Gil. L.E.: "El derecho constitucional a la salud",en Casas Baamonde, M.E., Durán López, F. y Cruz Villalón, J. (Coords.): *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006, p. 986.

condicionar su evolución futura en cuanto derecho constitucional, vista la sensibilidad social existente al respecto, a la que nos referiremos posteriormente. En todo caso, recordemos en estos momentos que en 1998 –Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado– se decidió no continuar financiando la asistencia sanitaria con la cuotas de la Seguridad Social, sino en base a impuestos, iniciándose con ello la autonomización de la asistencia sanitaria respecto del sistema de Seguridad Social, lo que supuso la salida del mercado de las prestaciones protectoras de la salud –su desvinculación en definitiva del factor contribución en virtud del trabajo del individuo– "para llevarlas hacia el ámbito de los derechos de ciudadanía"[41].

3. UNA MIRADA A LA PERCEPCIÓN INTERNACIONAL Y COMUNITARIA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL FUTURA

Realizada la pertinente reflexión sobre cómo concibo a grandes rasgos la protección social en la Constitución española, toca en estos momentos hablar del futuro de la misma. Vaya por delante que en mi caso, como no podía ser de otra manera, la presente reflexión va a tener un carácter eminentemente jurídico, lo cual creo muy necesario, visto el protagonismo que en los últimos años han tomado en relación con la cuestión que nos ocupa el criterio y los estudios de carácter económico. De repente, y muy particularmente desde que la crisis económica arrecia, la eficiencia y la sostenibilidad económica se han convertido en el norte de todo planteamiento en materia de protección social. Como en algún momento han señalado informalmente algunos colegas, vivimos unos tiempos en que el dato económico, la estadística y su correspondiente proyección, se convierten en argumentos incontestables, de forma que uno comienza prácticamente a sentirse culpable de seguir viviendo por el coste que genera a la Seguridad Social. Entiendo que falta una mayor aportación jurídica, a la que esta ponencia pretende contribuir modestamente, de forma que la consideración fría y aislada del dato económico se vea superada, o al menos contrapesada, por la consideración de principios y valores internacionalmente reconocibles, asumidos por nuestra Constitución[42].

En definitiva, la sociedad debe ser capaz en materia de protección social de elevar el discurso que se está realizando en relación con el futuro de nuestro modelo de protección social. Como en su día dijo Ernesto Sábato, en una cita que encabeza el texto de la ponencia, "hay una manera de contribuir a la protección

---

[41] Aparicio Tovar, J.: "El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria", en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., y Moreno Vida, M.N. (Dirs.): *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 1558 – 1559.

[42] Como ha señalado Kulke, U.: "Cometido presente y futuro…", op. cit., p. 136, hoy día la aproximación a la Seguridad Social debe realizarse desde una perspectiva basada en derechos, de tal forma que resulta "de gran transcendencia que cualquier decisión futura en términos de políticas en la materia se sustente en sólidos principios legales". .

de la humanidad, y es no resignarse". Ese "no resignarse" entiendo que pasa por una profundización en los planteamientos jurídicos que deben soportar el modelo de protección social que con los años hemos construido entre todos en este país. Pero indudablemente dicha tarea no pueda asumirse sin tener en cuenta los postulados político-legislativos más apreciables en el ámbito internacional y comunitario al respecto; a ello dedicaré las próximas páginas.

3.1. Del concepto de trabajo decente a los pisos nacionales de protección social de la OIT

El año 1998 la OIT decidió cambiar el paso en relación con lo que había venido siendo su acción institucional, concentrada históricamente en la promoción de condiciones mínimas de trabajo –y donde se sitúa el Convenio núm. 102 (1952) de la OIT sobre la seguridad social (norma mínima) que establece nueve clases de prestaciones–[43], al emitir la "*Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*", documento que se ha considerado el comienzo de la operación para introducir en la operativa de dicha organización la noción de "trabajo decente" –aunque por las implicaciones éticas del término sería más correcto utilizar el término "trabajo digno"–, formulada finalmente en la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1999) en los siguientes términos: "actualmente, la finalidad primordial de la OIT es promover oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana". Se trata por tanto de una noción que incluye aspectos como la existencia de empleos suficientes, remuneración digna, seguridad en el trabajo, trabajo salubre, y donde un factor como la seguridad social de los trabajadores –ya sean estos asalariados de la economía regular o de la informal, autónomos o trabajen a domicilio– se hace depender de la capacidad y nivel de desarrollo de cada sociedad[44].

Pues bien, pese a las dudas y críticas que ha generado una noción de la que se ha dicho que puede conducir a la adopción de "una política normativa blanda y a geometría variable"[45], que ponga en riesgo la consecución de condiciones mínimas, en nuestro caso vinculadas al Convenio núm. 102 OIT, lo cierto es que hoy día la acción de la OIT viene marcada por esta idea que sugiere que lo prioritario no es la norma, sino el empleo, si bien plantearse que el trabajo decente implica la existencia de puestos de trabajo en cantidad suficiente y con una calidad aceptable –lo cual supone entre otros aspectos ingresos y protección social adecuados–, puede significar mucho o poco, pues todo depende del contenido del que se dote a

---

[43] Atención a la salud, prestaciones en caso de enfermedad, desempleo, vejez, accidente laboral, familiares a cargo, maternidad, invalidez y sobrevivientes del trabajador fallecido.

[44] Auvergnon, P.: "De Declaración en Declaración de la OIT: el trabajo decente, lema de acompañamiento social de la globalización", Relaciones Laborales, núm. 15-18, 2012.

[45] Véase, Ghai, D.: "Trabajo decente. Concepto e indicadores", Revista Internacional del Trabajo, vol. 122 (2003), núm. 2, pp. 125 y ss, quien precisamente realiza una propuesta de indicadores a utilizar en la puesta en práctica del concepto, siendo éste otro de los inconvenientes significativos que aquejan a la noción formulada por la OIT.

la noción, y la implementación de la misma que se haga en cada país[46], pues como en algún caso se ha señalado "se corre el riesgo de que se agote en un umbral mínimo de decencia, sobre todo si se adopta un enfoque materialista"[47].

Los años posteriores nos han permitido conocer, desde la perspectiva que aquí interesa, la de la protección social, tres aportaciones significativas, contextualizadas y orientadas a afrontar la crisis económica, especialmente incisiva en Europa. En primer lugar, la *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*[48], emitida en 2008, y que institucionaliza el Programa de Trabajo Decente que la OIT puso en marcha en 1999, calificado de "política clave". En dicha Declaración se establece que la Conferencia de la OIT reconoce que los compromisos y esfuerzos de sus miembros y de la propia organización deberían basarse en los cuatro objetivos estratégicos que se encuentran plasmados en el Programa de Trabajo Decente, y recogidos en la propia Declaración, como son el empleo, la protección social, el diálogo social y los derechos en el trabajo, considerándose que son "inseparables, están interrelacionados y se refuerza mutuamente". En el caso de la protección social, la Declaración plantea la necesidad de "adoptar y ampliar medidas de protección social –seguridad social y protección de los trabajadores– que sean sostenibles y estén adaptadas a las circunstancias nacionales", explicitando que entre tales medidas deberían incluirse: a) la ampliación de la seguridad social a todas las personas, incluidas las medidas para proporcionar ingresos básicos a quienes necesiten esa protección, al tiempo que "la adaptación de su alcance y cobertura para responder a las nuevas necesidades e incertidumbres generadas por la rapidez de los cambios tecnológicos, sociales, demográficos y económicos"; b) condiciones de trabajo saludables y seguras; c) medidas en materia de salarios y ganancias y otras condiciones de trabajo, destinadas a garantizar "una justa distribución de los frutos del progreso" y "un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esa clase de protección".

En segundo lugar, el *Pacto Mundial para el Empleo*[49], adoptado en 2009, que aspira a orientar las políticas nacionales e internacionales al objeto de promover la recuperación económica, la generación de empleo y la oferta de protección a los

---

[46] Posiblemente el inconveniente de esta noción resida en que finalmente más que un contenido el "trabajo decente" lo que sugiere es una nueva forma de trabajar de la propia OIT – "el trabajo decente más que un contenido es un proceso, una forma de realizar unos objetivos" – donde los instrumentos de *soft law*, al margen de los tradicionales convenios y recomendaciones OIT cobran especial protagonismo (véase. Rodríguez-Piñero, M.: "Derechos en el trabajo y trabajo decente", Relaciones Laborales, núm. 15-18, 2012, p. 2).

[47] Gil y Gil, J.L.: "Concepto de trabajo decente", Relaciones Laborales, núm. 15 – 18, 2012, p. 19, quien no obstante subraya el interés de un concepto que afirma la idea de que "el trabajo debe ser digno, "con derechos"", sugiriendo que puede ser un concepto a tener en cuenta para hacer frente a la tentación que pueden registrar los poderes públicos por centrar sus esfuerzos en los aspectos cuantitativos del empleo (cantidad), olvidando los cualitativos (derechos), situación ejemplificada por los *minijobs*, que por ejemplo el Gobierno español ha sugerido promover en algún momento de esta crisis.

[48] Aprobada en la 97ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, de 10 de junio de 2008. Constituye la tercera declaración de principios y políticas de gran alcance realizada en el seno de la OIT desde la Constitución de la misma, y se apoya tanto en la Declaración de Filadelfia de 1944, como en la Declaración de 1998 sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

[49] Aprobada en la 98ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, del 19 de junio de 2009.

trabajadores y sus familias, de tal forma que se provea una base acordada internacionalmente para "políticas diseñadas para reducir el período entre recuperación económica y recuperación con oportunidades de trabajo decente" – esto último parece que suena bastante bien, vista la situación económica de nuestro país -. Entre los objetivos del pacto se sitúa el de "proteger a las personas y las familias afectadas por la crisis, en particular las más vulnerables y aquellas en la economía informal, fortaleciendo los sistemas de protección social para mantener ingresos y niveles de subsistencia sostenibles, así como la seguridad de las pensiones".

Para afrontar esta misión el pacto establece que los países deberían considerar la posibilidad de aplicar medidas como: a) establecer "sistemas de transferencia en efectivo para los pobres", al objeto de subvenir a su necesidades inmediatas y aliviar a los pobres; b) instaurar una protección social adecuada para todos, sustentada en un régimen básico de protección social ("piso social")[50]; c) incrementar la duración y la cobertura de las prestaciones de desempleo; d) velar por que las personas desempleadas durante períodos prolongados mantengan el vínculo con el mercado de trabajo, por ejemplo, a través de actividades de desarrollo de competencias laborales para la empleabilidad; e) proporcionar prestaciones mínimas garantizadas en los países donde los fondos de pensiones o de salud ya no dispongan de una financiación suficiente; f) proporcionar una cobertura adecuada a los trabajadores temporales y los trabajadores ocasionales. Igualmente, declara que todos los países deberían ayudar a "los grupos más vulnerables afectados por la crisis" mediante una combinación de medidas de apoyo a los ingresos, desarrollo de competencias laborales y respeto del derecho a la igualdad y la no discriminación. Así como que, al objeto de evitar "las espirales salariales deflacionistas", debería tomarse en consideración opcionalmente el diálogo social, la negociación colectiva en la materia o en su caso los salarios mínimos reglamentarios o negociados, de tal forma que los gobiernos "deberían respetar y promover el respeto de los niveles de salarios negociados", al igual que se debería promover la reducción de la brecha salarial entre hombres y mujeres.

Pero es posiblemente la *Recomendación núm. 202 de la OIT, relativa a los pisos nacionales de protección social*[51], de 2012, el documento que como juristas nos suscite más interés dentro de esta nueva estrategia de la OIT en relación con el trabajo decente y la protección social del siglo XXI, que es afín de cuentas de lo que se trata. A tales efectos la Recomendación define los "pisos de protección social" –más correcto sería hablar de niveles mínimos– como "conjuntos de garantías básicas de seguridad social definidos a nivel nacional que aseguran una protección destinada a prevenir o a aliviar la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión social".

---

[50] Precisándose que dicho "piso social" debería incluir "el acceso a la atención sanitaria, la seguridad del ingreso para los ancianos y las personas con discapacidad, las prestaciones por hijos a cargo y la seguridad del ingreso combinada con sistemas públicos de garantía del empleo para los desempleados y los trabajadores pobres".

[51] Aprobada en la 101ª reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, del 20 de mayo de 2012.

Podría pensarse que dicha Recomendación tiene un escaso recorrido en relación con la protección en nuestro país[52]. Sin embargo, y con independencia de las consideraciones que se hagan a continuación sobre dicho documento, debe recordarse que en un reciente informe de EUROSTAT se señala cómo la población en España en situación de riesgo de pobreza o exclusión social ha pasado del 23,4% en 2009 al 27% en 2011, indicando de camino este dato un claro deterioro de la calidad de vida de los españoles[53]. El interés de la Recomendación reside en que en la misma se resumen una serie de pautas que a juicio de la OIT deberían marcar la acción de los gobiernos en materia de protección social, y que entronca además convenios y recomendaciones dictadas por dicho organismo en los últimos cuarenta años[54].

Básicamente, la Recomendación establece como objetivo central el establecimiento por los Estados de garantías básicas en materia de Seguridad Social[55], por ley,

---

[52] No se olvide, no obstante, que la Recomendación es, entre otras consideraciones que se podrían realizar, consecuencia de la reflexión que se venía realizando en los últimos años en el seno de la OIT en el sentido de que posiblemente el Convenio núm. 102 de la OIT no parecía constituir el instrumento más idóneo para la consecución de la cobertura universal a escala mundial, mediante el otorgamiento de prestaciones básicas a todas las poblaciones de los Estados. Como oportunamente ha señalado Pérez de los Cobos Orihuel, F.: "La Seguridad Social y la OIT" en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., y Moreno Vida, M.N. (Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su* jubilación, Comares, Granada, 2008, p. 184., el fracaso relativo del Convenio 102 de la OIT se explica en gran medida por su concepción en el ámbito paradigma fordista, por lo que se hizo un diseño pensando que el trabajador tipo era "el trabajador masculino, contratado a jornada completa y por tiempo indefinido, que con su trabajo sustentaba a su familia, y en el que las perspectivas de fuerte desarrollo económico, principalmente industrial, permitían imaginar un horizonte de pleno empleo". Comprenderá el lector que esta situación dista hoy día considerablemente de reflejar la realidad socioeconómica mundial, tampoco de la Europa en crisis, pues además desconoce en gran medida, y como se ha señalado, la presencia e incorporación de la mujer al mercado de trabajo.

Un convenio que además cuenta con el hándicap del escaso número de ratificaciones por los Estados que registra – a 26 de julio de 2012 sólo 47 Estados la habían ratificado -. Véase Kulke, U.: "Cometido presente y futuro…", op. cit., pp. 154 y ss.

[53] El informe, de 3 de diciembre de 2012, recoge que España ocupa el noveno puesto entre los países con mayor riesgo de un total de veintisiete, siendo el total de ciudadanos en riesgo de exclusión en Europa 119,6 millones (24% del total de la población), de los que 12,4 millones son españoles. Los criterios manejados para apreciar "riesgo de pobreza" son: a) ingresos por debajo del 60% de la media nacional; b) padecer una "grave privación material" (por ejemplo, su nivel de recursos les impide pagar un alquiler o adquirir ciertos bienes básicos); c) haber utilizado menos del 20% de su "potencial de trabajo" en el último año (excluidos los estudiantes). El criterio a) afectaba en España al 21,7%, el b) al 3,9%, y el c) al 12,2% - la proporción total (27%) es inferior a la suma de todos los porcentajes porque existen individuos que incurren en varios de los criterios–.

[54] Se realiza una invocación expresa del Convenio núm. 102 sobre la Seguridad Social (norma mínima), de 1952; Recomendación núm. 67 sobre la seguridad de los medios de vida (1944); Recomendación núm. 69 sobre la asistencia médica (1944). Al mismo tiempo se indica que la Recomendación es una consecuencia del planteamiento multifacético expuesto en la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008, que entre otros aspectos en el marco de la dinámica de promoción del trabajo decente plantea la necesidad de "adoptar y ampliar medidas de protección social".

[55] El planteamiento realizado por la OIT, sin embargo, no llega al punto de fomentar la retroalimentación de las prácticas nacionales puestas en marcha, como por parte de algunos especialistas se ha planteado en el marco de lo que se ha dado en llamar la "Seguridad social dinámica", noción que plantea un intercambio activo de información y prácticas entre las distintas institucionales nacionales de Seguridad Social, a efectos de una mejor realización en todos los países del nivel básico de Seguridad Social (véase, McKinnon, R.: "Seguridad Social dinámica: un marco para liderar el cambio y extender la cobertura", Revista Internacional de Seguridad Social, vol. 60, 2-3/2007, pp. 167 y ss).

que aseguren "como mínimo que, durante el ciclo de vida, todas las personas necesitadas tengan acceso a una atención de salud esencial y a una seguridad básica del ingreso que aseguren conjuntamente un acceso efectivo a los bienes y servicios definidos como necesarios a nivel nacional". A tales efectos, la Recomendación explicita que las indicadas garantías básicas de Seguridad Social debería comprender "por lo menos" (contenido mínimo): a) atención de salud esencial a nivel nacional, incluida la atención a la maternidad; b) seguridad básica del ingreso (prestación económica) para los niños, en un nivel mínimo definido en el ámbito nacional, pero que asegure el acceso a la alimentación, la educación, los ciudadanos y cualesquiera otros bienes y servicios necesarios; c) seguridad básica del ingreso (prestación económica), en un nivel mínimo definido en el ámbito nacional, para las personas en edad activa que no puedan obtener ingresos suficientes, sobre todo en caso de enfermedad, desempleo, maternidad e invalidez; d) seguridad básica en el ingreso (prestación económica) para las personas de edad, en un nivel mínimo definido en el ámbito nacional.Sin embargo, al tiempo que se plantea un contenido mínimo, la Recomendación se muestra flexible en la consideración de los tipos de regímenes que podrían otorgar dichas garantías, planteando que las prestaciones podría proporcionarse mediante "regímenes universales de prestaciones, regímenes de seguro social, regímenes de asistencia social, regímenes de impuesto negativo sobre la renta, regímenes públicos de empleo y regímenes de apoyo al empleo". Al mismo tiempo, se sugiere que la garantía básica del ingreso podría "tener en cuenta las diferencias regionales", lo que sin duda en el caso español resulta interesante, teniendo en cuenta la dinámica observada en relación con el establecimiento de la renta básica de inserción[56].

Oportuna es asimismo la reafirmación del derecho a la Seguridad Social como un derecho humano, al tiempo que se establece una conexión entre el derecho a la Seguridad Social y la promoción del empleo, que tiene su origen fundamentalmente en el concepto de trabajo decente, y que lleva en el prólogo de la Recomendación a afirmar que "la transición al empleo formal y el establecimiento de sistemas de Seguridad Social sostenibles se refuerzan mutuamente". A tales efectos, el documento de la OIT indica que los Estados deberían "complementar la Seguridad Social con políticas activas del mercado de trabajo, inclusive mediante formación profesional u otras medidas, según proceda". La idea por tanto, en la línea como hemos señalado de la noción de trabajo decente, sería no sólo garantizar una suerte de renta básica, con el añadido de otros servicios básicos, como la asistencia sanitaria universal, sino además promover la formación del individuo, en la medida que ello fuera posible, para alejarlo por sí mismo del umbral de la exclusión. De todas formas, debe tenerse en cuenta asimismo que el "piso nacional de protección" sólo constituye el primer escalón en el diseño que se realiza por

[56] En concreto, se señala que al definir las garantías básicas de Seguridad Social los Estados deberían tener en cuenta, entre otros aspectos que "la seguridad básica del ingreso debería permitir vivir con dignidad. Los niveles mínimos de ingresos definidos a nivel nacional podrán corresponder al valor monetario de un conjunto de bienes y servicios necesarios, a los umbrales nacionales de pobreza, a los umbrales de ingresos que dan derecho a la asistencia social o a otros umbrales comparables establecidos por la legislación o la práctica nacionales, y podrán tener en cuenta las diferencias regionales".

la OIT de la protección social futura. Añádase a ello la previsión de un escalón adicional integrado por prestaciones de tipo contributivo y otro posterior, para aquellos que puedan y deseen una protección de mayor calidad, que se sitúa en la órbita del aseguramiento privado[57].

3.2. Sobre los derechos de protección social en los Tratados de la Unión Europea y las políticas sobre pensiones y cohesión social

Dos aspectos centran mi interés en relación con el tratamiento y la consideración que la protección social merece para la Unión Europea. El primero tiene que ver con el tratamiento de la cuestión en los Tratados fundacionales y el papel que se arroga la UE en relación con los Estados miembros. El segundo, con los planteamientos más recientes en relación con el futuro de la protección social, y las políticas que se están impulsando a medio y largo plazo en materia de pensiones y cohesión social.

En cuanto a la primera cuestión, sabido es que la UE arrastra un evidente déficit democrático –agudizado por operaciones desastrosas como la fallida aprobación de la Constitución Europea–, de tal forma que con carácter general coincido con aquellos que afirman que el futuro de los derechos sociales en el ámbito de la Unión se encuentra estrechamente vinculado a la superación del mencionado déficit[58], originado por el secuestro de la democracia en el ámbito europeo por los tecnócratas, en evidente alejamiento de los ideales europeos[59]. Una situación que además coincide en el tiempo y el espacio con la resistencia de los Estados a ceder soberanía en relación con amplios espacios de su acción política, entre los que se encuentra claramente la protección social. Situación ésta por cierto que, como sabemos, tiene un origen remoto en el contexto de la construcción europea, pues ya desde los primeros tiempos el diseño realizado de la entonces Comunidad Económica Europea hizo pivotar sobre la libre circulación de trabajadores en el seno de la Comunidad cualquier otro derecho laboral o social, de tal manera que, por ejemplo, las normas de Seguridad Social comunitaria son meramente instrumentales en relación con la efectividad de la libertad reconocida hoy día en el art. 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)[60].

Pues bien, superada la situación comprometida que supuso la operación fallida de aprobación de la Constitución Europea, a día de hoy subsisten como grandes referentes a considerar, a los efectos de la reflexión que se está realizando, el Tratado de la Unión Europea (TUE), el TFUE, y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Como sabemos, los dos primeros Tratados forman parte del Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, una vez fracasado el proyecto

---

[57] Sobre las políticas más recientes de la OIT en materia de Seguridad Social resulta de interés la consulta de Servais, J.-M.: "The New ILO Recommendation on Social Security", E-Journal of International and Comparative Labour Studies, vol. 1, núm. 3-4, Decembre 2012, pp. 1 y ss.

[58] Véase Monereo Pérez, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009, p. 163.

[59] Sobre esta cuestión versa precisamente el último libro del filósofo Habermas, J.: *Sobre la Constitución de Europa*, Trotta, Madrid, 2012.

[60] Según la versión consolidada publicada por el DOUE, de 30 de marzo de 2010.

de Constitución Europea, siendo en el TFUE, concretamente en su art. 6, donde se reconoce a los derechos, libertades y principios enunciados en la mencionada Carta de los Derechos Fundamentales el mismo valor jurídico que a los Tratados[61].

Durante bastantes años, como he referido antes, la UE ha centrado su esfuerzos en materia de protección social, y más concretamente por lo que respecta a la Seguridad Social, en remover las posibles trabas que se pudieran plantear a la libre circulación de trabajadores y a coordinar los sistemas existentes para que aquéllos que se desplacen conserven sus derechos adquiridos y/o en curso de adquisición, respetando las características propias de la legislaciones nacionales de Seguridad Social[62]. Sin embargo, a partir del Tratado de Amsterdam de 1997 –tendencia confirmada por los Tratados de Niza (2000) y Lisboa (2007)–, se ha asistido a una ampliación significativa de las atribuciones y títulos competenciales de la UE en materia de protección social, que sin embargo deparan, y depararán, problemas aplicativos y de interpretación del Derecho comunitario, por la compleja y defectuosa técnica empleada[63].

En el Tratado de Amsterdam conocimos la incorporación de disposiciones comunitarias en materia de lucha contra la exclusión social, previéndose a tal efecto un nuevo procedimiento a efectos de ejercer las competencias comunitarias: el método abierto de coordinación(en adelante MAC)[64] –contemplado hoy día en el art. 153.2 a) TFUE–, cuya aplicación está prevista en ámbitos que son competencia de los Estados miembros, caso del empleo, la protección social, la inclusión social, la juventud la educación o la formación, y que a configurar un nuevo marco de cooperación entre los Estados miembros de la UE, al objeto de alcanzar la convergencia de las políticas nacionales en relación a objetivos comunes fijados previamente en el seno de la Unión. A su vez, en el Tratado de Niza se procedió a fijar dicho procedimiento como el único a efectos de impulsar desde la UE la modernización de los sistemas de protección social, si bien dicho procedimiento debía convivir con los mecanismos establecidos en el propio Tratado con fines de armonización de las legislaciones nacionales[65].

---

[61] Adoptada el 12 de diciembre de 2007.

[62] Esto último regulado de forma directa por UE mediante los conocidos Reglamentos CE 883/2004, DE 29 de abril, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, y 987/2009, de 16 de septiembre, por el que se adopta las normas de aplicación del Reglamento anterior, en vigor desde el 1 de mayo de 2010.

[63] Como señala García Murcia, J., en su "Prólogo" (p. 19) a la obra de Miranda Boto, J.M.: *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, Aranzadi - Thomson Reuters, Madrid, 2009, "uno de los principales retos que ofrece la actual estructura normativa de la Comunidad Europea es el que tiene que ver con la "racionalización" de su sistema de competencias en materia social, tanto por la asimetría y asistemática ubicación de las mismas como por las dificultades que con frecuencia plantea la comprensión e interpretación de prácticamente todas y cada una de las cláusulas de rigor. No sólo, pues, pueden aparecer dudas acerca de su alcance o contenido, sino también a la hora de determinar sus funciones o de rastrear su misma razón de ser".

[64] A esta situación se llega tras tomar conciencia la UE de que hasta ese momento la protección social había sido una suerte de invitado de segunda categoría en el marco de la política social comunitaria, percibiéndose la necesidad de coordinar las políticas al efecto con la estrategia europea de empleo de cada momento (véase, entre otros, Pérez Menayo, V.: "La Estrategia Europea de Protección Social: El Método Abierto de Coordinación", Foro de Seguridad Social, núm. 8-9, Abril – 2003, pp. 1 y ss.).

[65] Sobre esta cuestión, y en profundidad, véase Miranda Boto, J.M.: *Las competencias de la Comunidad…*, op. cit., pp. 333 y ss.

Sin embargo, y con independencia de los diferentes ritmos que puede generar la exigencia de mayorías distintas para adoptar medidas, bien de fomento de la cooperación para la lucha contra la exclusión social (art. 153.1 j) TFUE) o para la modernización de los sistemas de protección social (art. 153.1 k) TFUE), bien en materia de seguridad social o sobre protección social de los trabajadores (art. 153.1 c) TFUE), lo cierto es que el MAC se sustenta sobre una doble base: lo dispuesto en el TFUE, más el planteamiento que realice el Consejo Europeo, normalmente a propuesta de la Comisión, en relación con la puesta en práctica de dicho método. Lógicamente, desde la perspectiva que interesa a la presente exposición – recordemos, la protección social, y su recepción y configuración en nuestra Constitución -, ello nos sitúa ante un escenario en el que "las vías del método abierto de coordinación son imprevisibles y la lista de sus instrumentos no es, ni mucho menos, cerrada", y por lo tanto los Estados deben estar preparados para ir asumiendo internamente los efectos que en cada caso se puedan derivar de las medidas que genere el método. Un procedimiento por cierto susceptible de ajuste continuo, como por otro lado puso de manifiesto la Comunicación de la Comisión de 2005[66], adoptada en el marco de la reformulación de la Estrategia de Lisboa, y que reformuló el mismo con la intención de "crear un MAC más fuerte, más visible, con mayor énfasis en la ejecución de las políticas, que interactúe positivamente con la estrategia revisada de Lisboa, simplificando al mismo tiempo la notificación y aumentando las oportunidades de intercambio político".

En el ánimo de la Comisión ha estado en este caso integrar en mayor medida la Estrategia Europea de Empleo – hoy día representada por la Estrategia Europa 2020[67], y que sustituye a la Estrategia de Lisboa ante la imposibilidad de cumplir los objetivos fijada por ésta - con el trabajo que se desarrolla en los últimos años en materia de exclusión social, pensiones, asistencia sanitaria y cuidados de larga duración. El problema es que lo que genera el MAC suelen ser medidas caracterizadas como *soft law*, lo que en la práctica puede deparar que, como en alguna ocasión ya se ha comentado, "se corra el riesgo de la sustitución del Derecho imperativo por el *soft law*, con las consecuencias desreguladoras y de debilitamiento del acervo social comunitario que ello conlleva"[68], y, añado, con el consiguiente cuestionamiento de la acción comunitaria desplegada en virtud del principio de subsidiariedad (y del de proporcionalidad (art. 5 TUE)).

Pero aparte de esta problemática, me interesa en este momento realizar también alguna reflexión sobre la juridificación de los derechos de protección social

---

[66] Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "Trabajar juntos, trabajar mejor – Un nuevo marco para la coordinación abierta de las políticas de protección social y de inclusión en la Unión Europea", COM (2005) 706 final, de 22 de mayo de 2005..

[67] Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "Trabajar juntos, trabajar mejor – Un nuevo marco para la coordinación abierta de las políticas de protección social y de inclusión en la Unión Europea", COM (2005) 706 final, de 22 de mayo de 2005..

[68] Comunicación de la Comisión "Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador", COM (2010) 2020, de 3 de marzo de 2010.

en el marco de los Tratados fundacionales de la UE, ya mencionados, y en particular de la Carta de Derechos Fundamentales[69].Tratados que, como en alguna ocasión se ha señalado, constituyen "un fenómeno de "constitucionalización" más material que formal de la Unión Europea"[70], aunque como veremos a continuación en forma un tanto discutible.

Al respecto, hay que señalar en primer término que dos son los artículos principalmente a considerar desde la óptica que aquí interesa, situados en el Título IV ("Solidaridad"): a) por un lado, el art. 34 establece que la Unión "reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales" que garantizan la protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia – lo que sí constituye su referencia una agradable novedad - o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, pero eso sí "según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y prácticas nacionales", con lo que la intención de no ir más allá de lo existente y de no impulsar, por lo menos a este nivel, un reconocimiento más contundente de estos derechos resulta evidente; b) por otro lado, también, de nuevo en el art. 34, se establece que la Unión reconoce "y respeta" – faltaría más (sic) -, "con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza" – esto empieza a ponerse interesante -, "el derecho a un ayuda social y a una ayuda de vivienda" – esto último nuestra Carta Magna no lo reconoce tal cual - a efectos de garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, si bien nuevamente se hace la misma salvedad – oh, decepción – de que todo ello será "según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales"; c) por último, en este caso en el art. 35, se indica que "toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales", con lo que si bien parece que se reconoce un cierto derecho subjetivo, dicho reconocimiento se ve muy debilitado por la referencia ya consabida a las legislaciones y prácticas nacionales, situación que, sin embargo, se intenta enmendar tibiamente señalando que "al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana".

A reseñar igualmente es la lógica, muy marcada por la situación legal de la persona, en que se mueve la Carta, desde el momento en que, al menos por lo que a las prestaciones de Seguridad Social y las "ventajas sociales" se refiere, el texto comunitario señala en el apartado 2 del art. 34 que se trata de derechos que tienen por destinatario a "todas persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión". Con ello, la Carta toma distancia del concepto derechos de la persona, y

---

[69] Sobre esta cuestión, y en profundidad, puede consultarse: Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L.: *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012.

Dejo por tanto para otro momento una consideración detenida, en el marco del principio de subsidiariedad, de los aspectos vinculados con la protección social que se contemplan en el Título X ("Política Social") y Título XIV ("Salud pública") del TFUE.

[70] Monereo Pérez, J.L.: *La protección de los derechos...*, op. cit., p. 166.

muestra su preferencia por considerar beneficiario de derechos a los ciudadanos en situación legal.

Sobre el particular se ha señalado, que la Carta no genera verdaderos derechos subjetivos directamente alegables por los ciudadanos de la Unión, y que el ámbito de aplicación de la misma está fuertemente condicionado por el ámbito de competencias que asume la Unión, de forma que los Estados sólo estarán obligados por la Carta en aquellos casos en que desarrollen o apliquen normas o instrumentos de la UE en ejercicio de las competencias de ésta[71]. Sin embargo, es ésta una cuestión que, con ser importante, no es pacífica. Así, frente a esta visión de la Carta se alza la opinión de quienes consideran que, teniendo en cuenta lo dispuesto en sus arts. 51 y 52, no puede concluirse que los derechos sociales albergados en la misma queden disminuidos y que su constitucionalización carezca de trascendencia, propugnado una lectura que diferencie los principios que alberga de los derechos que reconoce, de forma que en tanto los derechos podrían fundamentar por sí mismos reclamaciones judiciales, los principios no lo van a poder hacer[72]. Esta forma de afrontar la interpretación de la Carta recuerda, como no podía ser de otra manera, a la diferenciación que nuestra Constitución realiza entre derechos y principios rectores de la política social y económica, tan importante como sabemos en materia de protección social. La cuestión es que, en el caso del documento comunitario,si nos atenemos a su tenor literal, la diferenciación técnica de los principios y los derechos puede resultar en ocasiones de una complejidad importante, pudiendo reproducirse la polémica *ex Constitutione*sobre la frustración que puede generar el que determinadas cuestiones de las que hoy día podía esperarse un reconocimiento como derecho finalmente sean tratadas como principios.

Por otra parte, pese a que en la Carta haya algunos reconocimientos novedosos, como el que he señalado en relación con la dependencia, no debe olvidarse que la versión 2007 de la misma, que es la vigente, en relación con la de 2000, registra una diferencia apreciable por lo que respecta al art. 52, pues si entonces dicho precepto se titulaba "Alcance de los derechos garantizados", actualmente se titula "Alcance e interpretación de los derechos y principios". La novedad no es sólo formal, sino también de fondo, pues si se pone en conexión este precepto con el art. 6 de la misma, no sólo debemos dar noticia de la consideración

---

[71] Véase Monereo Pérez, J.L.: *La protección de los derechos*...op. cit., p. 243, quien realiza una crítica en profundidad de las limitaciones de la Carta desde la perspectiva del reconocimiento efectivo de derechos de protección social, recordando a tal efecto cómo el art.51.1.de la misma establece que "las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respecto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión".

[72] Pérez de los Cobos Orihuel, F.: "La Carta de derechos fundamentales en la Unión Europea", en García Murcia, J. (coord.): *La dimensión social de la Unión Europea a partir del Tratado de Lisboa*, Gobierno del Principado de Asturias, Oviedo, 2011, pp. 24 -25.

Téngase en cuenta que el art. 52.5 establece que "Las disposiciones de la siguiente carta que contenga principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión en el ejercicio de su competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de legalidad de dichos actos".

diferenciada, con los inconvenientes prácticos apreciados, de principios y derechos –la versión de 2000 no contemplaba los principios como categoría–, sino que ciertamente se puede afirmar que el texto hoy día vigente "incorpora nuevas previsiones llamadas a ceñir la lectura de la Carta y a impedir su aplicación extensiva"[73]. En ese sentido me parece importante subrayar que, frente a la expectativa que hubiera podido generar la promulgación de la Carta como avance y profundización en el reconocimiento de derechos en materia de protección social, lo cierto es que ésta se mantiene en un plano muy contenido, contemplando sólo la apertura a la Constitución, normas y jurisprudencia nacionales: "En la medida en la que la presente carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones" (art. 54.4).

Similar intencionalidad alberga el art. 52.3 de la Carta, cuando equipara el sentido y alcance de los derechos contenidos en ella en el caso de que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; el contrapunto si acaso en esta ocasión es que el propio documento comunitario advierte que ello "no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa" a tales derechos. En ese sentido, lo más interesante, desde la perspectiva de lo que puede ser una legítima pretensión al incremento del acervo de derechos reconocidos en materia de protección social, es lo dispuesto por el apartado 7 del art. 52 cuando se dispone que "las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la presente Carta serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros".

Un apunte por último en relación con las políticas sobre pensiones y cohesión social. Comienzo por la consideración del Libro Blanco "*Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*"[74], de 2012, cuyo título ya de por sí es significativo, utilizando palabras que ciertamente, en principio, suenan bien: "pensiones adecuadas", "seguras" y "sostenibles". Sin embargo, lógicamente hay que avanzar en la lectura del documento para comprender cómo se puede construir mirando al futuro un sistema de pensiones seguros y sostenible a medio y largo plazo, y que además otorgue una pensiones que puedan estimarse como "adecuadas" –aparece por tanto, cómo no, el eterno problema de la suficiencia prestacional–.

Pues bien, en la propia introducción del Libro (p. 3) se nos dice que en el mismo se fija una agenda que pretende, como se ha señalado, lograr que las pensiones sean adecuadas y sostenibles, "creando para ello las condiciones que permitan la elevada participación de la mujeres y hombres en el mercado de trabajo a lo largo de sus vidas y mejorando las oportunidades para constituir unos planes de ahorro complementarios seguros de jubilación". Esta primera apreciación resulta a mi juicio muy significativa de la intencionalidad de la Unión en esta materia, pues desde el primer momento subraya con trazos gruesos dos ideas importantes: 1) El futuro

[73] Pérez de los Cobos Orihuel, F.: "La Carta de derechos…", op. cit., p. 26.
[74] COM (2012) 55 final, de 16 de febrero de 2012.

de las pensiones pasa de manera muy significativa por la contribución de los interesados (mujeres[75] y hombres) al sistema lo que sólo es posible mediante una política de empleo que asegure una alta empleabilidad de los activos –aunque no sólo, pues como reflejaremos un poco más adelante también existe toda una política comunitaria de cohesión social que constituye uno de los pilares de la estrategia europea de empleo "Europa 2020"–. 2) La protección social complementaria debe estar más presente en los diseños futuros sobre pensiones –esto lógicamente desde la perspectiva de nuestro país ,donde el papel desempeñado hasta ahora por el aseguramiento privado ha sido discreto, resulta ciertamente llamativo–.

A tales efectos, el Libro considera que los sistemas de pensiones tienen como principales retos: a) la garantía de la sostenibilidad financiera de los sistemas de pensiones, insistiéndose muy especialmente en la de necesidad de realizar "nuevos ajustes del gasto y mayores esfuerzos para impulsar la tasa de empleo y la productividad"; b) la adecuación de las prestaciones por jubilación, de tal forma que previéndose que las tasas de reemplazo[76]en un futuro serán más bajas, se sugiere que el incremento de la edad de jubilación podría aumentar el nivel futuro de las tasas de reemplazo, al igual que la promoción de los planes de ahorro complementarios; c) el aumento de la participación en el mercado de trabajo de las mujeres y trabajadores de más edad, ante el aumento de la tasa de dependencia económica[77]y el hecho de que aproximadamente un tercio de la vida adulta transcurre en la jubilación, aconsejan aumentar la edad de jubilación si bien hombres y mujeres de más edad deberían para ello contar con mejores oportunidades para permanecer en el mercado de trabajo; d) el papel de los Estados miembros y la UE en materia de pensiones, pues reconociéndose que hasta el momento la UE ha venido abordando cuestiones muy específicas en este ámbito (eliminación de obstáculos a la libres circulación, fomento de la igualdad de género…), hoy día resulta necesario un planteamiento más global en el que las instituciones comunitarias respalden en mayor medida los esfuerzos de los Estados en las reformas de sus sistemas de pensiones[78].

---

[75] En relación con este aspecto, en el Libro Blanco en un momento determinado se afirma que "para abordar la adecuación y la sostenibilidad de las pensiones es necesaria una combinación de políticas sobre pensiones y empleo destinadas a combatir las diferencias de ingresos por jubilación por motivos de género" (p. 13).La cuestión es que tanto en el ámbito comunitario, como también nacional – sin ir más lejos nuestro propio país- se sigue echando en falta un tratamiento más riguroso y concienzudo de la dimensión de género en el ámbito de la protección social, de forma que positivamente se salven los desfases que se aprecian entre la población de ambos sexos, por ejemplo, en el acceso a las prestaciones públicas.

[76] Es un concepto que hace referencia a la cuantía de la pensión que se percibe en comparación con la retribución anteriormente percibida. El Libro Blanco da cuenta a día de hoy de una tasa de reemplazo entre personas mayores de 65 años del 94%, si bien en torno al 22% de las mujeres de más de 65 años se sitúa por debajo del umbral de riesgo de la pobreza.

[77] Definida como "el porcentaje de personas desempleadas y pensionistas con respecto a las personas que trabajan". Conforme a los datos manejados por la UE si Europa alcanza el objetivo de empleo Europa 2020, fijado en el 75% de empleados en el grupo de edad entre los veinte y los sesenta y cuatro años, y en el período de 2020-2050 se logran nuevos progresos, en 2050 la tasa de dependencia económica sólo llegaría al 79%, frente al 65 % actual.

[78] Recuérdese que el art. 153 TFUE establece que la UE apoyará y complementará la acción de los Estados miembros en el ámbito de la protección social, y que en la definición y ejecución de sus políticas debe tener en cuenta la garantía de una protección social adecuada (art. 9 TFUE).

Igualmente, en el Libro Blanco se señala la importancia de atender las recomendaciones realizadas por la Comisión en 2011 en relación con la reforma de los sistemas de pensiones[79], y en concreto: a) vincular la edad de jubilación a los aumentos de la esperanza de vida; b) restringir el acceso a los planes de jubilación anticipada y a otras vías de salida temprana del mercado laboral; c) favorecer la prolongación de la vida laboral facilitando el acceso al aprendizaje a lo largo de la vida, adaptando los lugares de trabajo a una mano de obra más diversificada, desarrollando oportunidades de empleo para los trabajadores de más edad y fomentando el envejecimiento activo y saludable; d) igualar la edad de jubilación de hombres y mujeres; e) fomentar la constitución de planes de ahorro privados complementarios para mejorar los ingresos de la jubilación –sobre este tema volveré más adelante–.

En cuanto a la cohesión social, interesa en estos momentos resaltar cómo la nueva estrategia comunitaria de empleo "Europa 2020" sitúa como una de sus tres prioridades el "crecimiento integrador", en cuanto "fomento de una economía con un alto nivel de empleo que redunde en la cohesión económica, social y territorial". Para intentar promover el mencionado crecimiento la UE ha establecido como una de las diez orientaciones en materia de política de empleo para los próximos años la de la promoción de la inclusión social y la lucha contra la pobreza[80]. En un ejercicio de realismo, y continuando con lo que ha sido la doctrina comunitaria en los últimos años, se plantea la necesidad de desarrollar políticas – la cuestión hoy día es cómo – que permitan ampliar las oportunidades de empleo para prevenir y reducir la pobreza y fomentar la plena participación en la sociedad y en la economía. A tal efecto, el documento comunitario señala que "deberán concentrarse los esfuerzos en garantizar la igualdad de oportunidades, entre otras cosas mediante el acceso de todas las personas a servicios asequibles, viables y de gran calidad, especialmente en el ámbito social". Una pretensión que, sin embargo, dada la profundidad de la crisis que aqueja a Europa, y particularmente a España, parece de difícil ejecución, visto sobre todo el sentido de las reformas acometidas, particularmente en el último año, por ejemplo en nuestro país[81]. Por ello, me resulta particularmente lejano el cumplimiento adecuado en nuestro país del planteamiento comunitario que expone la necesidad de "modernizar y desplegar plenamente los sistemas de seguridad social, con inclusión de las pensiones y el acceso a la atención sanitaria – ofreciendo así cohesión social – a la

---

[79] Estudios Prospectivos Anuales sobre el Crecimiento de 2011 (COM (2011) 11 final, de 12 de enero de 2011) y 2012 (COM (2011) 815 final, de 23 de noviembre de 2011.

[80] Véase la Decisión del Consejo de 21 de octubre de 2012, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (DOCE, L 308/46, 24-11-2010), Orientación núm. 10. Igualmente, téngase en cuenta la Recomendación del Consejo, de 13 de julio de 2010, sobre directrices generales para las políticas económicas de los Estado miembros y de la Unión (DOCE, L 191/28, 23-7-2010). También, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "La Plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social: Un marco europeo para la cohesión social y territorial" (COM (2010) 758 final, de 16 de diciembre de 2010).

[81] Sobre las implicaciones del Libro Blanco, y las medidas adoptadas por España en los últimos tiempos, susceptibles de caminar por la senda marcada por el documento comunitario, puede resultar de interés la consulta de Panizo Robles, J.A.: "La reforma de las pensiones en el ámbito de la Unión Europea", Foro de Seguridad Social, núm. 25, Septiembre – 2012, pp. 1 y ss.

vez que siguen siendo viables desde el punto de vista financiero [aparece de nuevo la sostenibilidad] y propician la participación en la sociedad y en el mercado laboral".

4. LA PROFUNDIZACIÓN EN LOS ELEMENTOS QUE IDENTIFICAN NUESTRO MODELO DE PROTECCIÓN SOCIAL COMO SOLUCIÓN DE FUTURO

4.1. La depuración de los principios informadores del sistema español de Seguridad Social

Encaro la tercera parte de mi exposición ciertamente con un afán de realizar algunas propuestas, en un momento en que la inquietud ciudadana y los planteamientos ideológicos de todo tipo, además de sucesivas reformas, puede llevarnos a "perder el norte" como juristas. Y en ese sentido, y como comenté al principio, creo que el futuro de nuestro modelo de protección social, teniendo en cuenta por supuesto el dato económico, su viabilidad financiera, en fin como se dice en los documentos oficiales, su sostenibilidad, no se puede construir sin atender también al dato jurídico, y a una serie de valores y principios reconocidos en nuestra Constitución, y que en ocasiones podemos olvidar: véase el caso de las restricciones promovidas por Gobierno central a la asistencia sanitaria de los inmigrantes en situación irregular –¿qué fue de la universalidad?–, el establecimiento del conocido como "copago sanitario" en forma indiscriminada, o desde otra perspectiva, la situación planteada recientemente por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, en la que el Alto Tribunal concluye que la legislación española que regula la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, en su mayoría mujeres, resulta discriminatoria al exigir "un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada"[82].

Lógicamente, esta construcción futura puede realizarse con o sin reforma constitucional, depende de lo que se pretenda. Los agentes activos del Pacto de Toledo en sus distintas versiones hasta el momento parece claro que no han sentido la necesidad de la mentada reforma constitucional. Sin embargo, como comprobará el lector, en mi caso sí considero que la reforma constitucional en materia de protección social podría ser útil a efectos de robustecer nuestro sistema de protección social, aunque no sea necesariamente imprescindible. Comienzo en el sentido expuesto por abordar un aspecto que considero fundamental para el futuro, y que va en la línea de la profundización propuesta: la depuración de los principios que informa nuestro sistema de Seguridad Social.

---

[82] Sentencia del TJUE, de 22 de noviembre de 2012 (Asunto C-385/11), Isabel Elba Moreno versus INSS/TGSS. La reacción del Gobierno español ha sido convocar a los agentes sociales para estudiar la sentencia y las posibles reformas legales que requerirá su acatamiento, subrayando la "indudables trascendencia" de la misma para la Seguridad Social, pero al mismo tiempo apuntando que las modificaciones legales que se adopten "deben ser compatibles con el sostén financiero del sistema y no comprometer su viabilidad".

4.1.1. La publificación institucional[83]

Resulta generalmente admitida la consideración de la Seguridad Social como pilar básico del Estado del Bienestar, hasta el punto de configurarse con mucha frecuencia como "una función esencial del Estado social y democrático de Derecho"[84]. Esta circunstancia es precisamente la que explicaría que en el art. 41 CE el constituyente apele a los poderes públicos a la hora de mantener "un régimen público de Seguridad Social", tesis a la que por cierto el TC se ha apuntado en estos años[85]. Sin embargo, lo cierto es que, como en algún caso se ha sostenido, entiendo que la Seguridad Social más que una función del Estado –funciones del Estado, como en su momento señaló el profesor Vida Soria, son claramente sólo la legislativa, la ejecutiva y la judicial–, constituye una misión[86], una suerte de "cometido-mandato al legislador para cumplir unos fines determinados impuestos constitucionalmente al Estado Social"[87], del que por cierto encontramos trazas muy concretas en nuestra Carta Magna en preceptos como el art. 39.1 CE – protección social de la familia -, el art. 49 –atención a la discapacidad–, o el art. 50 CE –protección social de la tercera edad y promoción de un sistema de servicios sociales–.

Claro que, si tenemos en cuenta hechos como el creciente peso de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en la gestión de cada vez un mayor número de prestaciones de la Seguridad Social - situación que ha coincidido en el tiempo con el reconocimiento de su capacidad para asumir incluso la protección social de los trabajadores autónomos -, o las dudas que ha planteado entre algunos especialistas la separación de las fuentes de financiación de la Seguridad Social, impulsada por el Pacto de Toledo en 1995, es comprensible la inquietud que en ciertos ámbito sociales existe, sobre todo si se rememoran las políticas de privatización del sector público impulsadas por el Estado en los últimos años –con frecuencia a instancias de la propia UE–, y el evidente retroceso de la presencia del Estado en ámbitos donde la misma venía de muy atrás. A tales efectos, resulta absolutamente provocadora la idea de que "si se derribara, o disolviera, cosa más verosímil, todo el Sistema institucional actual de Seguridad Social, o se sustituyera por "otra cosa", a la que se diera en llamar Seguridad Social…no pasaría nada, constitucionalmente hablando"[88].

---

[83] La expresión es de Alarcón Caracuel, M.R.: *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, Madrid, 1999, p. 61.

[84] Alarcón Caracuel, M.R.: *La Seguridad Social*..., op. cit., p. 61.

[85] Véase, por ejemplo, la STC 37/1994, o la 77/1995; también la SSTC 184 y 231/1993, ente otras. Un análisis de esta doctrina, en profundidad, puede consultarse en Sánchez-Urán Azaña, Y.: *Seguridad Social y Constitución*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 58 y ss, concluyendo "que la Seguridad Social sea función estatal es algo indiscutido" (p. 65).

[86] Vida Soria, J.: "La garantía pública…", op. cit., p. 910.

[87] Rodríguez-Piñero, M.: "Sobre la configuración constitucional de la Seguridad Social", en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., y Moreno Vida, M.N. (Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, Granada, 2008, p. 104.

[88] Vida Soria, J.: "La garantía pública…", op. cit., p. 913.

La verdad es que la propuesta asusta, pues si bien parece poco probable plantearse una desaparición de la Seguridad Social, que entiendo que tal cual supondría un incumplimiento del mencionado "cometido-mandato" del art. 41 CE (cuestión distinta es qué consecuencia puede tener desde un punto de vista jurídico dicho incumplimiento; curiosamente, es posible que nuestros compromisos ante la UE fueran el mayor acicate para no incurrir en semejante dejación), no resultaría tan extraño que, como se suele decir castizamente, nos dieran "gato por liebre", y que con el tiempo, por ejemplo, se articulara un sistema o régimen de protección que aunque nominalmente público se configura básicamente como una empresa o misión del sector privado, o muy retraído desde la perspectiva del universo social al que atiende (porque aunque hablemos a continuación de la universalidad, entiendo que la publicidad que se predica de la Seguridad Social, si bien implica la titularidad pública de la misma,también supone una vocación de prestación del servicio de carácter universal)[89], cuando no de adscripción voluntaria (estimo que es misión del Estado hacer efectivo el principio de solidaridad innato a todo sistema público de Seguridad Social internacionalmente reconocible, por lo que en la lógica de la protección del trabajador por cuenta ajena la aportación vía cotización, o vía impuesto –en el caso de la protección asistencial–, considero que no es discutible –en definitiva no cabe preguntar al ciudadano si desea que se destine parte de su aportación al Estado (cotización / IRPF) a la financiación de la Seguridad Social–[90]).Sobre esta cuestión volveré luego al analizar la protección social privada[91]–.

Aunque la mayoría de la doctrina científica española opina que la existencia de una Seguridad Social privada es un planteamiento que choca con la idea del art. 41 CE[92], y que el carácter público constituye un marchamo que marca sobre todo la administración y gestión del sistema de pensiones, y que induce asimismo la participación de los interesados en la mencionada gestión y administración[93],

---

[89] De esta opinión es también López López, J.: *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, Marcial Pons, Barcelona, 1993, pp. 183 y 185; Fernández Orrico, F.J.: "La Seguridad Social en el XXV Aniversario de la Constitución", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 49, 2004, p. 140.

[90] Al respecto Barcelón Cobedo, S.: "El derecho a la Seguridad Social como derecho social. El reconocimiento constitucional como compromiso político y realidad jurídica", Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 139, 2008, p. 533, ha señalado que el carácter público de la Seguridad Social "implica que el derecho a la Seguridad Social sea un derecho imperativo que excluye cualquier tipo de fórmula contractual".

[91] Aparicio Tovar, J.: "La Seguridad Social en la Constitución", en Sempere Navarro, A.V. (Dir.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003, p. 795, al analizar la publicidad como elemento identificador de la Seguridad Social refiere que "solamente el Estado puede imponer a todos los individuos la pertenencia a ese esquema solidario, para lo que cuenta con poderes para ello, lo que, además, como ya se ha indicado, es una de sus funciones. No hay Seguridad Social privada". A tales efectos, la STC 134/1987 incluyó en su día la solidaridad entre los rasgos que deben identificar a nuestra Seguridad Social, "una de cuyas exigencias esenciales es, precisamente, el sacrificio de los intereses de los más favorecidos frente a los más desamparados, con independencia, incluso, de las consecuencias puramente económicas de esos sacrificios" (F.J. 5º).

[92] Véase Galiana Moreno, J., Montoya Melgar, A., Palomeque López, C., y Valdés Dal-Ré, F., en "Encuesta sobre la Seguridad Social española", Papeles de Economía Española, núm. 12/13, 1982, pp. 430, 432, 433, y 440.

[93] Véase Fernández Orrico, F.J.: "La Seguridad Social…", op. cit., p. 141.

lo cierto es que el TC hace años que viene sosteniendo que "la flexible fórmula empleada por la Constitución impide hablar de un modelo único de Seguridad Social". Esta circunstancia, como todos sabemos, tiene su origen en la configuración constitucional de la Seguridad Social no como un derecho, sino como una garantía institucional[94], lo cual lejos de poder considerarse una suerte de cheque en blanco, aunque ciertamente el margen de acción legislativa sea importante, "impone el obligado respeto a los rasgos que la hacen recognoscible en el estado actual de la conciencia social" –en palabras de nuestro TC [95]–.

Lógicamente, una forma de superar el riesgo de desnaturalización del carácter público de la Seguridad Social sería impulsar una reforma constitucional que reconociera la misma como derecho individual y no como garantía institucional[96] –sobre ello volveremos posteriormente–, lo que obligaría al Estado a una acción pública concreta para dar satisfacción al mismo[97]. En su defecto, lo que nos queda es insistir y profundizar en aquellos argumentos que subrayan la naturaleza pública de la Seguridad Social, comenzando por recordar que el desarrollo del art. 41 CE está condicionado no sólo por la cláusula del Estado Social consagrada en la CE, y los fines que se deducen de la misma, sino por todo un conjunto de principios, directrices y mandatos, contenidos por ejemplo en el Capítulo III CE, que hacen referencia a la familia, el empleo, las pensiones y servicios sociales a la tercera edad, las prestaciones y servicios de salud, o el propio reconocimiento del derecho de partición de los interesados en la gestión de la Seguridad Social (art. 129.1 CE)[98].

No obstante, hay dos aspectos sobre los que sí quiero realizar alguna precisión antes de pasar a considerar otros principios informadores de nuestro sistema de Seguridad Social. El primero tiene que ver con la reflexión realizada en su

---

[94] Vida Soria, J.: "Modelos de Seguridad Social en el ámbito constitucional", en AAVV.: *La reforma de la Seguridad Social*, F. Evert, Madrid, 1982, p. 114, nos recuerda que "no se quiso apoyar deliberadamente un precepto constitucional que supusiera una profundización de ese derecho, una decidida publificación del sistema", optándose sin embargo por una fórmula "perfectamente híbrida y ambigua, que permite una amplísima gama de interpretaciones, incluso las más encontradas".

[95] STC 37/1994.

[96] Como con insistencia ha recordado la doctrina española, las normas internacionales que obligan a nuestro país describen la Seguridad Social "como un derecho de cierta relevancia, bien como un derecho humano, bien como un derecho fundamental, bien como un derecho de relevancia constitucional" (Ojeda Avilés, A.: "La garantía de un régimen público de Seguridad Social", en Casas Baamonde, M.E., Durán López, F. y Cruz Villalón, J. (Coords.): *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006, p. 931). En tal sentido Rodríguez-Piñero, M.: "Sobre la configuración constitucional…", op. cit., p.110, ha apreciado que en el caso del art. 41 CE "se trata de un derecho social, que como "Leitungsrecht" requiere para su efectividad una intermediación y concreción legislativa".

[97] De inconstitucional se ha calificado una posible inacción legislativa ante el mandato de desarrollo de la Seguridad Social pública. En tal sentido, se han manifestado entre otros Gete Castrillo, P.: *El nuevo Derecho común de las pensiones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 1997; Fernández Orrico, F.J.: "La Seguridad Social…", op. cit., p. 139.

[98] En tal sentido, y entre otros, Rodríguez-Piñero, M.: "La configuración constitucional de la Seguridad Social", Relaciones Laborales, núm. 6, 2008, p. 70. Un análisis en detalle de los condicionantes al régimen público de la Seguridad Social que se pueden deducir del art. 41 CE puede consultarse en Rodríguez-Piñero, M. y González Ortega, S.: "La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante de su reforma", en AA.VV.: *II Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1985.

momento por el TC, al hilo del análisis del mencionado art. 41 CE, y que subrayaba la idea de que con el mismo se había producido la incorporación a la Carta Magna de "un principio constitucional, superador de concepciones anteriores de la Seguridad Social en que primaba el principio contributivo y la cobertura del riesgo-contingencia"[99]. Al respecto se ha señalado, con razón, que la "lectura *hacia atrás* del precepto, tanto desde una perspectiva política como jurídica, le dio inicialmente un cierto sentido continuista, y no permitió destacar su notable carácter novedoso dentro del sistema constitucional"[100]. En ese contexto se deben situar afirmaciones como la del profesor Vida Soria de que "la década de los sesenta y la mitad de los setenta fueron los años de la plenitud de la Seguridad Social"[101]. Coincido, sin embargo, con aquellos que señalan que desde luego en el haber del art. 41 CE, y del sistema de la Seguridad Social desarrollado posteriormente al mismo, se encuentra la superación de forma sustancial de todo lo que suponía el concepto de previsión social y los seguros sociales, la afirmación de un mayor intervencionismo público, y el establecimiento de mecanismos de cobertura no estrictamente aseguradores, ni basados en riesgos directamente vinculados al trabajo, con aportaciones no sólo vía cotización, sino también mediante fondos públicos, y todo ello desde la solidaridad redistributiva[102].

Sin embargo, en fechas no muy lejanas, se ha expresado el temor de que precisamente la profundización en la idea de la separación financiera de las fuentes de financiación, planteada e impulsada por el Pacto de Toledo (1995)[103], pueda desnaturalizar el carácter público de nuestro sistema de Seguridad Social, al considerarse que ello "contradice los principios de solidaridad financiera y caja única", y alimente "la falsa idea de que el principio de solidaridad solamente juega para el brazo no contributivo –financiado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado– mientras que el brazo contributivo se basaría en que cada cual se asegura el derecho a obtener prestaciones mediante el previo pago de sus cotizaciones, volviendo a cobrar fuerza aquel equívoco del sinalagma contractual cuotas-prestaciones"[104]. Para afrontar esta situación, que podría por ejemplo derivar en la realización a medio plazo de propuestas que plantearan entregar, por ejemplo, la gestión de las finanzas del nivel contributivo a entidades privadas – algo que por ejemplo ocurre en países latinoamericanos -, resulta oportuno profundizar en el principio de solidaridad predicado reiteradamente por nuestro TC como uno de los elementos que identifican a nuestro sistema de Seguridad Social, así como en la norma del art. 87 LGSS que subraya que el sistema financiero de cualquiera de los Regímenes de la Seguridad Social es el de reparto –y no el de capitalización–, por

---

[99] STC 209/1987.

[100] Rodríguez-Piñero, M.: "Sobre la configuración constitucional…", op. cit., p.102.

[101] Vida Soria, J.: "¿Qué fue eso de la Seguridad Social?", Relaciones Laborales, núm. 2, 2002, p. 380.

[102] Caso, entre otros, de Rodríguez-Piñero, M.: "Sobre la configuración constitucional…", op. cit., p.100.

[103] Reiterada en las Recomendaciones 2010 del Pacto de Toledo, donde a hilo de la "separación y clarificación de las fuentes de financiación" se señala que "una vez efectuada la clarificación no ha sido culminada la separación de fuentes de financiación, pues queda por concluir la completa asunción con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, de la financiación de los complementos de mínimos".

[104] Alarcón Caracuel, M.R.: *La Seguridad Social*..., op. cit., pp. 70-71.

lo que las cotizaciones de todos los contribuyentes se ingresan en la caja única, utilizándose posteriormente para cubrir cada año las necesidades prestacionales del sistema. Además, debería profundizarse en la consideración de las cotizaciones sociales como contribuciones de naturaleza tributaria[105],por lo que no tienen un comportamiento, ni pueden ser tratadas, como las primas que pagan los asegurados con ocasión de un contrato de seguro privado, circunstancia subrayada por la doctrina del TC que a lo largo de estos años ha expuesto que en el sistema público de Seguridad Social no existe una correlación contractual entre la cotización y la prestación que se recibe[106], pues precisamente el sistema de reparto permite practicar políticas de reparto de rentas.

El segundo aspecto al que quería referirme tiene que ver con el protagonismo creciente de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en la gestión del sistema de Seguridad Social. Personalmente no comparto la perplejidad que causa en algunos casos la pervivencia de lo que se ha dado en llamar "este injerto de gestión privada"[107] –aunque el ejercicio por éstas de funciones públicas y su encuadramiento en el sector público estatal está generalmente admitido– en el sistema de Seguridad Social. Sin embargo, sí es para plantearse donde está el límite a esa colaboración en la gestión que desde hace años se ha confiado a dichas entidades, por el riesgo que se puede correr de que, con el tiempo, lo que era un sistema público termine siéndolo sólo nominalmente.

En su día, el TC señaló en la STC 129/1994 que "el 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 gestión de aquél, ya que la reforma experimentada por el artículo 129.1 LGSS no altera el papel predominante y el compromiso de los poderes públicos en su labor articuladora de la tutela frente a la contingencia". Por tanto, y si nos atenemos a lo indicado por el TC, mientras el peso de la gestión privada no sea significativo, y se mantenga la titularidad pública de la competencia, no tendría que haber problemas de constitucionalidad; otra cosa es cómo valorar posibles reformas futuras que impliquen una mayor participación del ámbito privado en la gestión de la Seguridad Social. Precisamente por ello, entiendo que resulta mucho más interesante que, con independencia de ámbito competencial que ejerzan las Mutuas –delegación en todo caso de la titularidad pública que detenta el Estado–, se extreme, como así se ha hecho en los últimos años –sobre todo a raíz de ciertos casos

---

[105] Un estudio en profundidad puede consultarse en Fernández Pavés, M.J.: *Las cotizaciones a la Seguridad Social: análisis jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 1996. También, López Fuentes, R.: *La obligación económica de cotizar*, Universidad de Sevilla, 2003.

[106] Entre otras, STC 65/1987, 134/1987, ó 39/1992.

[107] Alarcón Caracuel, M.R.: *La Seguridad Social…*, op. cit., p. 64. Como en su momento señaló Sempere Navarro, A.V.: *Régimen jurídico de las Mutuas Patronales*, Edit. Civitas, Madrid, 1986, pp. 119 – 123, esta colaboración no colisiona con el planteamiento constitucional en materia de Seguridad Social, toda vez que la caracterización como público de dicho sistema no necesariamente supone que al 100% el mismo deba ser gestionado por entidades públicas. Asimismo, Barcelón Cobedo, S.: "El derecho a la Seguridad Social…", op. cit., p. 526, ha señalado que el diseño constitucional del sistema de la Seguridad Social se ha realizado "rechazando por igual el Estado mínimo y la plena responsabilidad pública".

conocidos de mala gestión de su patrimonio–, el control público de la gestión y uso del patrimonio de las Mutuas por parte del Estado[108]. Ese control riguroso sí que puede contribuir de manera real y efectiva a garantizar el carácter público de nuestro sistema de Seguridad Social.

4.1.2. La universalidad subjetiva

Como sabemos, la identificación de este principio como factor caracterizador de nuestro sistema de Seguridad Social tiene su origen en el tenor literal del art. 41 CE cuando establece que serán "todos los ciudadanos" los destinatarios del régimen público de Seguridad Social. La cuestión es que, esa universalidad, en España no se consideró prácticamente alcanzada hasta que se promulgó la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, aunque a mi entender esto es más un mito que una realidad puesto que lejos de configurarse como un mínimo vital de subsistencia, el legislador optó por configurarlos como subsidios económicos a conceder, concurriendo determinados requisitos (de residencia y renta), en tres casos: jubilación, invalidez, y por hijo a cargo[109].

La universalidad, en un sentido ortodoxo, supone "que cualquier ciudadano –sin el condicionamiento de haber establecido previamente un relación jurídica específica con la Seguridad Social, sino meramente por el hecho de serlo– tendrá derecho a que la Seguridad Social le atienda cuando se vea afectado por una determinada situación de necesidad"[110]. La cuestión es que el mencionado principio no puede desplegarse en toda su plenitud sino se da la generalización objetiva a que nos referiremos un poco más adelante –pues ambos principios se encuentran entrelazados–, y que básicamente supone que, precisamente por su carácter público –pues en ello se diferencia la Seguridad Social de los seguros sociales–, el sistema debe estar en condiciones de satisfacer cualquier situación de necesidad, con independencia de la situación profesional del potencial beneficiario y de si ha cotizado o no al mismo[111].

En relación con este principio, me interesa destacar dos situaciones de signo contrario que se ha producido en nuestro país, precisamente con ocasión de la presente crisis económica. Una tiene que ver con las restricciones que el Gobierno de España ha inducido en relación con la asistencia sanitaria de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular. El otro, vinculado a la nueva generación de prestaciones asistenciales establecidas por el Estado en los últimos años y que tienen por destinatarios a personas que no disponen de recursos suficientes para vivir por distintas razones.

---

[108] Como sabemos, regulado por el R.D. 706/1997, de 16 de mayo, del régimen de control interno de la Intervención General de la Seguridad Social. Véase, Aceituno Arenas, J.M. y Casado Medrano, C.: "El régimen de control interno de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social", Cuenta con IGAE, núm. 21, 2008, pp. 45 y ss.

[109] Opinión compartida, entre otros, por Alarcón Caracuel, M.R.: *La Seguridad Social…*, op. cit., pp. 75-76.

[110] Alarcón Caracuel, M.R.: *La Seguridad Social…*, op. cit., p. 72.

[111] De nuevo, Alarcón Caracuel, M.R.: *La Seguridad Social…*, op. cit., p. 72.

En cuanto al primer asunto, sabemos que en los últimos años la consideración de derechos, como el derecho a la vida e integridad física, en cuanto derecho humano, y en definitiva como valor que trasciende la ciudadanía de un individuo, había determinado que la persona en situación irregular por una u otra vía obtuviera la correspondiente atención sanitaria[112], con lo que en la práctica se reforzaba la universalidad del sistema atendiendo, por la vía humanitaria, a personas que sin embargo normalmente no van a tener derecho a otras prestaciones asistenciales[113]. Esta circunstancia ha cambiado en fecha no muy lejana con la aprobación del R.D. 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. Dicha norma reordena el acceso a la asistencia sanitaria en nuestro país al configurar jurídicamente la condición de asegurado y beneficiario, momento en el que, por lo que respecta a los inmigrantes en situación irregular la norma estatal sugiere que los mismos sólo puedan beneficiarse de la asistencia sanitaria en los casos de embarazo, parto y postparto, así como cuando se trate de una atención urgente, de tal forma que para acceder a una asistencia, digamos normalizada, se requiere la celebración por el interesado de un convenio especial con la Seguridad Social y el pago de una contribución o cuota[114].

Ciertamente, como en más de una ocasión ha señalado el TC, la apreciación de las situaciones de necesidad a proteger por la Seguridad Social deben ser "determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales"[115]. En principio, y teniendo en cuenta la doctrina del TC, semejante restricción de lo que era el ámbito práctico prestacional, no tiene por qué vulnerar la universalidad subjetiva que identifica a la Seguridad Social, pues ésta tradicionalmente ha atendido a la cobertura del estado de necesidad de los ciudadanos, en cuanto personas en situación legal en nuestro país –no obstante, gran número de CC.AA., entre las que se encuentra Andalucía han rechazado no prestar asistencia sanitaria primaria si no media pago del interesado–.

Sin embargo, si tenemos en cuenta que desde tiempo atrás en nuestro país se ha venido considerando que "las prestaciones sanitarias son […] el ejemplo insigne de generalización personal paulatinamente conseguida de un sistema de Seguridad Social", donde el objetivo es la asistencia integral a la población[116], el intento

---

[112] Véase en profundidad en relación con este tema, entre otros, Lantarón Barquín, D.: "La protección de los extranjeros en el Sistema Nacional de Salud", en González Ortega, S. (Dir.): *La protección social de los extranjeros en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 433 y ss.

[113] Como ha señalado Barcelón Cobedo, S.: "El Derecho a la Seguridad Social…", op. cit., p. 535, "que la inclusión en el ámbito subjetivo de protección de la Seguridad Social, se haga por vías diversas, y en diferente forma y condición, no atenta al principio de universalidad exigido por la CE".

[114] Se exceptúa de la necesidad de pago por recibir asistencia sanitaria a las "víctimas de trata de seres humanos en período de restablecimiento y reflexión" (D. A. 5ª).

[115] STC 77/1995.

[116] Alonso Olea, M.: *Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social*, Civitas, 1994, pp. 44-45.

de restringir en la práctica la cobertura sanitaria no proyecta una buena imagen de nuestro sistema de Seguridad Social – al margen del riesgo para la salud de la población en general que puede suponer la falta de atención sanitaria primaria de un segmento de la misma (inmigrantes en situación irregular); por no hablar de la vinculación existente entre el derecho a la salud y un derecho tan importante como el derecho a la vida -. Además, resulta ciertamente chocante que superada lo que se ha calificado como una "situación de universalidad subjetiva limitada o parcial"[117] en el caso de los inmigrantes –caracterizada por la exigencia de un vínculo jurídico (residencia legal) entre el inmigrante y la comunidad que lo acoge–, en los primeros años del siglo XXI, al reconocerse al inmigrante ilegal un cierto estatuto jurídico integrado por ciertos derechos de protección social, como el derecho a la protección de salud, se intente discretamente dar poco a poco marchar atrás en dicha situación.

La segunda cuestión a la que me quiero referir tiene que ver, como he señalado, con las distintas ayudas asistenciales articuladas por el Estado, también por las CC.AA., a lo largo de estos años como forma de dar respuesta al estado de necesidad que por distintas razones registran los individuos, y que determina que estemos en definitiva ante personas sin recursos suficientes para continuar viviendo. Pues bien, desde la Ley de 1990 importantes han sido los pasos que se han dado en la línea de alcanzar la universalidad real y efectiva. Sin embargo, y pese al evidente incremento de subsidios y ayudas sociales aprobadas por las distintas Administraciones, unas ubicadas claramente en el ámbito de lo que conocemos como nivel asistencial, otras de naturaleza un tanto distinta, como ocurre con las rentas activas de inserción, parece claro que debería ponerse un cierto orden en su configuración jurídica.

No en vano, los estudios más recientes indican que contamos en España con "un catálogo amplio, pero irregular, de prestaciones para colectivos y situaciones distintas, que presentan un contenido también diverso", donde subsidios y ayudas estatales se superponen a los otorgados por las CC.AA. en ejercicio de su competencia en materia de asistencia social[118], de tal forma que "las prestaciones vigentes muestran tal variedad en los requisitos, en la delimitación de los conceptos y en el contenido de la protección, que, en muchas ocasiones, se producen contradicciones, diferencias de trato o lagunas normativas"[119]. Y todo ello, para terminar concluyendo que después del esfuerzo realizado seguimos teniendo en España dificultad para afirmar la plenitud del principio de universalidad subjetiva, a cuya

---

[117] Sánchez-Urán Azaña, Y.: "Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: La dialéctica universalidad/ciudadanía", RMTAS, núm. 63, 2006, pp. 279 - 280.

[118] En Andalucía, por ejemplo, en ese contexto se aprueba el Decreto 2/1999, de 12 de enero, sobre el Programa de Solidaridad de los Andaluces para la Erradicación de la Marginación y Desigualdad en Andalucía.

[119] Véase Blasco Rasero, C.: "La protección social del Estado: ayudas asistenciales a favor de los ciudadanos sin recursos suficientes para vivir", Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 154, 2012, pp. 165 y ss. Para Barcelón Cobedo, S.: "El Derecho de la Seguridad Social. Situación actual y perspectivas de futuro", Temas Laborales, núm. 94, 2008, p.65, sin embargo, en España "la garantía de recursos mínimos se logra a través de diversas vías; básicamente mediante las reducidas prestaciones no contributivas así como con las reconocidas nominalmente en la LGSS como prestaciones de desempleo, y, finalmente, con los salarios sociales establecidos por las Comunidades Autónomas".

extensión ha contribuido sin embargo de manera apreciable las CC.AA., dando cobertura a situaciones de necesidad a las que el Estado no alcanzaba.

Un ejemplo que estimo muy significativo de las limitaciones que registra el Estado en esta materia lo constituye la última prórroga de la ayuda prevista en el marco de plan PREPARA –antes mencionada–, que tiene por beneficiarios a los desempleados demandantes de empleo, inscritos como tales, que "agoten la prestación por desempleo del nivel contributivo y no tengan derecho a cualquiera de los subsidios por desempleo establecidos…[en la LGSS], o bien hayan agotado alguno de estos subsidios, incluidas sus prórrogas", y que cumplan ciertos requisitos – por cierto más exigentes con ocasión de ésta prórroga -, entre los que se encuentra, como causa de exclusión, haber "agotado o pudieran tener derecho a la renta activa de inserción estatal". Pues bien, pese a considerarse uno de los últimos recursos del parado de larga duración, en un país con más de cinco millones de personas en situación de desempleo, la ayuda se aprueba con carácter provisional, y sujeta al cumplimiento de unos requisitos que excluyen de la misma a personas que registran evidentes dificultades para llegar a final de mes. Por eso, la opción de futuro en este caso entiendo que puede ser doble: a) proceder a reordenar el panorama de las ayudas asistenciales a favor de ciudadanos sin recursos suficientes, en forma coordinada entre el Estado y las CC.AA., de tal manera que legislativamente la universalidad pueda ser una realidad a medio plazo, garantizando al ciudadano una ayuda asistencial en aquellos casos en que efectivamente no cuente con recursos económicos suficientes, realizándose un uso más racional de las disponibilidades financieras; b) plantear un reconocimiento explícito en la Constitución –por tanto habría que proceder a su reforma– del derecho a acceder a unos ingresos mínimos cuando el ciudadano registre carencia de rentas para tener una calidad de vida digna.

4.1.3. La generalización objetiva

Como sabemos, el art. 41 CE dispone que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social que garantice asistencia y prestaciones ante "situaciones de necesidad". Este es sin duda uno de los elementos que diferencian más claramente a la Seguridad Social del sistema de seguros sociales, pues mientras la primera por principio tiende a proteger situaciones de necesidad con independencia del origen o causa que la motivo, los seguros sociales protegían contingencias concretas (enfermedad, invalidez, paro..). Ahora bien, en el caso de la Seguridad Social sabemos que, aunque la CE no lo precisa, históricamente la misma se ha configurado como un sistema que no protege todo tipo de necesidades sociales de forma indiscriminada, sino un grupo previamente determinado y respecto de unos riesgos (contingencias) que dan lugar a dichas necesidades –cuadro que por cierto se ha ido ampliando con el paso de los años, incluyendo contingencias como el riesgo durante el embarazo, la lactancia, la dependencia…[120]–.

[120] Sobre esta cuestión puede consultarse Monereo Pérez, J.L., y Fernández Avilés, J.A.: "La conformación de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social", Relaciones Laborales, Tomo I, 2010, p. 203 y ss.

La cuestión es que además nuestra Seguridad Social en unas ocasiones otorga prestaciones en casos donde la situación de necesidad es presunta (suele ocurrir con las prestaciones contributivas), en tanto en otras sólo otorga la prestación si demuestra la concurrencia de una real situación necesidad (supuesto clásico: las prestaciones no contributivas). En relación con este planteamiento, nuestro TC –recuérdese por ejemplo la STC 184/1990, en un caso relacionado con la pensión de viudedad– ha dictaminado que si bien el sistema de Seguridad Social debe atender a situaciones de necesidad, no siempre el derecho a la prestación se condiciona a la existencia real de dicha necesidad, y que ello no resulta contrario a la CE.

Claro, un aspecto interesante de esta cuestión es el que tiene que ver con el margen que registra el legislador[121]para, teniendo en cuenta la mera referencia constitucional a la situación de necesidad, establecer o eliminar en su caso la protección frente a una determinada situación de necesidad, visto además que en el art. 2.2 LGSS se reclama la existencia de un margen de maniobra en tal sentido, al afirmar que "el Estado, por medio de la Seguridad Social, garantiza a las personas comprendidas en el campo de aplicación de ésta (…) la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en esta Ley". Coincido con quienes opinan que pese a la invocación de la competencia legislativa realizada en el mencionado art. 2.2 LGSS, "no es una opción del legislador la de tutelar las situaciones de necesidad económica real"[122], en definitiva donde existe una efectiva carencia de recursos, y sin embargo ello ocurre: los medios de comunicación social en estos meses nos han dado frecuentemente noticia de cómo se está disparando el número de personas sin derecho a prestación o subsidio de ningún tipo por no reunir alguno de los requisitos exigidos a tal efecto, pese a encontrarse al borde de la exclusión social, siendo curiosamente las CC.AA., con sus subsidios de garantías de recursos, las que en muchos casos están paliando, que no dando total respuesta, a dicho problema social. En definitiva conocemos situaciones en las que el Estado se desentiende de la cobertura del mínimo vital de personas en situación real de necesidad, en claro incumplimiento del art. 41 CE.

Un cierto margen de maniobra hay que reconocer, sin embargo, en el caso de lo que se han dado en llamar situaciones de necesidad profesional, en definitiva aquellas vinculadas al trabajo. Pues en este caso lo que suele haber es una pérdida momentánea en ocasiones, definitiva en otros, de los ingresos por trabajo, normalmente sin embargo los más importantes. Dado que en principio la situación de necesidad no necesariamente tiene por qué ser de carencia total de recursos, cabría admitir un cierto margen legislativo, a la hora de fijar requisitos para beneficiarse de las prestaciones y en qué grado[123]. La cuestión es que, como en algún caso se ha señalado, puede ser muy discutible el que ciertos requisitos prestacionales sean

---

[121] Téngase en cuenta que a los efectos aquí considerados el art. 38 LGSS ("Acción protectora") tiene un carácter meramente descriptivo.

[122] González Ortega, S.: "Comentario a la ponencia de M.R. Alarcón sobre los principios jurídicos de la Seguridad Social", en López López, J. y Chacartegui Jávega, C. (coords.): *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2005, p. 44.

[123] En este sentido González Ortega, S.: "Comentario a la ponencia…", op. cit., p. 45.

conformes con los principios informadores de la Seguridad Social. Un ejemplo que refleja la complejidad de todo este asunto, vinculado al desempleo, que es curiosamente la única situación invocada expresamente en el art. 41 CE: como sabemos (art. 211.2 LGSS), en el caso de la prestación por desempleo los primeros ciento ochenta días el desempleado tiene derecho al 70% de su base reguladora, sin embargo a partir del día ciento ochenta y uno la prestación se ve reducida al 50% de la mencionada base, empleando una lógica absolutamente inversa a la realidad de la situación de necesidad, pues se supone que el desempleado devendrá, por falta de ingresos, cada vez más pobre, y no cada vez más rico –vale que se hace para estimular su deseo de encontrar un empleo, pero ello va a contracorriente de la lógica del art. 41 CE–.

Pero la generalización objetiva, en su acepción más pura, que obliga a atender las situaciones de necesidad con independencia de la contingencia, también choca hoy día con una de las distinciones más clásicas de nuestro sistema de Seguridad Social: aquella que diferencia entre prestaciones derivadas de contingencias comunes y prestaciones derivadas de contingencias profesionales. Como en alguna ocasión se ha señalado ya en la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963 se hacía referencia a la "consideración conjunta de contingencias" como elemento caracterizador de nuestra entonces futura Seguridad Social. Y sin embargo ello no sólo no se ha cumplido, sino que además desde el primer momento se establecen unos requisitos y se conceden unos beneficios prestacionales diferentes para las contingencias comunes y para las contingencias profesionales, siendo más favorables para éstas. Prácticamente nada se ha avanzado en este terreno en estos años; la verdad es que en el Pacto de Toledo este tema no se aborda. Y claro, esto ha llevado a afirmar que dicha inercia ha hecho que "nuestro sistema aparezca horizontalmente fracturado por la consideración del accidente de trabajo (y la enfermedad profesional) como un objeto de protección especial, separado del resto de la acción protectora"[124]. La cuestión es: ¿resulta razonable que esto siga siendo así?, porque desde luego desde la perspectiva del art. 41 CE no parece que sea un rasgo imprescindible de nuestro sistema. Lo dejo ahí.

4.1.4. La suficiencia prestacional

Principio expresamente invocado en el art.41 CE cuando se establece la necesidad de que el régimen público de Seguridad Social garantice la asistencia y prestaciones sociales "suficientes", y que en el art. 2.2 LGSS se traslada sin embargo como "protección adecuada". Llama la atención la ausencia de cualquier referente constitucional directo que permita dotar de contenido a dicho término constitucional, a diferencia de otros preceptos constitucionales, como el art. 35 CE –donde se reconoce el derecho de todos los españoles a una remuneración "suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia"–. Tal vez por ello, conviene recordar una vez más, con ocasión de este principio, la máxima del TC en la materia, en el sentido de que la garantía institucional del art. 41 CE no asegura un

[124] Alarcón Caracuel, M.R.: *La Seguridad Social…*, op. cit., p. 84.

contenido concreto o un determinado ámbito competencial, sino la preservación de una institución en términos recognoscibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo[125].

No obstante, en la doctrina española se ha asentado la idea de que en la suficiencia prestacional se debe apreciar una doble dimensión[126]: a) una primera, vinculada a los indicados principios de universalidad y generalización objetiva, de manera que la suficiencia se apreciará cuando la protección que otorga la prestación correspondiente se corresponda con la finalidad que le viene asignada, considerándose que la lógica a aplicar a la hora de juzgar la adecuación en el sentido expuesto varía en función de si nos situamos en el nivel contributivo, o en el no contributivo o asistencial; b) una segunda, más concreta, que mide la entidad y la calidad de la protección que se dispensa frente a cada situación de necesidad. El primer parámetro constituye un claro indicador de la calidad del sistema, pues permite identificar en qué forma se protege a los beneficiarios del mismo. El segundo parámetro, por su parte, nos permite identificar cómo en cada caso el sistema de Seguridad Social da cobertura a una concreta necesidad.

De todas formas, el que en el texto constitucional no se dé indicación alguna de cuándo una prestación puede considerarse suficiente, no quita para que atendiendo a dicho precepto y a los fines del sistema de Seguridad Social se pueda deducir algún criterio que marque la pauta de la acción legislativa en este terreno. Y en ese sentido, parece razonable considerar que la suficiencia no se cumple cuando las prestaciones no garantizan efectivamente lo que puede considerarse unos recursos mínimos de subsistencia[127], llevado si se quiere al límite de una supervivencia mínima. El problema es que sabemos que normalmente la estimación de los niveles de supervivencia –operación realizada anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado– suele guardar poca relación con el coste real de la vida, y que el TC ha dado sus bendiciones a los planteamientos que relativizan el contenido de este principio, cuando reiteradamente ha afirmado la Seguridad Social "es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél"[128]. Es en este caso por tanto donde se ve más claramente la pugna entre lo posible y lo deseable, resuelta normalmente por el legislador y los tribunales a favor de la primera, más aún desde que se produjo la separación de fuentes de financiación, a raíz del Pacto de Toledo como sabemos. Los complementos a mínimos de las pensiones contributivas de la Seguridad Social son un claro ejemplo: poco a poco su cuantía mengua, eso sí, discretamente…; la no revalorización en los términos inicialmente previstos en nuestra legislación de las pensiones, anunciada por el actual Gobierno, también incide negativamente sobre la suficiencia.

---

[125] Véase STC 159/2001. Sobre el concepto de garantía institucional, STC 62/2003.
[126] González Ortega, S.: "Comentario a la ponencia…", op. cit., p. 46.
[127] En este sentido, González Ortega, S.: "Comentario a la ponencia…", op. cit., p. 46.
[128] STC 65/1987 y 37/1994, entre otras.

En relación con todo este asunto, me preocupa particularmente cómo la promoción de los "planes de ahorro privados complementarios", por utilizar la terminología UE, puede afectar al compromiso del Estado, y en la medida que les corresponde a las CC.AA., con la suficiencia prestacional[129]. Un informe de EUROSTAT ,de noviembre de 2012, vuelve reflejar que España se sitúa en gasto social por habitante al mismo nivel que Grecia y trece puntos por debajo de la media de la UE[130]. En ese sentido, la insistencia por parte del Pacto de Toledo en la contributividad y proporcionalidad como señas de identidad de la Seguridad Social presente y futura, junto con las constantes presiones, sobre todo por parte del empresariado español, para rebajar la presión contributiva de las empresas, puede dar lugar a que el legislador rebaje los niveles de suficiencia del sistema de Seguridad Social, induciendo la sustitución de la cobertura pública por la privada (fondos de pensiones).

4.2. Algunos otros aspectos que requerirían una detenida reconsideración

Llega el momento de ir concluyendo esta intervención, pero no quiero terminar sin antes hacer referencia, aunque sea de forma breve, a dos temas que me parecen de capital importancia para el futuro desarrollo de nuestro modelo de protección social. El primero tiene que ver con el reparto competencial entre el Estado y las CC.AA., o si se quiere con el "problema competencial", pues a lo largo de estos años la colaboración entre el Estado y las CC.AA. en la construcción de nuestro modelo de protección social, pese a producirse en unos términos generalmente aceptables, se ha visto salpicada de algunos conflictos de competencias, apreciablemente intensos, existiendo sobre el tapete importantes cuestiones por resolver, como por ejemplo la que tiene que ver con la suspensión de la participación de la Administración del Estado en la financiación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, al menos durante 2012[131] –me temo que por más tiempo–. El segundo asunto es el que se refiere la privatización de la

---

[129] Sobre esta cuestión, véase López López, J.:; "El derecho a una Seguridad Social pública que garantice prestaciones sociales suficientes y su realidad en el sistema español", en Salinas Molina, F. y Moliner Tamborero, G (coords).: *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, Consejo General del Poder Judicial, Tomo XXI, Madrid, 2003, pp. 57 y ss.

[130] Los datos indican que España dedicó el 25,7% de su PIB a la protección social en 2010, por debajo por tanto del 29,4% de media de la UE – no obstante, la aportación del PIB se ha incrementado en estos años, pues en 2007, por ejemplo, era del 20,7% -. Sin embargo, somos el país UE que mayor proporción de gasto social empleamos en la financiación de prestaciones de desempleo (14,1 % España, frente a la media del 6%) – también somos el país con mayor tasa de desempleo. Si desglosamos el gasto social español, el informe señala que el 42,4% del gasto social se destina a pensiones (UE media del 45%); el 35,7% a sanidad (UE media del 37,4%), el 6% a familia (UE media del 8%), y el 1,8% a vivienda y exclusión social (UE media del 3,6%).

[131] Establecida en virtud de la D.A. 40ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2012, al decretar la suspensión durante dicho año de la D.T. 1ª de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia, norma esta que establecía que "durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2015, y para favorecer la implantación progresiva del Sistema, la Administración General del Estado establecerá anualmente en sus Presupuestos créditos para la celebración de los convenios con las administraciones de las Comunidades Autónomas de acuerdo con el artículo 10 de esta Ley".

protección social, y concretamente a la promoción en nuestro país de los planes y fondos de pensiones.

4.2.1. Apuntes sobre la competencia futura del Estado y las CC.AA. en materia de protección social

Ciertamente este es un tema que daría para un ponencia completa. Por supuesto no pretendo agotar el tema, pero sí señalar algunos aspectos que me preocupan pensando en el futuro de nuestro modelo de protección social. Y en ese sentido, el primer aspecto a reseñar tiene que ver con la situación de parálisis que el desarrollo estatutario de los Estatutos de Autonomía de segunda generación han registrado a partir del momento en que la crisis se desató con toda su crudeza, todo sea dicho poco después de aprobarse la totalidad de los mismos. Dado los tiempos que corren, parece claro que, posiblemente a medio plazo, este país afronte un replanteamiento de la forma de relacionarse el Estado y las CC.AA. –momento en que a lo mejor es oportuno también abordar una mejora de la forma que nuestra Carta Magna contempla la protección social y los derechos que la identifican–, y en ese sentido no sería nada extraño que hubiera un replanteamiento del reparto competencial que hemos conocido hasta ahora, lo cual si fuera así debería aprovecharse para clarificar los papeles a desempeñar por unos y otros en el futuro desarrollo de la protección social en nuestro país.

En relación con estos Estatutos, cuyo origen está en la reforma de los existentes, se ha venido debatiendo hasta qué punto los mismos incorporan nuevos derechos sociales. Personalmente opino que, como ya se ha señalado por algunos colegas[132], los Estatutos reformados más que reconocer nuevos derechos lo que hacen es poner sobre el papel, bien es verdad que con rango de Ley Orgánica, y por tanto otorgar carta de naturaleza, a competencias que ya se venían ejerciendo por las CC.AA., si bien de vez en cuando se observa la incorporación a tales textos de competencias *ex novo*, siendo esto último sobre todo lo que motivó la impugnación del Estatuto de Cataluña ante el TC (resuelta por la STC 31/2010). Ha de recordarse en ese sentido la doctrina del TC, en su STC 247/2007, en cuanto a que los Estatutos de Autonomía no pueden regular derechos fundamentales contenidos en la CE, de forma que en relación con éstos sólo pueden dictar orientaciones, principios o directrices.

La cuestión es que, si se consultan los distintos Estatutos de autonomía, prácticamente todos incorporan una extensa proclamación de derechos, lo que se ha querido ver como una suerte de "constitucionalización territorial derivada"[133].

---

[132] En este sentido, Rojo Torrecilla, E.: "Una primera, y provisional, aproximación al contenido sociolaboral del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña", en Molina Navarrete, C. (coord..): *La dimensión socio-laboral de los nuevos Estatutos de autonomía. Un estudio particular de los Estatutos andaluz y catalán*, CARL-Mergablum, Sevilla, 2007, p. 44.

[133] La expresión es de Palomeque López, M.C.: "La dimensión competencial: el posible "reparto de competencias" en el Estado autonómico", en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., y Moreno Vida, M.N. (Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, Granada, 2008, p. 146.

En relación con los mismos, sin embargo, habrá que concluir que estamos ante preceptos que no reconocen derechos subjetivos de eficacia directa, sino que su ejercicio exigirá un desarrollo legislativo por parte de la CC.AA.[134], el cual deberá ejecutarse con pleno respeto de los derechos constitucionales. Ello no significa que el reconocimiento de tales derechos no tenga valor alguno, pues lógicamente va a condicionar la acción legislativa posterior de la CC.AA.

Merece asimismo reseñarse el interés de los Estatutos en realizar un reconocimiento detallado del contenido de los derechos sociales, lo cual sin duda expresa una intención de marcar hacia el futuro la regulación legislativa posterior que pueda realizarse en la propia Comunidad, y amarrar en mayor medida aspectos que en la CE quedan un poco más a la libre consideración del legislador. Sin afán de agotar el tema, y tomando como referencia el Estatuto de Autonomía para Andalucía, cabe reseñar el reconocimiento de la garantía del derecho constitucional previsto en el art. 43 a la protección de la salud mediante un sistema sanitario público de carácter universal, detallándose una serie de derechos de los pacientes y usuarios (art.22); el derecho a una renta básica de inserción que garantice una vida digna y a recibirla de los poderes públicos (art. 23.2); y en definitiva todo un conjunto compromisos de tipo prestacional en materia de protección a la familia (art. 17), tutela y prestaciones sociales de menores (art. 18), mayores (art. 19), y protección de las personas en situación de dependencia, así como discapacitados (art. 24), respecto de los que se realizan distintas consideraciones que abundan en su contenido, y que por lo tanto, como hemos señalado, condicionarían el posterior desarrollo legislativo autonómico.

Tampoco quiero pasar por alto la introducción, junto a las competencias exclusivas y compartidas de las CC.AA., de una nueva categoría: las competencias ejecutivas de las CC.AA. –véase el art. 112 del Estatuto de Autonomía de Cataluña o el art. 42.2 3º del Estatuto de Autonomía para Andalucía–.El problema en este caso es que se procede a realizar una formulación de dicho concepto que va más allá de lo que es la potestad de organización de su propia administración, manifestando que es competencia de la CC.AA. "la potestad reglamentaria" que comprende "la aprobación de disposiciones para la ejecución de la normativa del Estado". Esta configuración estatutaria fue criticada en su momento por algunos especialistas[135], valoración que ha sido confirmada por el TC en la mencionada STC 31/2010, que específicamente ha apreciado la inconstitucionalidad de dicha formulación, por considerar que la atribución realizada excede el alcance de las competencias autonómicas en materia laboral contenidas en el art. 149.1.17 CE.

En definitiva, tengo la impresión de que pese al avance pretendido de las competencias autonómicas en materia de protección social por parte de los Estatutos

---

[134] González Ortega, S.: "La protección social en los nuevos Estatutos de Autonomía. El caso del Estatuto de Autonomía para Andalucía", en Sánchez Pino, A.J.: *Derechos sociales, políticas públicas y financiación autonómica a raíz de los nuevos estatutos de autonomía. Especial referencia al Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 273.

[135] Palomeque López, M.C.: "La dimensión competencial: el posible "reparto"…", op. cit., pp. 157 - 158.

de segunda generación, a día de hoy todo en este terreno está por hacer. No sólo porque, estoy convencido de que se tardará tiempo en extraer la consecuencias jurídicas que correspondan de la STC 31/2010, sino porque también parece claro que la mayor demanda por las CC.AA. de competencias, al tiempo que su demanda de un reconocimiento más amplio de su función institucional en materia de protección social, exigirá un diálogo más sereno entre éstas y el Estado. Se reformaron los Estatutos en esa línea, y sin embargo no se reformó la Constitución. De todas formas, puestos a pedir, sí parece conveniente que, entre otros aspectos, en un futuro mediato se aborde con serenidad la delimitación de conceptos tan básicos a estos efectos, como los de "legislación básica" de Seguridad Social o "régimen económico" de la Seguridad Social. Con independencia de la discusión sobre el posible reparto competencial en materia de protección social y la forma de articulación entre las distintas administraciones, estoy convencido, de que esta clarificación conceptual resulta absolutamente necesaria, pues no se puede negar que existiendo una doctrina del TC al respecto ésta parece insuficiente e incompleta.

4.2.2. Qué hacer con la iniciativa privada en materia de protección social (la protección social complementaria)

Como hemos señalado la UE tiene entre sus prioridades en materia de pensiones el fomento por parte de los Estados de la Unión de la constitución de planes de ahorro privados complementarios para mejorar los ingresos de la jubilación. Igualmente, la Comisión del Pacto de Toledo, en la actualización de las recomendaciones de 2010 –y que finalmente no resultaron consensuadas–, sostiene que hoy día "uno de los retos de los sistemas de protección social (…) consiste en que los ciudadanos, al dejar su actividad laboral, mantengan unos ingresos que les permitan desarrollar un nivel de vida similar al que venía manteniendo hasta entonces"[136].

Conocido es que el art. 41 CE,junto al mandato a los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social, establece que "la asistencia y prestaciones complementarias serán libres". Esta norma constitucional, como no podía ser de otra manera, ha sido interpretada por el TC en el sentido de considerar que la voluntad del constituyente es "dejar en libertad a los particulares para la organización de todo tipo de dispositivos de protección social encaminados al mismo fin público de proteger las situaciones de necesidad" (STC 206/97; 208/88). De tal manera que, teniendo en cuenta el art. 41 CE, resulta pacífico en nuestro ordenamiento jurídico la convivencia de un sistema público de protección social, con los mecanismos de protección privada que articulen los particulares[137]. Igualmente pacífico es que pese a la libertad indicada, el legislador puede actuar

---

[136] Puede resultar de utilidad al respecto la consulta de Monereo Pérez, J.L.: "La reforma concertada de las pensiones: el Acuerdo Social y Económico de 2011 y su desarrollo legislativo", Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 25, 2011.

[137] En este caso, y a diferencia de la Seguridad Social, no cabe hablar de sistema jurídico de protección social, sino todo lo más de estructura jurídica o en su caso de régimen jurídico, toda vez lo que existe es un conjunto de normas que regulan y establecen distintas instituciones jurídicas de protección privada, pero sin una sistemática y coordinación establecida. Véase al respecto, Sánchez-Urán Azaña, Y. y Aguilera Izquierdo,

legislativamente para encauzar dicha autonomía privada, bien promoviendo ciertos modelos de protección privada, mediante el establecimiento de incentivos fiscales y ciertas ventajas públicas, bien exigiendo el cumplimiento de ciertos requisitos legales a los modelos y mecanismos que se creen por la iniciativa privada. Y a partir de ahí se ha generado toda una legislación en materia de fondos y planes de pensiones, cuyo detalle no viene ahora al caso.

En relación con este aseguramiento privado de ciertas situaciones de necesidad, y particularmente de la disminución de ingresos o carencia de rentas con ocasión de la vejez, en mi caso la preocupación fundamental radica, como ya he apuntado anteriormente, en el riesgo, sobre todo cuando la situación económica del país no es buena, de que se tenga la tentación de sustituir paulatinamente la prestación pública de jubilación por el aseguramiento privado. Ciertamente la total desaparición del sistema público de Seguridad Social a manos de la protección social privada en nuestro caso parece poco probable, aunque sólo sea porque, como ha señalado entre otros De la Villa[138], "constitucionalmente los sistemas de Seguridad Social (art. 4, p.1º), y nacional de salud (art. 43.1 y 2) son dispositivos públicos inequívocos, y lo mismo cabe decir del futuro sistema de asistencia social (art. 148.1.20ª CE)". Pero qué duda cabe que la tentación de reducir el peso de la protección pública a favor de la privada siempre existe, pues además podría inducir un abaratamiento de costes salariales.

Precisamente, en los últimos años se ha planteado, desde algunos sectores, la necesidad de proceder a un cambio en la forma de comprender las relaciones entre el sistema público de protección y la protección privada[139], planteándose tres escenarios: a) el denominado "modelo de los vasos comunicantes", donde frente a la estanqueidad de lo público y lo privado, y por tanto de sus fuentes de financiación, se propone un reparto del esfuerzo de la pensión pública y la privada en la cobertura de la situación de necesidad; b) el "sistema mixto", donde el peso de la protección pública y la privada oscila en función de la orientación que se establezca por el legislador en cada momento, siendo este el modelo adoptado en estos momentos en nuestro país, de forma que el aseguramiento privado es voluntario y se contempla como un complemento de la pensión pública; c) y por último el modelo que llamaría estanco-obligatorio, pues consiste en fijar por ley obligatoriamente la constitución de una protección social pública y otra privada.

Asumiendo que este último modelo es inconstitucional, pues el art. 41 CE consagra la voluntariedad del aseguramiento privado, entiendo que legislativamente el modelo de los "vasos comunicantes" constituye una amenaza para el sistema

R.: "La protección social complementaria en el marco del derecho a la protección social", en Sempere Navarro, A.V. (Dir.): *El modelo social en la Constitución española de 1978*, MTAS, 2003, pp. 1071 y ss.

[138] De la Villa Gil, L.E.: "El modelo constitucional…", op. cit., p. 20.

[139] Al respecto, puede ser de utilidad la reflexión realizada por Monereo Pérez J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "Los planes y fondos de pensiones en el contexto de la reforma de los sistemas de protección social: ¿continuidad o renovación?", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 31, 2012.

público de pensiones[140], desde el momento en que la capitalización puede terminar devorando al sistema de reparto.En definitiva, el "pez privado" puede terminar comiéndose al "pez público", o al menos dejarlo en su mínima expresión, no debiendo olvidarse que mientras la pensión pública surge a partir de una política de inversiones realizadas bajo el principio de la máxima seguridad, la pensión privada en su capitalización tiene un alto componente de inestabilidad, siendo conocido que en los últimos años la rentabilidad ponderada de los planes y fondos de pensiones se ha situado por debajo de la inflación.

Por ello, considero que se debe seguir apostando por el sistema mixto, donde junto al establecimiento de un sistema de pensiones públicas de calidad, se promociona el aseguramiento privado. En principio, las recomendaciones del Pacto de Toledo han seguido esta senda. Sin embargo, los análisis nos indican que el aseguramiento privado en España, pese a crecer, no termina de universalizarse. Por ello, la Comisión del Pacto de Toledo ha insistido en 2010 en la necesidad de mejorar los incentivos fiscales y la información al ciudadano, de cara a que por el mismo se comprenda la importancia de complementar su pensión pública con una renta privada.

Particularmente, pienso que en todo este asunto hay un tema que se olvida recurrentemente, y que la OIT ha puesto encima de la mesa en fecha no muy lejana al utilizar el concepto de trabajo decente: y es que para poder acceder tanto a una pensión pública como a una pensión privada, el trabajador necesita tener cierta capacidad patrimonial, la cual no existe cuando el sueldo que se percibe pierde el mencionado calificativo:"decente". La necesidad de dotar al trabajador de una retribución digna considero que constituye una de las claves para sostener financieramente el sistema público de protección social, pero también para posibilitar el acceso del ciudadano al ahorro y aseguramiento privado. Al igual que estimo que la manera de sostener en el tiempo el sistema mixto público/privado, en forma que el segundo no devore al primero, pasa por una depuración y reafirmación constante en los principios informadores de nuestro sistema de protección social a que me he referido antes.

5. CONCLUSIÓN

He intentado a lo largo de esta exposición plantear cuál es mi visión de la protección social española desde la perspectiva constitucional, la forma en que la misma se ha desarrollado - eso sí a grandes rasgos -, algunos de los problemas que la aquejan, y los retos que enfrenta, teniendo en cuenta los planteamientos ideológicos que se manejan en sede internacional y también en el ámbito de la UE. Poco más me queda que añadir.

---

[140] Opinión compartida, entre otros, por Monereo Pérez, J.L.: "El sistema de pensiones en el marco de la nueva revisión y actualización del pacto de Toledo", Aranzadi Social, núm. 15, 2010, p. 25.

Si acaso, y aunque parezca una obviedad, les diría que la Seguridad Social pública, y su futuro, se garantiza con más Seguridad Social pública; con la depuración y perfeccionamiento de los denominados principios informadores a los que me he referido. Igual ocurre con el modelo de protección social –recordemos: Seguridad Social + asistencia social (servicios sociales) + asistencia sanitaria–. En todos los casos, y mirando hacia delante, afrontamos un reto que es muy propio de nuestro país, como es que con el desarrollo y crecimiento del modelo de protección social necesitamos mejorar la coordinación y la actuación en este ámbito de todas las Administraciones: la estatal, la autonómica, pero también la local. La mejora por tanto del régimen de competencias, junto a lo anterior, es clave en el desarrollo de un modelo de protección social sólido, donde el sistema público se convierta en el epicentro del modelo, pero siendo capaz de convivir con el aseguramiento privado, cuya finalidad sería la complementar y elevar la calidad de la protección futura del individuo, que sin embargo debería ver satisfecho sus necesidades más básicas por el sistema público cuando incurriera en una situación de necesidad real.

Entiendo que hoy día nuestro modelo de protección social ha madurado lo suficiente, y la sociedad así lo demanda cada vez con más insistencia, como para que en una futura reforma constitucional se diera el paso de situar los derechos de protección social dentro del capítulo II del Título I de la CE, extrayéndolos del peculiar Capítulo III. Como sabemos, ello supone poner en valor una dimensión de nuestro Estado Social, que a la elaboración del vigente texto constitucional no se quiso asumir, por las implicaciones que podía tener el reconocimiento directo de ciertos derechos sociales. Con todo, y se produzca o no esta reforma constitucional, lo cierto es que el futuro de nuestro modelo de protección social pasa por la profundización jurídica en los elementos que lo identifican, como respuesta más adecuada a las argumentaciones economicistas contingentes que periódicamente sostienen la inviabilidad del modelo de protección social de nuestro país. Lo dicho: no nos resignemos.

COMUNICACIONES

LA ASISTENCIA SANITARIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Victoria Rodríguez-Rico Roldán
Becaria de investigación FPU.
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO

1. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA
2. EL ARTÍCULO 43 CE EN INELUDIBLE CONEXIÓN CON EL ARTÍCULO 41 CE
3. INEXISTENCIA DE UN ÚNICO MODELO DE ORGANIZACIÓN Y PROVISIÓN
4. BIBLIOGRAFÍA

1. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA

La protección de la salud asume una panorámica tan amplia, que no es objeto de intervención pública exclusivamente a través de la garantía de la asistencia sanitaria, sino que su plena realización exige la articulación de muchas más técnicas que la que esta última representa. En efecto, la complejidad de la temática justifica las dispersas referencias a la misma en no pocos preceptos constitucionales[1], revelándose así la determinación de la protección de la salud en el resto de derechos proclamados en la Carta Magna. En todo caso, capital importancia reúne en este ámbito el art. 43 CE, el cual, tras reconocer en su primer apartado el derecho a la protección de la salud, encomienda en el segundo a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública "a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios". En el cuidado de la salud pública convergen, pues, tanto medidas preventivas como reparadoras. En efecto, el precepto puede ser objeto de desglose en una doble vertiente individual y colectiva que incide en la protección de la salud como un todo. Así, para la garantía de la misma se disponen acciones preventivas que alcanzan al individuo en su condición de miembro del grupo social. Se trata de "beneficios uti universo, prestaciones mediatas e indirectas". Pero a su vez, se disponen mecanismos orientados al restablecimiento de la salud del individuo que la ha perdido –"beneficios uti singuli", prestaciones individualizadas-, lo cual responde a una inclinación rehabilitadora, al margen de la protección de la salud pública[2].

Si se atiende al título de esta Comunicación, resulta coherente que el objeto de la misma se centre en el plano individual y prestacional de la protección de la salud que cristaliza la asistencia sanitaria. Tras el reconocimiento del derecho por el art. 43, el mismo precepto, en conjunción con el art. 41, delimita la faceta institucional que garantiza su efectividad mediante el mantenimiento de un servicio universal[3], consagrando la responsabilidad de los poderes públicos en la protección de la salud. A éstos compete la planificación de medios encaminados a la reparación de la enfermedad de la persona, asumida su incapacidad de llevarlo a cabo desde un plano exclusivamente individual. De ahí la consideración de la sanidad como servicio público fundamental.

---

[1] La *salud* se halla estrechamente vinculada con el art. 15 CE, que garantiza el derecho a la vida y a la integridad personal; el 40.2, que obliga a los poderes públicos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo; el 41, que ordena el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social; el 45, referido al disfrute de un medioambiente adecuado para el desarrollo de la persona; el 49, que encomienda a los poderes públicos una política de previsión, tratamiento e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos; el 50, referido a la promoción del bienestar de los ciudadanos durante la tercera edad; así como el 51.1, relativo a la garantía de la protección de la salud de los consumidores y usuarios.

[2] BORRAJO DACRUZ, E.: "Artículo 43", en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Tomo IV, Edersa, Madrid, 1984, pág. 181.

[3] MONEREO PÉREZ, J.L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: "La asistencia sanitaria como derecho fundamental y el Sistema Nacional de Salud como garantía institucional: balance y desafíos para el siglo XXI de su modelo regulador", en AA.VV.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M.N. (Dirs.), Comares, Granada, 2007, págs. 24 y 25.

La importancia del derecho a la protección de la salud supone una cualificación respecto del resto de derechos sociales que reconoce la Constitución, teniendo en cuenta el carácter condicionante que el bien jurídico en cuestión reúne en el proyecto vital de todo ser humano. Ello refuerza, sin duda, su fundamento como derecho social básico y su reconocimiento en una Constitución que pretende garantizar una "digna calidad de vida", tal y como reza el propio Preámbulo. En efecto, la necesidad humana que innegablemente representa la salud cumple todos los presupuestos enunciados por MARTÍNEZ DE PISÓN para fundamentar un derecho social, dado que es básica, en cuanto "condición para llevar una vida digna hasta tal punto que puede decirse que quien no logra su satisfacción lleva una vida infrahumana"; objetiva, pues "su privación es externa al individuo y, por tanto, constatable"; universal o "presente en toda la población" e histórica, ya que "surgen en un momento determinado, en una época circunscrita a unas coordenadas espacio-temporales, de acuerdo con las circunstancias concretas y, por tanto, pueden variar si éstas cambian"[4].

Como se colige, la protección de la salud concretada en la asistencia sanitaria encaja con la definición que tradicionalmente acompaña a los derechos sociales, al requerirse una actividad por parte del Estado para materializar su contenido. En este sentido y diferenciándose sustancialmente de los derechos *de libertad*, su realización efectiva implica una acción positiva por parte de los poderes públicos tendente, en este caso, al mantenimiento de un sistema sanitario que dispense las prestaciones propicias para conservar o restablecer la salud. Nos hallamos, pues, ante las garantías sociales o positivas a las que alude FERRAJOLI, las cuales, frente a las "liberales o negativas basadas en prohibiciones sirven para defender o conservar las condiciones naturales o prepolíticas de la existencia", de forma que "basadas en obligaciones permiten por el contrario pretender o adquirir condiciones sociales de vida"[5].

Se pone, así, de relieve la indisoluble relación entre reconocimiento y garantía inmanente a todo derecho. En concreto, el *reconocimiento* del derecho a la asistencia sanitaria supone inmediatamente *garantizar* la organización de un servicio público que dispense prestaciones sanitarias. Con razón, afirma MONEREO PÉREZ que "la existencia como realidad jurídica de un derecho social fundamental requiere de la actualización de dos tipos de requisitos interdependientes, a saber: el supuesto técnico-jurídico general de 'positividad' y un sistema de garantías jurídicas e institucionales a través de determinadas técnicas específicas de organización jurídica"[6]. Se confirma, de esta forma, el carácter prestacional ineludible a todo derecho social. En cualquier caso, la protección de la salud es articulada como derecho de configuración legal, por lo que las técnicas de garantía serán

---

[4] Martínez de Pisón, J.: *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 102.

[5] Ferrajoli, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2004, pág. 862.

[6] Monereo Pérez, J. L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo,* Editorial Bomarzo, Albacete, 2009, pág. 31.

objeto de concreción por intervención del legislador, el cual goza de un considerable ámbito de determinación en cuanto al catálogo de prestaciones sanitarias, condiciones de ejercicio y nivel de protección. Ahora bien, tal potestad no es ilimitada, ya que el legislador encuentra en el texto constitucional un núcleo irreductible, al enunciar una protección de la salud adjetivada integral y suficiente[7].

El art. 43 CE se halla enmarcado en el Título I, "De los derechos y deberes fundamentales", concretamente en el Capítulo III, "De los principios rectores de la política social y económica", del que es lugar común señalar que representa la principal responsabilidad social del Estado. El precepto queda institucionalizado por los mecanismos de garantía previstos en el artículo 53.3 CE[8]. La protección de la salud se consagra, así, como un bien constitucional que no puede ser desconocido por el legislador. En efecto, el Tribunal Constitucional echó por tierra aquellas primeras tesis negadoras de la eficacia jurídica de los principios rectores, basadas en la ausencia de técnicas instrumentales para compeler su desarrollo legislativo[9]. Acertadamente, no tardó en apreciar que el art. 43 CE se encuentra dotado de ilimitado valor normativo (STC 19/1982, de 5 de mayo -FJ 6-). No cabe duda de que los principios rectores tienen carácter preceptivo en un sentido positivo (mediante la regulación y actuación que satisfaga la realización efectiva del derecho) y negativo (consistente en la prohibición de una ordenación que resulte contraria al contenido del precepto), de forma que conviene rechazar su consideración como meros principios orientativos[10]. Queda claro, pues, que se trata de preceptos provistos de eficacia jurídica[11], sin que puedan ser reducidos a simples postulados retóricos. Son normas jurídicas cualificadas, además, por suponer un elemental "desarrollo del valor superior de la igualdad en su dimensión material"[12]. En todo caso, más allá del análisis del art. 43 CE como norma jurídica, procede seguidamente abordar un ámbito en el que no existe una postura unánime en la doctrina. Se trata de determinar si los preceptos del Capítulo III en general, y el 43 en particular, recoge un derecho fundamental en sentido estricto.

De siempre ha sido discutido el *status* de los principios rectores en su configuración constitucional. Ciertamente, tanto la opción constituyente de dejar una gran parte de los derechos sociales fuera de las Secciones cuyas rúbricas aluden

---

[7] El criterio de suficiencia se vincula al "ideal de cobertura" al que, en un determinado momento, puede aspirar el sistema prestacional público. MONEREO PÉREZ, J. L.: "El derecho a la Seguridad Social" en AA.VV.: *Comentario a la constitución socio-económica de España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M.N. (Dirs.), Comares, Granada, 2002, pág. 1449.

[8] "El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen".

[9] GARRIDO FALLA, F.: "Artículo 53", en AA.VV.: *Comentarios a la Constitución*, Cívitas, Madrid, 1980, págs. 579-582 y 590-591.

[10] PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: "Los derechos a la Seguridad Social y a la salud en la Constitución", en AA.VV.: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980, pág. 335.

[11] "Doble eficacia" en palabras de COSSIO DÍAZ: en calidad de normas constitucionales (art. 9.1) y obligaciones prestacionales particularizadas. COSSIO DÍAZ, J. R.: *Estado social y derechos de prestación*, CEC, Madrid, 1989, pág. 270.

[12] PECES BARBA, G.: *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 163.

expresamente a los derechos fundamentales, como la diferenciación del régimen de garantías extraída del art. 53 CE, han sido frecuentemente esgrimidas para rechazar tal categoría en los principios rectores, por más que el art. 43 emplee el término "derecho" en su apartado primero. En particular, APARICIO TOVAR[13], entre otros[14], niega la condición de auténtico derecho constitucional, aduciendo la ausencia de alegación directa y la imposibilidad de fundamentar una pretensión en el mismo, sin perjuicio de una "función interpretativa directa"[15]. En este sentido, un sector doctrinal mantiene la imposibilidad de pregonar un derecho fundamental desde el texto constitucional. Frente a estos postulados más formalistas que, como se constata, hacen depender la categoría de derecho fundamental de la ubicación constitucional del precepto en que se contiene, otros autores sostienen más adecuadamente un enfoque material, una "noción funcional, por tanto, relativa y evolutiva, adaptada a los diferentes preceptos y ámbitos normativos en que es requerido para integrar el proceso interpretativo"[16]. El emplazamiento formal de un precepto en el edificio constitucional no es más que la configuración técnica optada, por lo que no determina la categoría jurídica proclamada, sino que hay que estar a criterios dogmáticos y normativos[17].

Parte de la doctrina estima, por tanto, y lo hace con acierto, que la asistencia sanitaria que enmarca el art. 43 CE constituye un auténtico derecho social fundamental. Se logra, así, una mayor sintonía con la normativa internacional y comunitaria al respecto. Ciertamente, el canon interpretativo del art. 10.2 CE lleva a consolidar la catalogación de derecho fundamental. No en vano, instrumentos internacionales de derechos humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o la Carta Social Europea, aluden a un derecho básico del ser humano. Por su parte, el art. 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se refiere al derecho de toda persona a beneficiarse de la atención sanitaria, configurándolo, pues, como un derecho fundamental y rechazando el enfoque más limitado que aportaría su configuración como derecho de ciudadanía política. Se reconoce expresamente, en efecto, un

---

[13] Aparicio Tovar, J.: *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Cívitas, Madrid, 1989, págs. 59, 60 y 134.

[14] Prieto Sanchís, L.: "Artículo 53. Protección a los derechos fundamentales" en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Tomo IV, Edersa, Madrid, 1984, pág. 456; Landa Zapirain, J. P.: *La reforma de la sanidad pública y del régimen jurídico de su personal*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1999, pág. 33; Gala Vallejo, C.: *La asistencia sanitaria en el marco de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007, pág. 18; Rodríguez-Piñero, M y del Rey, S.: "Informe español", en AA.VV.: *Protección de la Salud y Derecho Social,* Marzal, A. (Ed.), Bosch, Barcelona, 1999, pág. 97; Cossio Díaz, J. R., op. cit., págs. 282 y 283.

[15] Aparicio Tovar, J., op. cit., pág. 46.

[16] Molina Navarrete, C.: "Protección y eficacia de los derechos socio-laborales: balance y perspectivas del sistema constitucional de garantías", en AA.VV.: *El modelo social de la Constitución Española de 1978*, Sempere Navarro, A.V. (Dir.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pág. 1176.

[17] Véase al respecto Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C.: "Configuración y delimitación técnica: la asistencia sanitaria como acción protectora del sistema de Seguridad Social", en AA.VV.: *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico*, Monereo Pérez, J. L. (Dir.), Comares, Granada, 2008, pág. 379.

derecho fundamental universalista[18]. Si se sigue el criterio de fundamentalidad que PECES BARBA concreta en la dignidad, no hay inconveniente en advertir derechos fundamentales en ciertos principios rectores. Por lo que se refiere a la asistencia sanitaria, el inestimable impacto que ésta tiene sobre el valor de la dignidad humana exige su provisión bajo el título de derecho fundamental.

El constituyente opta en el art. 43 por la técnica de reconocimiento de un derecho, para cuya realización, los poderes públicos quedan obligados a articular un sistema sanitario que garantice la viabilidad financiera y una asistencia altamente cualitativa. Es, pues, un derecho de configuración legal, dependiendo las concretas condiciones de ejercicio y vías de realización de la configuración que le den las leyes que lo desarrollen, sin que ello en ningún caso impida afirmar que el derecho fundamental en cuanto tal, existe preservado desde el mismo 43 CE. Así, con la autoridad de PÉREZ LUÑO debe "rechazarse como falaz la tesis que sostiene la imposibilidad de su invocación y aplicación hasta tanto no se hubieren promulgado las leyes que los reglamenten", y es que ello supone una "negación de su status jurídico-positivo"[19].

Asumiendo que sin garantías no existe derecho, según el enunciado ya clásico de KELSEN[20], no se yerra si se afirma que el derecho a la protección de la salud cuenta con un sistema de garantías notoriamente debilitado en relación con el resto del Título I, ya que la Constitución si bien procede al reconocimiento de los derechos sociales no les dota de una plena garantía de efectividad. En todo caso, la laxitud garantista no puede conducir a rechazar la categoría de derecho fundamental de que la asistencia sanitaria disfruta. Ya se sabe, en este sentido, que "el principal problema relacionado con los derechos sociales no es el de su validez sino el de su justiciabilidad"[21]. El que al art. 43 CE no le sea de aplicación el primer apartado del 53 CE, no implica que el derecho a la protección de la salud carezca de un definible contenido constitucionalmente protegido, pues la "garantía institucional" hace las veces de garantía del contenido esencial[22]. Es por ello que se defiende un doble prisma de la asistencia sanitaria como derecho subjetivo y garantía institucional en el afianzamiento de la efectividad del primero[23].

Como se advierte, el importante papel que cumple la protección de la salud en el desarrollo vital de todo ser humano en particular y en la efectiva realización social del Estado en general, no ha ido aparejado al establecimiento de un sistema

---

[18] MONEREO PÉREZ, J.L.: "Artículo 35. Protección de la salud" en AA.VV.: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.), Comares, Granada, 2012, págs. 941 y 942.

[19] PÉREZ LUÑO, A.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2011, pág. 60.

[20] El derecho subjetivo "llega a serlo sólo en virtud de la garantía creada por el ordenamiento jurídico". KELSEN, H.: *Teoría general del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1995, pág. 93

[21] NOGUERA FERNÁNDEZ, A.: "La eficacia de los derechos sociales: la compleja articulación entre justiciabilidad, legitimidad y competencia" en *RDS,* núm. 44 (2008), pág. 97.

[22] MOLINA NAVARRETE, C., op. cit., págs. 1198 y 1199.

[23] Sobre tales conceptos, consúltese MONEREO PÉREZ, J.L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: "La asistencia sanitaria como derecho fundamental…", pág. 17 y ss.

pleno de garantías. La ubicación del derecho a la asistencia sanitaria en el Capítulo III y su consiguiente régimen de garantías se evidencia desacertada, de forma que habría sido más conveniente su inclusión en otro Capítulo que lo dotara de un régimen de garantías más completo, más acorde, pues, con la entidad del derecho fundamental que se analiza.

2. EL ARTÍCULO 43 CE EN INELUDIBLE CONEXIÓN CON EL ARTÍCULO 41 CE

El derecho a la asistencia sanitaria que reconoce el art. 43 CE se halla relacionado con el mandato contenido en el 41 relativo al mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos con vistas a garantizar la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. La interrelación entre ambos preceptos constitucionales no viene sino a confirmar insistentemente que una y otra son dos caras de una misma moneda, dos aspectos entrelazados en la protección del individuo ante la situación de necesidad que la enfermedad representa.

En cualquier caso, no es ésta postura pacífica en la doctrina. Antes al contrario, la utilización por el constituyente de dos preceptos, ha venido constituyendo uno de los argumentos comúnmente arrojados por quienes se muestran partidarios de una desvinculación entre la asistencia sanitaria y el sistema de Seguridad Social. En efecto, en la actualidad existe una mayoría doctrinal[24] que, desde ALONSO OLEA[25], defiende un desgaje de una respecto del otro, en el seno de lo que viene conformando un intenso proceso disgregador del contenido esencial de la Seguridad Social[26]. Pero lo reputado de su opinión no deja de permitir la existencia de posturas discrepantes que mantienen la vinculación entre ambos sistemas[27], considerando que la segregación se mantiene bajo planteamientos

---

[24] Véase Muñoz Machado, S.: *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, págs. 92 y 93; Borrajo Dacruz, E., op. cit., pág. 161; González Díaz, F. A.: "Asistencia sanitaria y protección de la salud", en AA.VV.: *El modelo social de la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pág. 1034 y ss.; De la Villa Gil, L.E.: "El derecho constitucional a la salud", en AA.VV.: *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Casas Baamonde, M. E., Durán López, F. y Cruz Villalón, J. (Dirs.), La Ley, Madrid, 2006, pág. 967 y ss.; Lantarón Barquín, D.: *Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 80 y ss.

[25] El autor, prontamente, auguraba una separación entre prestaciones sanitarias y Seguridad Social "si se tiene en cuenta la separación de ambas materias en los artículos 41 y 43 de la Constitución". Alonso Olea, M.: "El sistema normativo del Estado y de las Comunidades Autónomas", en AA.VV.: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980, pág. 56. Separación que confirmaría quince años más tarde mediante la supresión en la décimo cuarta edición de su obra "Instituciones de Seguridad Social" del capítulo relativo a las "Prestaciones sanitarias", naciendo paralelamente la obra "Las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud".

[26] Sobre la actual "tendencia desestructuradora" de la vertiente institucional de la Seguridad Social, consúltese Monereo Pérez, J.L., "El derecho a la Seguridad Social…", págs. 1515-1518.

[27] Garrido Falla, F., op. cit., pág. 503 y ss.; Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C.: "La asistencia sanitaria como derecho fundamental…", págs. 48-50; Aparicio Tovar, J., op. cit., pág. 63.

"incomprensibles e inaceptables dogmática, normativa y socialmente"[28] y que no existe en la Constitución Española de 1978 nada que impida configurar la asistencia sanitaria dentro de la acción protectora de la Seguridad Social[29].

Ha sido la defensa de una asistencia sanitaria desvinculada de la Seguridad Social la que ha contado con más impulsores, los cuales se apoyan en un pretendido propósito constituyente orientado a la articulación de un sistema sanitario diferenciado de las técnicas propias del sistema de Seguridad Social. Ahora bien, según BORRAJO DACRUZ, "la Constitución posibilita tal conclusión pero no la impone"[30], esto es, no se trata de una determinación constitucional, sino de una interpretación de sus términos. También es ésta la opinión de VIDA SORIA, para quien la cuestión no es si sobra uno u otro artículo, ni si hay reiteración, ni tan siquiera si existe un desgajamiento. El autor considera que la Constitución ha diseñado acciones de Política Social concretas cuya instrumentación podrá hacerse por medio de la Seguridad Social, por medio de cualquier otra fórmula o por ambas clases de medidas[31].

Es la existencia de dos artículos formalmente disociados, pues, la que ha constituido, una de las principales bazas, junto a otras[32], de los defensores de una desvinculación de la asistencia sanitaria respecto de la acción protectora de la Seguridad Social, enmarcándose en un sistema distinto e independiente con sus propias técnicas y principios inspiradores, aduciéndose que el derecho a la asistencia sanitaria emanaría con carácter exclusivo y excluyente del art. 43 CE. Sin embargo, el mero tratamiento diferenciado no parece ser un fundamento sólido para una segregación constitucional, y menos aún si se tiene en cuenta que igual técnica es empleada respecto a la protección de la familia y tercera edad (arts. 39 y 50 CE) y nadie pone en duda la imbricación de las prestaciones familiares y la jubilación en el sistema de la Seguridad Social. Al contrario, dichos preceptos, junto al 43, están dedicados con carácter sectorial al contenido de la acción protectora del sistema de Seguridad Social. Sabido es el carácter "distorsionante" del tratamiento constitucional de la Seguridad Social, en cuanto diversificado por categorías de prestaciones o ramas de protección en varios preceptos[33]. Así, el art. 43, junto al 39, 49 y 50 componen el total ámbito protector concretizado de la Seguridad Social,

---

[28] MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: "Configuración y delimitación técnica…", pág. 377.

[29] GALA VALLEJO, C., op. cit., pág. 64. Asimismo, LÓPEZ CUMBRE, L.: "Protección social y Comunidades Autónomas", en AA.VV.: *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las autonomías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 702 y 703.

[30] BORRAJO DACRUZ, E., op. cit., pág. 166.

[31] VIDA SORIA, J.: "Artículo 41. Seguridad Social", en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Tomo IV, Edersa, Madrid, 1984, pág. 93.

[32] La financiación de la asistencia sanitaria corre a cargo de los Presupuestos Generales del Estado y no de las cotizaciones sociales, con la excepción de la correspondiente a contingencias profesionales; la gestión de la sanidad corresponde a las Comunidades Autónomas y no a la entidad gestora de la Seguridad Social (INGESA); en virtud de la universalización de la asistencia sanitaria, ésta se predica respecto de todos los individuos y no sólo de los incluidos en el régimen público de Seguridad Social; en el marco normativo convergen una legislación *sanitaria* y otra *de Seguridad Social*, que se ve progresivamente desplazada por aquélla.

[33] MONEREO PÉREZ, J.L., "El derecho a la Seguridad Social…", pág. 1430.

con lo que "el art. 41 se constituiría en un precepto genérico respecto de aspectos parciales de los otros artículos"[34].

Ciertamente, no parecen excluibles de "la asistencia y prestaciones sociales suficientes" a que se refiere el art. 41 CE las dirigidas al restablecimiento de la salud. Para justificar el tratamiento de la asistencia sanitaria en un artículo distinto, se ha apuntado al carácter sumamente extenso de la temática sanitaria, de modo que "desborda ampliamente el campo de la Seguridad Social", al incluir "materias en las que concurre la acción protectora de la Seguridad Social y de otros organismos públicos, dado el carácter global de la protección que se pretende"[35]. De esta forma, se ha sostenido que "la Seguridad Social podrá incidir en las acciones específicas previstas por los otros artículos citados y en otros ámbitos que no estén descritos; y que el Estado, por otra parte, podrá desarrollar sobre esos sectores específicos una acción protectora que esté fuera de los ámbitos de las técnicas típicas de Seguridad Social"[36]. El caso de la protección de la salud resulta emblemático, pues es una materia que rebasa en mucho los límites del sistema de la Seguridad Social, ya que en ella, por definición, se incide mediante Seguridad Social –asistencia sanitaria- al tiempo que el Estado instrumenta otros mecanismos de protección –salud pública–. Así ha sido entendido también por PALOMEQUE LÓPEZ, para quien Seguridad Social y protección de la salud añaden "uno respecto del otro, y de modo respectivo, un plus de contenido que invalida toda eventual equiparación efectiva de ambos tipos constitucionales"[37]. Lejos de constituir parcelas aisladas, ambos preceptos, 41 y 43 CE, requieren una interpretación conjunta y combinada que dote de coherencia a las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social.

La asistencia sanitaria se configura, pues, como una prestación de la Seguridad Social, si bien se provee mediante un entramado organizativo específico tal como exige la complejidad técnica a ella inherente. Frente a quienes defienden que el sistema sanitario constituye una unidad institucional plenamente independiente de la Seguridad Social[38], cabe oponer que la articulación del SNS como medio de atender la pérdida de salud ostenta la categoría de subsistema protector del sistema de Seguridad Social. No procede confundir, pues, la vertiente conceptual con la institucional-organizativa de la cuestión. Para unos autores, el SNS no puede ser desgajado de la noción de Seguridad Social, pues representa la asistencia sanitaria de la Seguridad Social extendida a una potencial totalidad de españoles y gestionada por los Servicios de Salud autonómicos, de forma que el SNS "no es en modo alguno la creación de una nueva institución, ni la transformación de otra ya existente en

---

[34] Vida Soria, J, op. cit., pág. 93.

[35] Alarcón Caracuel, M. R. y González Ortega, S.: *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 48.

[36] Vida Soria, J, op. cit., pág. 93.

[37] Palomeque López, M. C., op. cit., pág. 306.

[38] GONZÁLEZ DIAZ aporta como uno de los fundamentos del desligamiento precisamente el diseño del SNS "como ente centralizador de las prestaciones sanitarias distinto del sistema de Seguridad Social". González Díaz, F. A., op. cit., pág. 1034.

una nueva"[39]. Para otros, consiste en un sistema autónomo, pero incluso sosteniendo tal independencia, afirman, acertadamente, que "puede que parte de ese contenido objetivo de la Seguridad Social se encomiende a organismos extraños al esquema institucional de la Seguridad Social y no por ello dejará de ser Seguridad Social"[40]. Una u otra consideración nos lleva, pues, a terrenos de Seguridad Social. En efecto, la provisión de asistencia sanitaria a través del SNS no implica que éste "orgánicamente tenga necesariamente que estar integrado conjuntamente al resto de los entes gestores del Sistema", pues "su especificidad es tal que permite su adscripción orgánica al Ministerio de Sanidad sin que por ello deje de estar considerado parte fundamental del Sistema de la Seguridad Social"[41].

Por tanto, el Sistema de Seguridad Social no puede ser residualmente considerado como la técnica por excelencia que originariamente brindó acceso a la asistencia sanitaria, sino que a día de hoy sigue representando una de las vías mayoritaria y más característicamente utilizada en la protección de la salud, de forma que su articulación en clave de técnica garantizadora de la lucha contra la enfermedad radica originariamente y con el devenir de los años persiste en la percepción colectiva social.

A estos efectos, resulta enormemente sugestiva la aportación de MONEREO PÉREZ y MOLINA NAVARRETE, para quienes el art. 43 CE contiene una técnica de reconocimiento individual, mientras que el 41 se reserva al diseño del concepto institucional, esto es, del sistema de Seguridad Social como distinguida plataforma de acceso a la protección de la salud[42]. Si reconocimiento y garantía constituyen las dimensiones esenciales de todo derecho, los arts. 41 y 43 CE representan coherentemente los dos hemisferios que conforman la esfera asistencial sanitaria. En concreto, el art. 43 reconoce formalmente un derecho de "todos" para cuya realización se dispone la organización de un sistema responsable de dispensarlo en forma de servicio público -art. 41 CE complementando el 43-. Es en dicha articulación en la que reside el inquebrantable nexo jurídico-institucional entre la asistencia sanitaria y la Seguridad Social. Si esta última es la garantía institucional fundamentada en el principio técnico-jurídico de protección ante situaciones de necesidad, resulta inasumible que de ella queden desgajadas las prestaciones sanitarias, que atienden a un factor de necesidad social tan poderosamente presente en la sensibilidad humana como es la salud.

La postura disociadora entre ambos conceptos se adhiere a una tendencia empecinada en reducir la función del sistema de la Seguridad Social al ámbito de provisión de rentas[43], cuando, tal y como se ha apuntado con acierto, el objeto de éste "no

---

[39] FREIRE CAMPO, J. M.: "Los sistemas de aseguramiento sanitario de riesgos de enfermedad en España", en *Revista Derecho y Salud*, núm. 15 (2007), pág. 53.

[40] ALARCÓN CARACUEL, M. R. Y GONZÁLEZ ORTEGA, S., op. cit., pág. 50.

[41] APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 203.

[42] Véase MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: "Configuración y delimitación técnica…", pág. 378 y ss.

[43] Se ha llegado a señalar que "la Seguridad Social habría de encargarse de la atención del defecto de rentas que lleva aneja la situación de enfermedad y la Sanidad sería quien acudiese a remediar el cuidado de la

es la protección de algunos bienes de la persona, sino la tutela de ésta en sí misma considerada"[44] y en la materialización de esa protección se articulan, además de prestaciones dinerarias, otras denominadas técnicas o en especie. Negar la entidad de estas últimas con el exclusivo reconocimiento de las de tipo monetario, supone privar al sistema integrado de protección social de uno de los elementos básicos que forman su contenido objetivo. Por ello, se ha afirmado sin reparos que ni constitucional, ni social ni racionalmente se entendería una Seguridad Social que no comprendiese las prestaciones de asistencia sanitaria[45], más aún sí se tiene en cuenta, tal y como señala LÓPEZ CUMBRE, que la integración de éstas en aquélla es la máxima garantía de la igualdad en el acceso a las prestaciones sanitarias[46].

3. INEXISTENCIA DE UN ÚNICO MODELO DE ORGANIZACIÓN Y PROVISIÓN

El texto constitucional, lejos de cerrarse en una determinada organización del sistema sanitario, permite la baraja de un gran número de alternativas en la articulación del conjunto de prestaciones y del sistema provisor de las mismas. Tal y como reconoce MUÑOZ MACHADO, la Carta Magna "se ha mantenido abierta a cualquier organización posible, siempre que sea razonable y ofrezca una protección coherente de la salud de los ciudadanos"[47]. El art. 43.2 CE impone una obligación materializada en el mantenimiento de un sistema sanitario, si bien concede un amplio margen de actuación en lo que a su diseño se refiere. En efecto, haciendo uso de una fórmula netamente ambigua, el precepto constitucional proclama la articulación de un sistema sanitario público dispensador de protección cuando la enfermedad se manifiesta, pero no culmina la garantía institucional concretando los medios a emplear. Ello no sorprende si se tiene en cuenta que nos hallamos ante una norma programática, limitándose a enunciar el fin pretendido sin detallar las técnicas o instrumentos correspondientes.

En efecto, no existe un modelo constitucional sanitario o, cuanto menos, no uno definido y palmario. Del art. 43.2 no se extrae un determinado sistema de gestión, de financiación, ni un ámbito de cobertura mínimo. No en vano, el Tribunal Constitucional señaló que el precepto sólo contiene una fijación general de objetivos y derechos (STC 32/1983, de 28 de abril -FJ 2-). Es, pues, cometido legislativo la concreta demarcación de la senda a seguir en la construcción del sistema público de salud. Resulta importante advertir, en todo caso, que la concreción legal ha de

salud". García Piqueras, M.: *El régimen jurídico del personal al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social*, CES, Madrid, 1996, pág. 30.

[44] Álvarez de la Rosa, M.: "El art. 41 de la Constitución: garantía institucional y compromisos internacionales", en *RSS*, núm. 15 (1982), pág. 80.

[45] Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C.: "La asistencia sanitaria como derecho fundamental…", pág. 49.

[46] López Cumbre, L., op. cit., págs. 702 y 703.

[47] Muñoz Machado, S., op. cit., pág. 92.

respetar una serie de incuestionables líneas maestras, dado que el constituyente, si bien no ha diseñado un concreto modelo, sí que, al menos, "ha condicionado determinadas decisiones"[48], de la mano de la indicación de diversas pautas.

En primer lugar, los poderes públicos deben tener en cuenta el carácter suficiente de los cuidados que la salud requiere[49], directriz que emerge de la conexión del art. 41 y el 43 CE. De este modo, se han de articular opciones de política social que casen la suficiencia de las prestaciones con la sostenibilidad de un sistema cuyos recursos son limitados. Asimismo, de la conjunción del art. 43 con los arts. 148 y 149 CE se infiere otra seña de identidad del sistema sanitario, radicada en la articulación de un sistema territorialmente descentralizado, en el que juega un papel esencial la cohesión social.

Por otra parte, el sistema sanitario es concebido constitucionalmente como un sistema tendencialmente universal. Precisamente, la universalización en la titularidad del derecho a las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social se infiere tanto del art. 43 como del 41 CE, si bien el primero, superando el limitado compromiso con "todos los ciudadanos" del art. 41, se refiere a "todos", con un carácter más inclusivo[50]. El texto constitucional impone a los poderes públicos, y así lo ha señalado el Tribunal Constitucional[51], una obligación de proveer a "todos" los individuos de prestaciones materiales. Universalidad que no sólo implica, conviene recordarlo, la garantía del acceso a toda la población, sino también conlleva hacerlo en condiciones de igualdad.

Como último rasgo identificativo, el precepto se decanta por un sistema de responsabilidad pública que deriva del compromiso asumido por los poderes públicos en la organización de la protección de la salud por medio de las prestaciones y servicios necesarios. A este respecto, se ha indicado oportunamente que el hecho de que el texto constitucional "no garantice un modelo concreto no quiere decir que no promueva un sistema u otro", ya que "es nítida su preferencia por la técnica del servicio público de gestión directa, con lo que sería refractario a un sistema dominado por las técnicas de reembolso o de provisión privada"[52]. La expresa alusión a los poderes públicos en la dispensa de las prestaciones advierte la tendencia constituyente a una asistencia sanitaria pública, la predilección por un modelo con una dosis importante de "publificación"[53]. Pero es sólo eso, una predilección, de forma que no cabe concluir que el texto constitucional imponga un monopolio público[54]. Es claro, pues, que los poderes públicos serán titulares, responsables y garantes de la provisión de los servicios sanitarios, pero no se especifica constitucionalmente las técnicas organizativas concretas a emplear, de

---

[48] MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: "Configuración y delimitación técnica…", pág. 375.

[49] DE LA VILLA GIL, L.E., op. cit., pág. 71.

[50] MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: "Configuración y delimitación técnica…", pág. 393.

[51] SSTC 32/1983, de 28 de abril; 103/1984, de 12 de noviembre y 54/1987, de 21 de mayo.

[52] MONEREO PÉREZ, J.L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: "La asistencia sanitaria como derecho fundamental…", pág. 26.

[53] RODRÍGUEZ-PIÑERO, M Y DEL REY, S., op. cit., pág. 111.

[54] En este sentido, LANDA ZAPIRAIN, J.P., op. cit., pág. 29.

manera que se reserva un marcado papel central al ámbito público, sin que el texto constitucional impida la acción privada.

Al no encomendarse a los poderes públicos una intervención excluyente, no hay inconveniente en asumir la irrupción de la opción privada en la gestión y organización si así lo decide el legislador. A este respecto, se ha señalado que "el art. 43 CE no está imponiendo una organización de los servicios sanitarios sometidos inevitablemente a un régimen de derecho público, decisión que en última instancia corresponde a la opción política que adopte el órgano legislativo"[55].

Sea mediante intervención del ámbito privado en la gestión de los servicios sanitarios (en continuo ascenso en los últimos años), sea a través de la injerencia de elementos de naturaleza privada en la provisión pública de prestaciones sanitarias (opción minoritaria), lo cierto es que no hay óbice constitucional para asumir la existencia de parcelas en que intervengan agentes privados que, "con control público, pueden incrementar los niveles de eficiencia en la protección del derecho a la salud, a la vez que permitir unos procesos de diferenciación en el marco de unos mínimos niveles que vienen prácticamente obligados por las limitaciones presupuestarias a las que se ve sometida esa presencia pública"[56]. Sin perjuicio, pues, de la responsabilidad pública que el art. 43 CE pregona, nada impide la articulación de técnicas privadas. A este respecto, el art. 89 LGS proclama el principio de libertad de empresa en el ámbito sanitario, permitiendo la concurrencia de la gestión privada junto a la gestión pública directa.

Resulta comprensible que el constituyente optara por no cerrar posibilidad alguna a la modelación del sistema de salud, salvo en lo relativo a su naturaleza pública, en cuanto coadyuvante a la vocación universal de la provisión de la asistencia sanitaria, a la efectividad del art. 9.2 CE y de la consiguiente función del Estado social de Derecho. La Constitución propicia, así, que la concreción legal del modelo sanitario se perfile en función de las variables contextuales de cada momento histórico, si bien con plena acomodación siempre a las (mínimas) pautas constitucionales dadas al efecto.

Ciertamente, la planificación constitucional de un modelo netamente definido no parecía conveniente, pues en la articulación de un derecho social de prestación, son muchos los condicionantes en juego, cuya consideración y determinante influencia en las percepciones sociales y económicas son objeto de modificación con el transcurso del tiempo. La contingencia de la organización sanitaria exigía, pues, el bosquejo de un modelo constitucional abierto. De acuerdo con lo anterior, tal imprecisión probablemente residía en la mente del constituyente con el ánimo de no restringir las posibles opciones a considerar, permitiendo su cómoda adaptación a razones de procedencia, asumido que toda concreción rígida institucional es eterna presa del momento en que se lleva a término. A día de hoy, la indefinición de un modelo sanitario concreto se ha revelado como la mejor opción, asumidos

[55] Ibídem, pág. 40.
[56] Rodríguez-Piñero, M y del Rey, S., op. cit., pág. 111.

los innumerables retos inmanentes a la protección social de la salud, de la mano de la coyuntura sociosanitaria, demográfica, económica y político-organizativa. La indeterminación de que adolece el art. 43.2 CE se justifica, así, como "resultado querido por el constituyente, para abrir el tema a soluciones flexibles en las que los intereses del Estado y de la sociedad se armonicen o resuelvan en términos de oportunidad o conveniencia"[57].

El contenido prestacional de la asistencia sanitaria goza de una naturaleza eminentemente evolutiva[58], en constante adaptación al debate que enfrenta unas necesidades sanitarias en aumento con unos recursos económicos tasados. Este carácter dinámico propicia que el modelo sanitario se halle en constante revisión organizativa y prestacional, de ahí el tino de la Carta Magna en no cerrarse en uno concreto. El constituyente pretendió, y logró, un punto medio entre una absoluta indefinición que dotara al legislador de tal margen de maniobra que pudiera desnaturalizar el sistema sanitario como garantía institucional y un modelo completamente especificado que constriñera al máximo los límites de actuación sin posibilidad de innovar, plantear nuevos enfoques a la luz del ineludible carácter mudable de la demanda de prestaciones sanitarias. La Constitución combina, así, su vocación de permanencia con la tolerancia de diversas opciones de política legislativa, y es en el ámbito sanitario donde mejor se evidencia el triunfo de esta sintonía.

4. BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1987.

ALONSO OLEA, M.: *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, Cívitas, Madrid, 1999.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: "El artículo 41 de la Constitución: garantía institucional y compromisos internacionales", en *RSS*, núm. 15 (1982).

APARICIO TOVAR, J.: *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Cívitas, Madrid, 1989.

BORRAJO DACRUZ, E.: "Artículo 43", en AA. VV.: *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Tomo IV, Edersa, Madrid, 1984.

COSSIO DÍAZ, J. R.: *Estado social y derechos de prestación*, CEC, Madrid, 1989.

DE LA VILLA GIL, L.E.: "El derecho constitucional a la salud", en AA. VV.: *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución*

[57] BORRAJO DACRUZ, E., op. cit., pág. 166.

[58] Sobre el carácter dinámico del contenido prestacional de la asistencia sanitaria, consúltese LANTARÓN BARQUÍN, D., op. cit., págs. 65-72.

española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, La Ley, Madrid, 2006.

FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Una teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2004.

FREIRE CAMPO, J. M.: "Los sistemas de aseguramiento sanitario de riesgos de enfermedad en España", en *Revista Derecho y Salud*, núm. 15 (2007).

GALA VALLEJO, C.: *La asistencia sanitaria en el marco de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007.

GARRIDO FALLA, F.: "Artículo 53", en AA. VV.: *Comentarios a la Constitución*, Cívitas, Madrid, 1980.

GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: "Asistencia sanitaria y protección de la salud", en AA. VV.: *El modelo social de la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

KELSEN, H.: *Teoría general del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1995.

LANDA ZAPIRAIN, J. P.: *La reforma de la sanidad pública y del régimen jurídico de su personal*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1999.

LANTARÓN BARQUÍN, D.: *Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

LÓPEZ CUMBRE, L.: "Protección social y Comunidades Autónomas", en AA. VV.: *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las autonomías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Tecnos, Madrid, 1998.

MOLINA NAVARRETE, C.: "Protección y eficacia de los derechos socio-laborales: balance y perspectivas del sistema constitucional de garantías", en AA. VV.: *El modelo social de la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

MONEREO PÉREZ, J. L.: "El derecho a la Seguridad Social", en AA. VV.: *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002.

—: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo,* Editorial Bomarzo, Albacete, 2009.

—: "Artículo 35. Protección de la salud" en AA. VV.: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012.

MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: "La asistencia sanitaria como derecho fundamental y el Sistema Nacional de Salud como garantía institucional: balance y desafíos para el siglo XXI de su modelo regulador, en

AA.VV.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, Comares, Granada, 2007.

—: "Configuración y delimitación técnica: la asistencia sanitaria como acción protectora del sistema de Seguridad Social", en AA. VV.: *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2008.

MUÑOZ MACHADO, S.: L*a formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995.

NOGUERA FERNÁNDEZ, A.: "La eficacia de los derechos sociales: la compleja articulación entre justiciabilidad, legitimidad y competencia" en *RDS,* núm. 44 (2008).

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: "Los derechos a la Seguridad Social y a la salud en la Constitución" en AA. VV.: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980.

PECES BARBA, G.: *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986.

PÉREZ LUÑO, A.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2011.

PRIETO SANCHÍS, L.: "Artículo 53. Protección a los derechos fundamentales", en AA. VV.: *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Tomo IV, Edersa, Madrid, 1984.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M y DEL REY, S.: "Informe español", en AA. VV.: *Protección de la Salud y Derecho Social,* Bosch, Barcelona, 1999.

VIDA SORIA, J.: "Artículo 41. Seguridad Social", en AA. VV.: *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Tomo IV, Edersa, Madrid, 1984.

LA REFORMA LABORAL Y DE PROTECCIÓN SANITARIA DE 2012 A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN: ENTRE LA AUSENCIA Y EL ANONIMATO DE LA POBLACIÓN TRABAJADORA EXTRANJERA

Raquel Vela Díaz
Personal Investigador
Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS Y SU RECONOCIMIENTO EN LA LEY DE EMPLEO
3. INESTABILIDAD DE LA POBLACIÓN EXTRANJERA EN LA LEY 3/2012 DE REFORMA DEL MERCADO LABORAL: BALANCE DE LA SITUACIÓN
4. EL REAL DECRETO-LEY 16/2012 Y LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO A LA SANIDAD PARA LA POBLACIÓN EXTRANJERA EN SITUACIÓN IRREGULAR
5. CONSIDERACIONES FINALES
6 BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

Son numerosas y diversas las reformas laborales que se han emprendido en España en los últimos años, las más recientes impulsadas por la *constatada alteración del ciclo económico*[1] cuya severa incidencia en nuestro país, ha supuesto una incesante e infructuosa búsqueda por parte del Ejecutivo en el poder en los diferentes periodos, de una verdadera estimulación del empleo.

Y es que desde el año 2010 se ha producido un entramado de modificaciones legislativas, cuya intensidad y envergadura están generando sin duda una auténtica dificultad para alcanzar un conocimiento razonable del marco completo de nuestra legislación laboral, que han supuesto correcciones, supresiones o adiciones de medidas anteriormente adoptadas, no encontrándose casi con seguridad otro periodo tan intenso como el presente en esta vertiente[2].

La última de todas estas reformas, aprobada mediante Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral[3], ha sido el resultado de la tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de igual denominación. Supone un nuevo paso en el proceso inagotable de reformas de nuestra legislación del trabajo, que han tratado, sin conseguirlo, de facilitar la creación de empleo, de corregir la excesiva dualidad y precariedad de nuestro mercado de trabajo, y contribuir así al saneamiento y a la mejora de la economía[4], cuyo alcance afecta a la práctica totalidad de los elementos institucionales claves de la legislación laboral y social[5].

Así, la actual reforma al igual que las que la precedieron, trata una vez más con escaso éxito de hacer sostenible nuestro modelo de relaciones laborales, agobiado tal y como su propio Preámbulo indica, por problemas de ámbito estructural y no tanto coyuntural. Se muestra así de manera paradójica, extraordinariamente continuista y en cierta medida conservadora respecto de la práctica totalidad de medidas de políticas activas de empleo ya existentes, por lo tanto, presenta deficiencias similares que las precedentes, adoleciendo de esta manera de las mismas incapacidades para abordar eficazmente los retos que el actual panorama económico y de empleo

---

[1] VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Documentación Laboral*, nº 94, Vol. I, 2012, pág. 3.

[2] CRUZ VILLALÓN, J.: "Hacia una nueva concepción de la Legislación Laboral", *Temas Laborales*, nº 115, 2012, pág. 14-15.

A modo de ejemplo, podemos citar el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; Real Decreto-Ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la reforma de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo; Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva; Ley 27/2011, de 1 de agosto sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social; Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo; Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social; Ley 38/2011, de 10 de octubre de reforma de la Ley Concursal.

[3] BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

[4] CASAS BAAMONDE, Mª E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Las reformas de la reforma laboral de 2012 (La Ley 3/2012 y el RDL 20/2012)", *Relaciones Laborales*, nº 15-18, 2012, pág. 1-2.

[5] CRUZ VILLALÓN, J.: "Hacia una nueva concepción de la Legislación Laboral", op. cit., pág. 15-16.

presenta[6], y a la vez, desarrolla un marco institucional de las relaciones de trabajo que giran en torno al principio autoritario del poder empresarial, sin controles reales en las relaciones de trabajo y en la organización del mismo[7].

A lo que hay que unir que al igual que las reformas acometidas en los últimos años, la actual reforma no ha dejado a nadie indiferente, siendo el detonante para una amplia diversidad de opiniones, posiciones y puntos de vista sobre las bondades e insuficiencias de la misma por parte de distintos sectores: partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales, doctrina y hasta la propia opinión pública.

En este sentido, tampoco ha provocado indiferencia la aprobación del Real Decreto-Ley 16/2012, de 24 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones[8], que introduce importantes modificaciones legislativas en relación con la cobertura sanitaria pública y que comportará restricciones de acceso a la sanidad para determinados colectivos que viven hoy en España.

Pero no podemos quedarnos únicamente en la letra de la ley, por el contrario, es fundamental tener en cuenta quienes son los principales destinatarios y a la vez los principales protagonistas de la puesta en marcha del entramado de medidas contenidas en ambas reformas mencionadas. Así, entre ellos y en este complicado escenario cabría preguntarse si también tiene cabida la población de origen inmigrante, cuya aportación en la etapa de expansión económica de nuestro país ha sido vital, pero sin embargo, la recesión económica se ha encargado de expulsarlos, juntamente con los trabajadores y trabajadoras nacionales, de una manera masiva del mercado laboral.

De esta forma, el objeto del presente trabajo es el de hacer una reflexión sobre la atención prestada a la población extranjera en el diseño de las recientes reformas de empleo y sanitaria promulgadas, y las consecuencias que la conexión entre ambas modificaciones legislativas puede conllevar para esta población.

2. DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS Y SU RECONOCIMIENTO EN LA LEY DE EMPLEO

Antes de aprobarse la Constitución Española de 1978, la regulación jurídica del fenómeno migratorio en nuestro país se centraba en la salida y en la estancia en el extranjero de la ciudadanía española. Apenas existía normativa sobre la entrada o presencia de personas extranjeras en España[9].

---

[6] MOLINA NAVARRETE, C.: "Intermediación y políticas activas de empleo: una urgente reforma "que brilla por su ausencia", *Temas Laborales*, nº 115, 2012, pág. 137-141.

[7] BAYLOS GRAU, A.: "El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario", *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012, pág. 11.

[8] BOE núm. 98, de 24 de abril de 2012.

[9] AJA, E.: "La evolución de la normativa sobre inmigración", en AJA, E. y ARANGO, J. (eds.): *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica (1985-2004)*, Fundación Cidob, Barcelona, 2006, pág. 17-18.

La aprobación de la Constitución en 1978 significó un cambio decisivo para la ciudadanía y tuvo influencia directa en la regulación de la inmigración[10]. Así, para el reconocimiento de los derechos de las personas extranjeras en España, es clave el artículo 13 de nuestra Constitución (CE), que les reconoce las libertades públicas que garantiza el propio texto constitucional a los españoles "*en los términos que establezcan los tratados y la ley*"[11]. Se desprende así del citado precepto que sin regular de manera específica los derechos y libertades de los extranjeros, los enuncia en su Título I y remite para la titularidad y ejercicio de los mismos, por un lado, a lo que venga establecido a nivel internacional en los Tratados y Pactos Internacionales[12], y por otro lado, a nivel infraconstitucional en el desarrollo legal de los mismos, en este caso, en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (LOEX). Se puede decir por tanto, que no es exclusivamente una Constitución para los españoles, aunque haya sido realizada por éstos. El texto constitucional no ha desconstitucionalizado los derechos fundamentales de las personas extranjeras, pues tienen su fuente primaria en dicho texto, sino que sólo remite las condiciones de ejercicio a la Ley. En concreto, la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas extranjeras en España deben deducirse de los preceptos que integran el Título I interpretados sistemáticamente[13].

En términos muy similares se manifiesta el artículo 3 de la vigente Ley de Extranjería, que viene a hacer referencia a los Derechos de las personas extranjeras y la interpretación de las normas, precepto del que emana un reconocimiento de derechos y libertades contemplados en nuestra Constitución en condiciones de igualdad con los españoles, así como la universalidad de los derechos fundamentales de las personas, con independencia de su nacionalidad.

Y es que asistimos a un momento histórico en nuestro país en el que el fenómeno migratorio de un tiempo a esta parte, es un hecho claramente consolidado como una realidad estructural y no circunstancial, por lo que la definición de las fronteras en el estatuto constitucional de ciudadanía de las personas extranjeras, ha de plantearse desde la norma constitucional misma, revalorizando las cláusulas de apertura que la Constitución Española tiene en este proceso[14].

---

[10] Aunque cabe señalar que en ese momento había más preocupación por la emigración de la población española a Europa, que por la incipiente inmigración que llegaba a España, como lo muestra el artículo 42 CE, que encomienda al Estado velar por los derechos de los trabajadores españoles en el extranjero y promover su retorno.

[11] Excluyendo expresamente el derecho de sufragio y el acceso a los cargos públicos, con una excepción para las elecciones locales, a los ciudadanos y ciudadanas de los Estados que a su vez otorguen este derecho de sufragio a las personas de origen español, sometiéndolo por tanto, a las reglas del principio de reciprocidad, tal y como establece el art. 13.2 CE.

[12] De lo que se deriva que los individuos pasan a ser sujetos de derecho internacional, ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C.: "Fuentes de interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos internos. El caso de los derechos económicos, sociales y culturales", en AA.VV., AÑÓN, Mª. J. (ed.): *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

[13] MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: "El nuevo modelo jurídico-político regulador de la inmigración en España" en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (Coord.): *Los Derechos de los Extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, La Ley, Madrid, 2010, pág. 63.

[14] MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: "Ciudadanía, Solidaridad y Extranjería: el derecho a la inserción de los inmigrantes", en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE,

A su vez, se ha de tener presente que la Constitución también tiene una función formadora y conformadora de los principios, derechos y libertades de contenido social y laboral. En este sentido, la Constitución contiene determinados derechos subjetivos del ciudadano y ciudadana trabajadores, consagrando así los principios jurídicos-laborales como norma fundamental y otorgando al trabajo de las personas igual consideración y jerarquía que otras materias de orden político-jurídico. De ahí que sea el propio texto constitucional quien formalice los principios básicos de la organización jurídica del trabajo por cuenta ajena, y, consiguientemente, garantice los derechos sociolaborales[15]. Esta ciudadanía social derivada directamente del trabajo y de la condición de trabajador, hace también que a la persona extranjera trabajadora se le reconozca el conjunto de derechos sociales y económicos vinculados al hecho del trabajo, que se constituye a su vez, como elemento indispensable para una efectiva integración y cohesión social[16].

El derecho al trabajo está reconocido en el art. 35.1 CE como un derecho y deber del ciudadano (Sección II), dentro del capítulo dedicado a los derechos y libertades (Capítulo II) y del Título I, sobre los derechos y deberes fundamentales. Pero a su vez, no sólo se reconoce un derecho al trabajo, sino que también se establece constitucionalmente junto al mismo un conjunto de derechos de carácter profesional, tales como el derecho a la libre elección de profesión u oficio, el derecho a la promoción a través del trabajo, el derecho a una remuneración suficiente y el derecho a la no discriminación. Se establece así un estatuto jurídico-laboral de derechos para la persona en su condición de trabajadora, reflejado a su vez en el artículo cuarto del Estatuto de los Trabajadores[17].

Simultáneamente, el art. 40.1 CE implica el mandato a los poderes públicos de una política de pleno empleo, una implicación que se vincula de manera directa con las políticas activas de empleo, y de manera más concreta con la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo[18], cuya Exposición de Motivos viene a señalar que el objetivo de esta ley es el de incrementar la eficiencia del funcionamiento del mercado de trabajo y mejorar las oportunidades de incorporación al mismo para conseguir el objetivo del *pleno empleo*, siendo necesaria para su consecución una igualdad real de oportunidades en el acceso al mercado de trabajo para todas las personas. En este sentido, la Ley 56/2003 de Empleo, hace un reconocimiento explícito en su artículo 2.d) del objetivo de *asegurar políticas adecuadas de integración laboral dirigidas a aquellos colectivos que presenten mayores dificultades de inserción laboral*.

C. y MORENO VIDA, Mª N. (dirs.): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pág. 206.

[15] TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, Comares, Granada, 2012, pág. 218.

[16] RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios", en *Derechos y libertades de los extranjeros*, Tomo I, AA.VV., Gobierno de Cantabria, Cantabria, 2003, pág. 28.

[17] TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, op. cit., pág. 328. Aunque en la actual coyuntura económica, los mismos queden relegados a un segundo plano, quedando erosionado el contenido de los citados derechos.

[18] BOE núm. 301, de 17 de diciembre.

Para dar respuesta a este precepto, el artículo 19 octies[19] de dicha Ley de Empleo, viene a definir de manera más específica lo que se denominan "*Colectivos prioritarios*", es decir, los formados por aquellas personas que, como consecuencia de sus especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, requieren un tratamiento específico y tuitivo-compensador[20].

El derecho al trabajo tal y como se reconoce en el artículo 35.1 de la Constitución Española, utiliza la nacionalidad como título de atribución de este derecho, a diferencia de lo que sucede con el resto de los denominados derechos laborales básicos, que sí se reconocen a todas las personas trabajadoras con independencia de su nacionalidad. En efecto, la Constitución consagra un principio de preferencia de las personas nacionales frente a las extranjeras en el acceso al empleo, que se materializa en las correspondientes autorizaciones administrativas de residencia y trabajo, y la gestión colectiva de contrataciones en origen, mientras que consagra el principio de igualdad en el empleo.

Esto en cierta manera podría resultar contradictorio, que de un lado, constitucionalmente las personas nacionales tengan derecho al trabajo, mientras que las extranjeras, aunque no se les niega de forma expresa, sólo puedan acceder a un puesto de trabajo cuando no haya trabajadores y trabajadoras nacionales en paro para esa actividad. Y de otro lado, configurar legalmente, como hace la Ley de Empleo, a las personas inmigrantes como colectivo prioritario con especial dificultad de integración en el mercado laboral. Sin embargo, no debemos considerar que haya realmente una contradicción, ya que cuando la Ley de Empleo se refiere a las personas inmigrantes en el precepto relativo a los "colectivos prioritarios", lo hace "conforme a la legislación de extranjería", y ésta condiciona el derecho al trabajo a la tenencia de una autorización previa. En este sentido, la adopción de políticas activas de empleo a favor de las personas inmigrantes que tiene su base en la Ley de Empleo, se refiere a aquellas que residen legalmente en nuestro país[21].

En definitiva, el art. 19 octies de la Ley de Empleo, consagra a las personas inmigrantes como uno de los colectivos prioritarios destinatario de programas específicos dirigidos a fomentar su participación en el mercado de trabajo, ante las especiales dificultades que presentan para acceder al mismo. Dicho de otro modo, el reconocimiento de la puesta en marcha de acciones diferenciadas para alcanzar la igualdad material, mediante políticas activas concretas dirigidas a las personas inmigrantes como colectivo prioritario recogido legalmente en la Ley de Empleo, con la finalidad de lograr una igualdad de oportunidades real respecto de otros grupos de personas trabajadoras.

---

[19] *Art. 19 octies. 1. El Gobierno y las Comunidades Autónomas adoptarán…. programas específicos destinados a fomentar el empleo de las personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, especialmente jóvenes, con particular atención a aquellos con déficit de formación, mujeres, parados de larga duración, mayores de 45 años, personas con discapacidad o en situación de exclusión social, e inmigrantes, con respeto a la legislación de extranjería, u otros que se puedan determinar, en el marco del Sistema Nacional de Empleo.*

[20] OLARTE ENCABO, S.: *Políticas de Empleo y Colectivos con Especiales Dificultades. La "Subjetivación" de las Políticas Activas de Empleo*, Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 146-147.

[21] OLARTE ENCABO, S.: *Políticas de Empleo y Colectivos con Especiales Dificultades. La "Subjetivación" de las Políticas Activas de Empleo*, op. cit., pág. 227.

3. INESTABILIDAD DE LA POBLACIÓN EXTRANJERA EN LA LEY 3/2012 DE REFORMA DEL MERCADO LABORAL: BALANCE DE LA SITUACIÓN

La incorporación como destinatarios a las medidas selectivas de empleo de la población extranjera, ha sido más reciente en relación con determinados colectivos clásicos tales como las mujeres, las personas con discapacidad, los jóvenes, o los trabajadores de edad avanzada. Sin embargo, como punto en común con los mencionados colectivos clásicos, sus dificultades de integración en el empleo no son coyunturales, sino que permanecen ligadas a la naturaleza del colectivo, afectando de forma permanente a sus transiciones en el mercado de trabajo[22].

Esta estructuralidad de sus problemas de participación laboral, los diferencia de otros colectivos que aparecen incluidos en algunas normas de empleo por cuestiones más bien económicas, como los beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo, o por la pertenencia a sectores específicos de actividad, como la agricultura o la pesca[23], lo que viene a justificar su tratamiento como colectivo diferenciado de las políticas selectivas de empleo. Además, los problemas de empleo que sufren las personas inmigrantes, no se localizan sólo en el acceso o en la reinserción al mercado de trabajo español, sino que se extienden a la continuidad en el empleo. A lo que debemos añadir que dado que lo habitual es que su actividad se desenvuelva en empleos polarizados y segmentados, como el cuidado familiar en el caso de las mujeres inmigrantes, situándose así en una posición de desigualdad, se encuentran sin posibilidades reales de remover, por ellos mismos, los obstáculos que les impiden alcanzar una presencia más estable en el mercado de trabajo[24].

Sin embargo, los contratos acogidos al Programa de Fomento del Empleo[25], comparten una característica común, que viene definida por los colectivos a los que van destinados, con la pretensión de fomentar en la medida de lo posible la contratación indefinida de dichas personas en situación de desempleo, siendo estos colectivos los siguientes: mujeres; jóvenes de 16 a 30 años, ambos inclusive; mayores de 45 años; trabajadores con discapacidad; trabajadores que tengan acreditada la condición de víctima de violencia de género o doméstica, sin que sea necesaria la condición de estar en desempleo; trabajadores en desempleo en situación de exclusión social acreditada por los órganos competentes.

---

[22] GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, Mª C.: *Colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo*, Laborum, Murcia, 2011, pág. 353.

[23] Así por ejemplo, el Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas, hace referencia en su artículo tercero a la puesta en marcha de acciones por parte de los Servicios Públicos de Empleo dirigidas, entre otros colectivos, a personas procedentes del sector de la construcción y de otros sectores afectados por la crisis con el fin de mejorar su empleabilidad. En Andalucía, se puso en marcha el Plan Extraordinario de Medidas para la Mejora de la Empleabilidad del Mercado de Trabajo (Memta), regulado por Orden de 31 de octubre de 2008, que estableció un conjunto de actuaciones dirigidas a las personas desempleadas provenientes de sectores de actividad en los que el desempleo había crecido de forma significativa en el último periodo.

[24] CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: *Colectivos desfavorecidos en el mercado de trabajo y políticas activas de empleo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, pág. 103.

[25] Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

Así, los citados colectivos son reconocidos como tales de manera recurrente en los diversos textos reguladores de las distintas medidas de fomento del empleo[26], por lo que se comprueba que han sido dichos colectivos a los que han ido destinadas especialmente las medidas puestas en marcha por la política de fomento de empleo, detectándose así una total ausencia en el reconocimiento de los trabajadores y trabajadoras inmigrantes a pesar de estar expresamente incluidos, como ya hemos afirmado, en el art. 19 octies de la Ley 56/2003, de Empleo, entre los colectivos prioritarios susceptibles de ser beneficiarios de programas específicos destinados a fomentar su empleo, por su especial dificultad de integración en el mercado de trabajo, tal y como reconoce el propio texto legal.

Por su parte, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero que lo precedió, han sido aprobados, como hemos afirmado, en un contexto de grave crisis económica que ha generado una destrucción de empleo sin precedentes y con mayor celeridad que en las principales economías europeas[27], un reconocimiento reflejado en el apartado primero del Preámbulo de ambos textos legales.

Esta destrucción de empleo ha sido más intensa en ciertos colectivos, tal y como reconoce el citado apartado, entre ellos los jóvenes. No obstante, a pesar de ponerse de manifiesto que la destrucción de empleo derivada de la crisis también ha incidido especialmente en el colectivo de trabajadores y trabajadoras inmigrantes, debido a la estratificación que caracteriza el mercado de trabajo español, y a los sectores inferiores de la pirámide ocupacional en los que se han insertado de manera mayoritaria, la Ley 3/2012 no hace ninguna referencia a esta población trabajadora de origen extranjero. A lo que debemos unir las altas tasas de temporalidad que caracteriza a este colectivo, otro de los factores sobre los que la crisis ha tenido un efecto especialmente grave, como también reconoce la propia Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, sin hacer tampoco al respecto ninguna mención específica a la población trabajadora inmigrante.

Esta ausencia pone de manifiesto que la población extranjera en nuestro país, a pesar de su reconocida especial vulnerabilidad, no es verdaderamente un colectivo a tener en cuenta en la puesta en marcha de las nuevas medidas y políticas de empleo, con independencia de su consideración en el artículo 19 octies de la Ley de Empleo, lo que en la práctica se traduce en una atención deficiente, que conlleva el incumplimiento del mandato legal establecido en el citado precepto, o

---

[26] Tales como la Ley 43/2006, de 28 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, Ley 44/2007, de 13 de diciembre de regulación del régimen de las empresas de inserción, Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, y Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo.

[27] SECRETARÍA DE ESTADO DE EMPLEO: *Revista Coyuntura Laboral. Análisis del Mercado de Trabajo*, nº 101, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, junio 2012, pág. 11.

<www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/debes_saber/coyuntura/numeros/101/coy101.pdf>.

dicho de otro modo, la falta de concordancia entre la perspectiva de la norma y la plasmación real en las actuales políticas de empleo.

Ante esta constatación, se desprende que la más reciente reforma del mercado laboral llevada a cabo en nuestro país, carece por completo de medidas de fomento de empleo destinadas a aquellas personas extranjeras que se encuentren en situación de regularidad administrativa, y que ante la especial dificultad que las mismas experimentan en nuestro mercado de trabajo derivada de las múltiples discriminaciones de las que pueden ser objeto, principalmente por su origen inmigrante, hace que requieran un tratamiento compensador específico para una efectiva integración en la sociedad española, a través de su participación en el mercado de trabajo.

Esta reticencia a impulsar medidas de acción positiva que de alguna manera chocan con nuestro modelo preferencial de acceso al empleo a favor de las personas nacionales, aún cuando dichas medidas se orienten a las personas extranjeras que se encuentren regularmente en nuestro país, ha generado que incluso desde instancias Comunitarias se realizaran ciertas observaciones, advirtiendo que nuestros Planes de Acción para el Empleo adolecían de medidas específicas para el colectivo de personas extranjeras, señalando además que éstas se han orientado más a la formación, capacitación e inserción social en su dimensión más asistencial que al empleo[28].

Sin embargo, podemos situar a la población inmigrante en la misma posición de desventaja que al resto de colectivos clásicos destinatarios de estas políticas, ante la dificultad que presentan de encontrar o mantener un empleo por cuenta ajena de calidad, por lo que por esta misma regla, también deberían convertirse en uno de los destinatarios prioritarios de las nuevas medidas contenidas en la reforma laboral. Para ello hubiera sido necesaria una previsión por parte de las nuevas políticas de empleo para el diseño y el establecimiento de medidas concretas dirigidas, adaptadas y enfocadas a compensar las principales carencias y desventajas a que se enfrentan los trabajadores y trabajadoras inmigrantes para participar en nuestro mercado de trabajo.

Creemos por tanto que la ausencia de atención específica por parte de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral a este factor de diversidad en el propio diseño de las medidas de política de empleo, supone la pérdida de gran parte de la eficacia de las mismas en su posterior fase de desarrollo y ejecución, de manera especial en lo que a la población inmigrante

[28] A modo de ejemplo, la disposición adicional novena del Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, contempla –de manera residual- la promoción de políticas activas de ocupación orientadas a la formación de los trabajadores extranjeros en situación de desempleo, promoviendo entre estas acciones el conocimiento de las lenguas oficiales reconocidas en la Comunidad Autónoma en la que residan.

se refiere[29]. Ausencia que por otro lado está siendo expresiva de la opción política que existe respecto a esta población trabajadora, permutando el objetivo de la integración por su omisión, abocándolos así a su salida de nuestro mercado de trabajo y de la sociedad. Circunstancia que nos plantea el interrogante de si lo que se pretende es tratar de silenciar su existencia como forma de invisibilizar su presencia en un mercado de trabajo de funcionamiento deficiente.

4. EL REAL DECRETO-LEY 16/2012 Y LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO A LA SANIDAD PARA LA POBLACIÓN EXTRANJERA EN SITUACIÓN IRREGULAR

En esta *historia interminable* de reformas vinculadas a estos tiempos convulsos, se produce otro cambio jurídico con indudable trascendencia social en materia de inmigración, con una norma que impactará gravemente en la pérdida de cohesión social y que puede provocar costes económicos y sociales colaterales más importantes que el ahorro económico que se pretende obtener con la medida[30], además de ser muy cuestionable su respeto a la normativa internacional y europea y a nuestra Constitución, que viene de la mano del derecho a la sanidad y a las limitaciones que se introducen en forma de restricción para la población extranjera en situación irregular[31], restricción del derecho a la sanidad que se encuentra recogida en el Real Decreto-Ley 16/2012, de 24 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

La regulación jurídico-legal del derecho a la asistencia sanitaria, no ha sufrido tantas modificaciones como otros derechos en el sentido de avances y retrocesos en relación a las personas extranjeras. Muy al contrario, el mismo ha presentado una evolución más constante y progresiva a lo largo de las sucesivas reformas de la LOEX en aras de su efectivo reconocimiento a la persona inmigrante extranjera, hasta el Real Decreto-Ley 16/2012, que ha supuesto una clara y evidente regresión[32].

De esta manera, la citada norma añade un nuevo art. 3 ter a la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud[33], que recoge que a excepción de las personas extranjeras menores de dieciocho años que recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que las ciudadanas y ciudadanos

---

[29] En esta misma línea MOLINA HERMOSILLA, O.: "Las nuevas competencias autonómicas en materia de gestión de la inmigración y sus consecuencias para el ámbito de la política de empleo", en AA.VV.: *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado estado de las autonomías*, XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 179-180.

[30] Como el favorecimiento de eventuales situaciones de riesgo para la salud de la población que la falta de control sanitario de las personas inmigrantes puede comportar.

[31] ROJO TORRECILLA, E.: "¿Hacia dónde se dirige la política de inmigración del gobierno español? (II)", 28 de abril de 2012. <http://eduardorojoblog.blogspot.com.es/2012/04/hacia-donde-se-dirige-la-politica-de_28.html>.

[32] TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, op. cit., pág. 315.

[33] BOE núm. 128, de 29 de mayo de 2003.

españoles, las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria ante dos situaciones: en primer lugar, asistencia de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa y hasta el alta médica, y en segundo lugar, asistencia al embarazo, parto y postparto.

A este respecto, la Disposición final tercera del citado Real Decreto-ley 16/2012**,** modifica también el artículo 12 de la LOEX, que bajo la rúbrica "Derecho a la asistencia sanitaria" establece que "*los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria*", lo que pone de manifiesto un importante retroceso respecto a la anterior redacción del precepto otorgada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LOEX, en cuyo apartado primero contemplaba que "*Los extranjeros que se encuentren en España, inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles*". Por tanto, el empadronamiento ya no dará derecho a recibir asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que el resto de personas, autóctonas o extranjeras residentes, ya que estas personas extranjeras pueden estar empadronadas, pero no ser residentes de acuerdo a la normativa vigente.

De esta manera, nuestro Estado del bienestar fundado entre otros principios en torno a la existencia de una protección sanitaria pública, consecuencia de la aplicación y desarrollo de los principios y valores que fundamentan nuestro Estado de Derecho, y de un sanidad pública que atiende a personas dentro de su ámbito territorial, ha pasado a sustituir a estas últimas por permisos o documentos administrativos variables[34]. Y decimos variables porque esta drástica medida puede afectar no sólo a aquellas personas extranjeras que no dispongan originariamente de autorización de residencia, sino también, y ante la actual situación de crisis, pudiendo contribuir a ello, a aquellas personas extranjeras en situación regular que han trabajado, que han cotizado a la Seguridad Social, pero que por causa del desempleo, no pueden renovar sus permisos de residencia y trabajo, pasando a una situación de irregularidad sobrevenida, de manera que salvo cuestiones sanitarias vinculadas al embarazo o relacionadas con algún tipo de urgencia médica, quedarán desprotegidas y excluidas del sistema de salud. Se suprime así un derecho básico y fundamental de las personas, por el mero hecho de serlo, que parece basarse en un criterio de nacionalidad.

Y es que no podemos olvidar que el derecho a la sanidad pública es un derecho reconocido, a todos, por nuestra Constitución y por los tratados internacionales suscritos por España y que están en vigor y que la necesidad de reducir el déficit público, no debe restringir ni limitar los derechos constitucionales, ni mucho menos sus garantías. Así, aunque el texto constitucional no establece un derecho a la asistencia sanitaria de forma específica, el mismo deriva de manera implícita y lógica del art. 43, que reconoce en primer lugar y de manera general, el derecho a la protección de la salud, omitiendo cualquier indicación sobre los

[34] SAGARRA TRIAS, E.: "¿Puede limitarse el derecho al acceso a la sanidad pública sin debate parlamentario previo?", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 30, 2012, pág. 208-209.

titulares del derecho y en segundo lugar, la organización y tutela de la misma por parte de los poderes públicos, a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Y aunque por su ubicación constitucional no se puede categorizar propiamente al mismo como derecho fundamental, es complementario de otros derechos fundamentales de presupuesto existencial para la salud, como el derecho a la vida y la integridad física (art. 15 CE), o a la dignidad de la persona (art. 10 CE), quedando interconectado también con el art. 41 de la Constitución que proclama el derecho a la Seguridad Social, imponiendo a los poderes públicos el mantenimiento de un Sistema de Seguridad Social que incluya en su campo de aplicación a todos los ciudadanos, pues es la principal institución que llena de contenido y hace posible de modo efectivo la existencia del Estado Social y Democrático de Derecho[35].

Así, los correspondientes derechos de protección social de la persona inmigrante a la seguridad social y a la salud, devienen de la configuración subjetiva de los citados derechos, que permite adscribirlos a la persona en cuanto tal, sin considerar su nacionalidad o ciudadanía, dado el carácter indispensable de aquellos en orden a garantizar la dignidad humana[36].

Lo anterior sin perjuicio de establecer un estricto control por parte de las autoridades del "turismo sanitario"[37], que ha generado un abuso de la sanidad española por parte de personas extranjeras comunitarias que contando con medios económicos, teniendo ya cubierta la asistencia sanitaria bien por sus instituciones de Seguridad Social en origen, bien por seguros privados y sin tener residencia habitual en territorio español, se han beneficiado de servicios médicos altamente costosos y que han supuesto una de las principales causas de los déficits económicos sanitarios actuales[38]. Eso sí, no a costa de limitar de un modo directo un derecho consagrado y definido constitucionalmente como es el derecho a la salud, bajo la justificación de la austeridad y del control del gasto público.

5. CONSIDERACIONES FINALES

El fenómeno migratorio se ha consolidado claramente en la sociedad española, siendo una realidad la convivencia social entre personas extranjeras y nacionales que tiene su lógica plasmación también en la participación de ambos en el mercado de trabajo de nuestro país.

---

[35] APARICIO TOVAR, J.: "El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria", en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, Mª N. (dirs.): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pág. 1554.

[36] MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: "Seguridad Social e inmigración: la ardua forja de una ciudadanía social plena", en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, Mª N.(Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, Granada, Comares, 2008, pág. 370-371.

[37] SAGARRA TRIAS, E.: "¿Puede limitarse el derecho al acceso a la sanidad pública sin debate parlamentario previo?" op. cit., pág. 212-213.

[38] Por ejemplo cirugía no urgente, implantación de prótesis, tratamientos no vitales, chequeos, etc…

Esta realidad de demostrada estructuralidad implica o debe implicar una relectura de la norma constitucional más abierta al nuevo signo de los tiempos, en el sentido de la lógica de la integración por la igualdad de reconocimiento de derechos y deberes, frente a la exclusión que supone mantener un estatuto de "ciudadanos extranjeros" fuertemente diferenciado[39].

Este hecho a su vez, debería también de reflejarse y configurarse en las recientes reformas legislativas llevadas a cabo en nuestro país, especialmente las dictadas en materia laboral y sanitaria, en el sentido de percibir en su regulación que el legislador es consciente de la presencia y participación de la población extranjera en los mismos ámbitos que la población autóctona, con especial incidencia en el marco laboral y sanitario, ámbitos cuasi universalizados. Para ello, se hace necesario en ocasiones, ante la existencia de ciertas desigualdades o menores oportunidades que se les brinda al colectivo de personas extranjeras, introducir o intercalar ciertas medidas concretas que posibiliten la consecución de la igualdad para la población inmigrante extranjera que desarrolla su proyecto de vida en nuestro país.

Y así vino a reconocerlo la propia Ley 56/2003, de Empleo, que consagró a la población inmigrante, junto con otros grupos, como colectivo prioritario destinatario de programas específicos dirigidos a fomentar su participación en el mercado de trabajo, con el fin de compensar las detectadas dificultades que presentan ante el mismo.

Sin embargo y pese a este mandato legal, es notorio que en la práctica han sido otros colectivos tradicionales los principales destinatarios de las medidas de empleo, detectándose así una importante ausencia de las personas trabajadoras inmigrantes. Una ausencia que sin duda se ha extendido también a la reciente reforma del mercado de trabajo llevada a cabo mediante Ley 3/2012. Reticencias a su inclusión que incluso ya en su día fueron detectadas desde instancias comunitarias.

A su vez, no cabe duda que la salud es uno de los mayores bienes del ser humano y precisamente por este motivo es objeto de conversión en bien jurídico. En este sentido, el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria a las personas extranjeras consagrado en la anterior redacción del art. 12 LOEX, supuso un claro avance al no vincular la situación de regularidad a la residencia legal, sino apareciendo conectada a su empadronamiento. Sin embargo y en relación con la población extranjera, el Real Decreto-Ley 16/2012 supone un claro retroceso legislativo en este ámbito, pues vuelve a trazar una implacable línea divisoria sobre la base del binomio regularidad-irregularidad, poniendo así en entredicho la viabilidad de que las personas extranjeras inmigrantes puedan alcanzar una ciudadanía social plena.

Podemos concluir poniendo de manifiesto la evidente conexión entre ambas cuestiones aquí planteadas: empleo y sanidad, puesto que por un lado, la reciente reforma del mercado de trabajo no facilita a la población inmigrante el acceso a las políticas de empleo, y a su vez, sin empleo, como principal factor que va a posibilitar una situación de regularidad administrativa, queda gravemente restringido

[39] MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: "Ciudadanía, Solidaridad y Extranjería: el derecho a la inserción de los inmigrantes", op. cit., pág. 206.

el acceso a la sanidad para este grupo de población. Una clara conexión que sin duda va a generar un círculo vicioso que fomentará e inducirá la salida de este colectivo de nuestro mercado de trabajo y por consiguiente de nuestra sociedad.

6. BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C.: "Fuentes de interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos internos. El caso de los derechos económicos, sociales y culturales", en AA.VV., AÑÓN, Mª. J. (ed.): *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

AJA, E.: "La evolución de la normativa sobre inmigración", en AJA, E. y ARANGO, J. (eds.): *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica (1985-2004)*, Fundación Cidob, Barcelona, 2006.

BAYLOS GRAU, A.: "El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario", *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012.

CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: *Colectivos desfavorecidos en el mercado de trabajo y políticas activas de empleo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.

CASAS BAAMONDE, Mª E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Las reformas de la reforma laboral de 2012 (La Ley 3/2012 y el RDL 20/2012)", *Relaciones Laborales*, nº 15-18, 2012.

CRUZ VILLALÓN, J.: "Hacia una nueva concepción de la Legislación Laboral", *Temas Laborales*, nº 115, 2012.

GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, Mª C.: *Colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo*, Laborum, Murcia, 2011.

MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: "Seguridad Social e inmigración: la ardua forja de una ciudadanía social plena", en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, Mª N. (Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, Granada, Comares, 2008.

MOLINA HERMOSILLA, O.: "Las nuevas competencias autonómicas en materia de gestión de la inmigración y sus consecuencias para el ámbito de la política de empleo", en AA.VV.: *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado estado de las autonomías*, XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MOLINA NAVARRETE, C.: "Intermediación y políticas activas de empleo: una urgente reforma "que brilla por su ausencia", *Temas Laborales*, nº 115, 2012.

MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: "Ciudadanía, Solidaridad y Extranjería: el derecho a la inserción de los inmigrantes", en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, Mª N. (dirs.): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002.

MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: "El nuevo modelo jurídico-político regulador de la inmigración en España" en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (Coord.): *Los Derechos de los Extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, La Ley, Madrid, 2010.

OLARTE ENCABO, S.: *Políticas de Empleo y Colectivos con Especiales Dificultades. La "Subjetivación" de las Políticas Activas de Empleo*, Aranzadi, Navarra, 2008.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios", en *Derechos y libertades de los extranjeros*, Tomo I, AA.VV., Gobierno de Cantabria, Cantabria, 2003.

ROJO TORRECILLA, E.: "¿Hacia dónde se dirige la política de inmigración del gobierno español? (II)", 28 de abril de 2012. <http://eduardorojoblog.blogspot.com.es/2012/04/hacia-donde-se-dirige-la-politica-de_28.html>.

SAGARRA TRIAS, E.: "¿Puede limitarse el derecho al acceso a la sanidad pública sin debate parlamentario previo?", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 30, 2012.

SECRETARÍA DE ESTADO DE EMPLEO: *Revista Coyuntura Laboral. Análisis del Mercado de Trabajo*, nº 101, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, junio 2012. <www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/debes_saber/coyuntura/numeros/101/coy101.pdf>.

TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, Comares, Granada, 2012.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Documentación Laboral*, nº 94, Vol. I, 2012.

LA EFECTIVIDAD DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA EN EL ÁMBITO PRESUPUESTARIO Y PLANIFICADOR: REPERCUSIÓN EN LA PROTECCIÓN Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

Margarita Arenas Viruez
Profesora Contratada. Doctora
Universidad Pablo de Olavide

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN
2. MEDIDAS DE RACIONALIZACIÓN DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA
   2.1. Estructura de grados de dependencia
   2.2. Configuración del SAAD
   2.3. Prestaciones y servicios de atención del SAAD
   2.4. Aplicación progresiva de la LD y efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia
   2.5. Seguridad Social de los cuidadores no profesionales
3. REFLEXIONES FINALES

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Desde el mes de octubre del año 2003 en que se aprobó en el Pleno del Congreso de los Diputados la Renovación del Pacto de Toledo –cuya Recomendación Adicional 3ª expresaba que resultaba necesario configurar un sistema integrado que abordase desde la perspectiva de globalidad el fenómeno de la dependencia– hasta la actualidad, han transcurrido más de nueve años, a lo largo de los cuales la economía española ha pasado de una etapa de prosperidad y bonanza económica a una crisis de gran dureza y profundidad.

En efecto, en los siguientes años a la aprobación de la citada Renovación del Pacto de Toledo, la política llevada a cabo no sólo en materia de protección social, sino también en otros ámbitos, como el fiscal o el laboral, revela una etapa de crecimiento económico. Algunas muestras de ello son: la creación de la prestación económica por nacimiento o adopción, incorporada a las prestaciones familiares del sistema de la Seguridad Social por la Ley 35/2007, de 15 de noviembre, por la que se establece la deducción por nacimiento o adopción en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la prestación económica de pago único de la Seguridad Social por nacimiento o adopción (BOE de 16 de noviembre de 2007); la creación de la renta de emancipación de los jóvenes, regulada por el Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre (BOE de 7 de noviembre de 2007); las deducciones fiscales por la compra de una vivienda habitual; y los diversos y variados programas de fomento del empleo, como, por poner un ejemplo, el programa contenido en el Anexo de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE de 30 de diciembre de 2006).

Pero, sin duda, la más evidente e importante manifestación en materia de protección social del momento económico favorable y de prosperidad que atravesaba nuestro país es la creación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD, en adelante). Uno de los principales retos de la política social de nuestro país consistía en la atención a las personas en situación de dependencia y la promoción de su autonomía personal; para la consecución de dicho reto se aprobó la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (BOE de 15 de diciembre de 2006, en adelante, LD), que tiene por objeto, según dispone su artículo 1, regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, mediante la creación del SAAD.

Todas estas medidas que hemos destacado son manifestación del desarrollo por parte de los poderes públicos de algunos de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I de la Constitución Española (CE); básicamente, de los principios recogidos en los artículos 39 (protección social, económica y jurídica de la familia), 41 (mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad), 48 (promoción de las

condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural), 49 (realización de una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos) y 50 (promoción del bienestar de los ciudadanos de la tercera edad mediante un sistema de servicios sociales que atienda sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio) de la CE.

De esta forma, el propio texto constitucional, en los dos últimos preceptos citados, se refiere a la atención a personas con discapacidad y personas mayores y a un sistema de servicios sociales promovido por los poderes públicos para el bienestar de los ciudadanos. Y, tal y como indica la Exposición de Motivos de la LD, si en 1978 los elementos fundamentales de ese modelo de Estado de bienestar se centraban, para todo ciudadano, en la protección sanitaria y de la Seguridad Social, el desarrollo social de nuestro país ha permitido situar en un nivel de importancia fundamental a los servicios sociales, que han sido desarrollados fundamentalmente por las Comunidades Autónomas (CCAA, en adelante) y Corporaciones Locales, con colaboración especial del tercer sector, como cuarto pilar (junto a la Sanidad, Educación y Seguridad Social) del sistema de bienestar, para la atención a las situaciones de dependencia.

Precisamente, en desarrollo y cumplimiento de los mandatos constitucionales previstos en los artículos 49 y 50 de la CE, el Estado intervino para garantizar a los ciudadanos, y a las CCAA, un marco estable de recursos y servicios para la atención a la dependencia, configurando una nueva modalidad de protección social que amplía y complementa la acción protectora del Estado y del Sistema de la Seguridad Social, así como potenciando el avance del modelo de Estados social que consagra la CE. Y es que, como ha afirmado la doctrina constitucionalista, los principios rectores de la política social y económica concretan tres dimensiones de la CE: en primer lugar, son la más importante concreción de los enunciados generales del preámbulo, según uno de ellos la nación española proclama su voluntad de *"garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo"*; en segundo lugar, son una de las concreciones de los valores superiores del ordenamiento jurídico del artículo 1.1 de la CE, y en particular del valor igualdad; y, en tercer lugar, los principios rectores de la política social y económica son también concreción de la idea de Estado social[1].

En los años siguientes a la entrada en vigor de la LD, coincidiendo parcialmente con el inicio de la recesión de la economía española, el Estado y las CCAA pusieron en marcha todo el entramado jurídico, económico y administrativo para la puesta en funcionamiento del SAAD. Y es que no cabe duda de que la puesta en marcha del SAAD responde a la aprobación de la LD, de carácter estatal, si bien es cierto que las competencias esenciales corresponden a las CCAA, puesto que el título competencial de Servicios Sociales y Asistencia Social es exclusivo de aquéllas. Una

[1] En este sentido podemos ver a SERRANO, J.L.: "Algunas hipótesis sobre los principios rectores de la política social y económica". *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época*), número 56, 1987, págs. 96 97.

vez garantizadas las condiciones mínimas de igualdad en el ejercicio del derecho a la dependencia, mediante la aprobación de la LD y otras normas de desarrollo, la implantación del SAAD requiere la necesaria e imprescindible colaboración de las CCAA y la voluntad política de éstas de desarrollar las previsiones de la LD.

Pero el objeto de esta comunicación no es conocer el entramado jurídico de la puesta en marcha del SAAD. Lo que se pretende es analizar cómo la recesión que comenzó a experimentar la economía española en el año 2008 y la dureza y gravedad de la crisis económica que aún sufrimos ha tenido su repercusión en la efectividad de algunos principios rectores de la política social y económica de nuestro texto constitucional, sobre todo en aquellos principios que se enmarcan en la protección social. Específicamente vamos a estudiar la repercusión en el funcionamiento del SAAD, en concreto, analizaremos cómo la situación económica de nuestro país ha traído consigo la adopción de reformas normativas en materia de protección de las personas en situación de dependencia; especialmente, nos interesa conocer aquellas medidas que persiguen asegurar el sostenimiento económico del SAAD. Y es que vamos a partir de una premisa: la efectividad de los principios rectores de la política social y económica se aprecia en el ámbito presupuestario y planificador, en concreto, en las disposiciones normativas de evidente carácter económico y financiero. Para comprobar la validez de dicha premisa y, en concreto, a los efectos que nos interesan, para conocer la efectividad de los principios rectores contemplados en los artículos 49 y 50 de la CE en el ámbito presupuestario, vamos a analizar en el siguiente apartado las medidas adoptadas por las disposiciones legales que han reformado la LD entre los años 2010 y 2012.

2. MEDIDAS DE RACIONALIZACIÓN DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA

Han sido tres las disposiciones legales que han reformado la LD en los años 2010, 2011 y 2012: el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (BOE de 24 de mayo de 2010); el Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público (BOE de 31 de diciembre de 2011); y el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (BOE de 14 de julio de 2012). Estos decretos-leyes adoptan medidas de diversa índole y en distintos ámbitos, sobre todo en el ámbito el fiscal, en la Seguridad Social, en la asistencia sanitaria y en asistencia social, con el objetivo último de reducir el déficit público y de garantizar la estabilidad presupuestaria.

Y precisamente en el ámbito de la protección social la norma que ha sufrido mayores modificaciones ha sido la LD, sobre todo por el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, puesto que las otras dos normas tan sólo modifican un aspecto, aunque de especial relevancia, cual es la efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia, en los términos que analizaremos posteriormente. En las próximas líneas vamos a analizar las más importantes medidas adoptadas

por estas disposiciones normativas y vamos a comprobar cómo en la gran mayoría de ellas existe una vertiente económica, persiguiéndose en última instancia garantizar la sostenibilidad presente y futura del SAAD.

2.1. Estructura de grados de dependencia

Una de las conclusiones a las que llegaron los Grupos de Trabajo constituidos en el seno del Consejo Territorial del SAAD que realizaron la evaluación de la LD, tal y como se expone en el *Acuerdo de 10 de julio de 2012 del Consejo Territorial para la mejor del sistema para la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*[2], es que en muchos casos no parece que exista correlación entre las situaciones de dependencia y los servicios y prestaciones que reciben los dependientes para su atención. No existe una diferenciación en las prestaciones y servicios que se reconocen a las personas beneficiarias dentro de un mismo grado e, incluso, entre niveles próximos de distintos grados, lo que ha producido continuos procesos de revisión de la valoración, que ha hecho destinar recursos y tiempo que podrían haberse dedicado a la valoración de las personas con mayor grado de dependencia.

Por ello, con la finalidad de simplificar la gestión, permitir la atención de forma prioritaria a las personas con un mayor grado de dependencia que están pendientes de recibir atención y mejorar el proceso de valoración de la dependencia y el procedimiento para el acceso a las prestaciones, el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, modifica el artículo 26 de la LD y establece una nueva estructura manteniendo los tres grados en los que se clasifica la situación de dependencia, pero sin niveles. De esta forma, la situación de dependencia se clasifica en los tres grados que ya existían desde la aprobación de la LD pero sin que cada uno de estos grados se clasifique, a su vez, en dos niveles. Ahora bien, quienes antes del 15 de julio de 2012 –fecha de entada en vigor del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio- tuviesen reconocido un grado y nivel de dependencia, no precisarán de un nuevo reconocimiento a efectos de la clasificación por grados; sin embargo, en caso de revisión del grado y nivel que tuvieran reconocido, la valoración resultante se adaptará a la nueva estructura de grados.

2.2. Configuración del SAAD

El Consejo Territorial del SAAD y la Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales son órganos colegiados en los que participan los mismos miembros de la Administración General del Estado y de las CCAA, siendo su composición idéntica y sus funciones similares. Con el propósito de simplificar las relaciones de coordinación entre la Administración General del Estado y las CCAA y de mejorar la eficiencia de la coordinación y cooperación de las Administraciones, el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, refunde el Consejo Territorial del SAAD y

[2] Resolución de 13 de julio de 2012, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia para la mejora del sistema para la autonomía y atención a la dependencia (BOE de 3 de agosto de 2012).

la Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales en un solo órgano que se denomina Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. Esta refundición se articula en los términos previstos en la disposición adicional novena de la citada disposición normativa, según la cual se suprime la Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales y se prevé la constitución del nuevo Consejo Territorial en el plazo de 6 meses a contar desde el 15 de julio.

2.3. Prestaciones y servicios de atención del SAAD

El Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, también ha introducido modificaciones en las prestaciones y servicios de atención del SAAD. En concreto, ha modificado la prestación económica de asistente personal, que tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas en situación de dependencia, ahora en cualquiera de sus grados, sin que sea ya una prestación sólo para las personas con gran dependencia, como ocurría antes de la reforma; también el servicio de ayuda a domicilio ha sido reformado, considerándose necesario determinar que los servicios relacionados con las necesidades domésticas sólo puedan ser reconocidos conjuntamente con los de atención personal, a cuyos efectos se ha añadido dicho inciso en el artículo 23 de la LD; y, finalmente, el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, además de dar un nuevo tratamiento al sistema de la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia –en los términos que expondremos posteriormente-, reforma el artículo 29 de la LD para indicar que la prestación económica por cuidados en el entorno familiar corresponderá a la Administración competente, a propuesta de los servicios sociales. Este inciso parece que será sólo el comienzo de una reforma más profunda de la prestación económica por cuidados en el entorno familiar, pues es una de las propuestas de mejora del *Acuerdo de 10 de julio de 2012 del Consejo Territorial para la mejor del sistema para la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*[3].

Asimismo, debido al distinto nivel de desarrollo y contenido dentro de las diversas CCAA de las prestaciones a las personas en situación de dependencia, que ha potenciado la desigualdad en la aplicación de la ley, el legislador ha considerado necesario regular un contenido común mínimo de intensidad y compatibilidad de las prestaciones para todas las administraciones actuantes. En efecto,

---

[3] Dos de las razones que ha alegado el Consejo Territorial del SAAD para avalar algunas de las propuestas de mejora se enmarcan, precisamente, en el tratamiento que hasta el momento ha tenido la prestación económica por cuidados en el entorno familiar: por un lado, el incumplimiento de las expectativas generadas, tanto en empleo como en actividad económica, dado que no se ha priorizado la atención a través de la Red de Financiación Pública de Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas, generadora de empleo y actividad económica, primándose, por el contrario, las ayudas a cuidadores no profesionales, contraviniendo el espíritu y letra de la Ley, que lo consideraba una excepción; y, por el otro, el cambio de las condiciones socioeconómicas producido en nuestro país en los últimos años, con importante desempleo en los núcleos familiares, ha contribuido a impulsar la concesión de prestaciones económicas por cuidados familiares, por lo que miembros de la unidad familiar han decidido atender a los dependientes en el domicilio, a la vez que reciben una ayuda económica por realizarla. Por ello, parece adecuada una revisión de las condiciones para la concesión de este tipo de prestaciones económicas, garantizando así el espíritu de excepcionalidad contemplado en la Ley.

por un lado, se ha introducido el artículo 25 bis de la LD, que regula el régimen de incompatibilidad de las prestaciones; aspecto que hasta el momento carecía de una completa regulación a nivel estatal, pues han sido las normas autonómica las que han regulado el régimen de incompatibilidad de las prestaciones del SAAD. Por otro lado, la sostenibilidad económica del SAAD, la situación económica por la que atraviesa la economía española y la exigencia de cumplimiento de los objetivos de déficit público, han requerido la adopción de medidas urgentes de naturaleza económica que se traduzcan en ahorros inmediatos en el gasto de las administraciones públicas. En este sentido, el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, incorpora distintas medidas que generan un ahorro, por una parte, en el gasto de las CCAA, a través de la reducción de las cuantías máximas de las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar, de asistencia personal y de la prestación vinculada al servicio, así como de la reducción de la intensidad de protección de los servicios del catálogo, y, por otra, en el gasto de la Administración General del Estado, por la vía de la reducción de las cuantías del nivel mínimo de financiación del SAAD.

En efecto, es la disposición transitoria décima del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, la que regula las cuantías máximas de las prestaciones económicas por cuidados en el entorno familiar, de asistencia personal y de la prestación vinculada al servicio. Ahora bien, para los beneficiarios que a 15 de julio de 2012 tuvieran reconocido grado y nivel de dependencia, las prestaciones económicas se mantendrán en las cuantías máximas vigentes hasta entonces, excepto para la prestación económica por cuidados en el entorno familiar, cuyas cuantías serán las que se indican en la referida disposición; sin embargo, a los solicitantes de reconocimiento de la situación de dependencia con anterioridad al 15 de julio de 2012 respecto de los que no exista resolución administrativa de reconocimiento de grado y/o de reconocimiento de prestaciones, así como a los nuevos solicitantes, les serán de aplicación las cuantías máximas previstas en esta misma disposición. Por su parte, la disposición transitoria duodécima del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, regula la intensidad de protección de los servicios del catálogo para los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma en los que no haya recaído resolución administrativa de reconocimiento de las prestaciones así como en los procedimientos iniciados con posterioridad a dicha fecha.

Asimismo, la aportación de la Administración General del Estado para la financiación del nivel mínimo de protección y las reglas sobre su aplicación se contemplan en la disposición transitoria undécima del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, a la que nos remitimos para un conocimiento más detallado al respecto.

2.4. Aplicación progresiva de la LD y efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia

La efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia ha sido el aspecto más reformado desde la entrada en vigor de la LD. En efecto, la disposición final primera de la LD se ha reformado en tres ocasiones por los tres decretos-leyes que han modificado la regulación de la protección de las personas en situación de dependencia.

En primer lugar, el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, introdujo dos novedades: por un lado, desde el 1 de junio de 2010 el plazo para resolver las solicitudes de reconocimiento de la situación de dependencia y la prestación que corresponda recibir a las personas beneficiarias es de 6 meses a contar desde la fecha de la solicitud, sin que existiese previamente establecido un plazo máximo específico para el procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia; y, por el otro, el derecho de acceso a las prestaciones correspondientes se genera, también desde el 1 de junio de 2010, a partir de la resolución en la que se reconozca la concreta prestación a percibir por la persona beneficiaria –y no desde el momento de la solicitud, tal y como disponía la redacción original de la LD-, de manera que si transcurre el plazo de 6 meses sin que se notifique resolución expresa de reconocimiento de la prestación, el derecho de acceso se genera desde el día siguiente al del cumplimiento de dicho plazo. Asimismo, la disposición adicional 6ª de este decreto-ley dispuso que las cuantías que se adeuden en concepto de efectos retroactivos de las prestaciones económicas, independientemente de la fecha de la solicitud, podrán ser aplazadas y su pago periodificado en pagos anuales de igual cuantía en un plazo máximo de 5 años.

En segundo lugar, el Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, altera la aplicación progresiva de la LD. Como es sabido, la efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia se ejercita progresivamente, de modo gradual de acuerdo con el calendario previsto en la disposición final primera de la LD a partir del 1 de enero de 2007. Pues bien, este decreto-ley modificó la aplicación de la LD de los años quinto al octavo, si bien es cierto que este aspecto se ha vuelto a modificar por el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio.

En efecto, en tercer lugar, esta disposición legal ha modificado otra vez la disposición final primera de la LD. Tal y como se pudo constatar en los trabajos de evaluación de la LD, la situación de los últimos cinco años ha demostrado que conviven simultáneamente en el Sistema de la Dependencia personas con un grado mayor de dependencia, pendientes de ser atendidas, con otras, de menor grado de dependencia, que se están incorporando al Sistema. Es imprescindible atender primero a las personas que, estando dentro del Sistema, se encuentran pendientes de atención. El espíritu establecido en la Ley es atender de forma prioritaria a las personas de mayor grado de dependencia, y de forma progresiva a los de menor grado de dependencia. La atención a los más dependientes, además de ser un principio recogido en la Ley, responde a un principio de justicia y prioridad en la asignación de recursos, más si cabe en la situación económica y presupuestaria actual.

Y es, sobre todo, dicha situación económica y la corrección del déficit público lo que puede explicar la redacción actual de la disposición adicional primera de la LD, que indica que en el quinto año de aplicación de la LD, es decir, en el año 2011, se habrán atendido a quienes hayan sido valorados en el Grado I, nivel 2, siempre que se les hubiera reconocido la concreta prestación; sin embargo, no será sino a partir del 1 de julio de 2015 cuando se atiendan a tres colectivos: en primer lugar, al resto de quienes fueron valorados en el citado grado y nivel; en segundo lugar, a quienes hayan sido valorados en dicho grado, nivel 1; y, finalmente, a

quienes sean valorados en tal grado, ya sin distinción de niveles. De esta forma, la LD queda en suspenso durante tres años y medio para estos tres colectivos, que ven cómo su derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia se queda en un derecho reconocido en el artículo 1 de la LD pero sin efectividad.

Es también la situación económica y presupuestaria la que permite explicar otra novedad introducida por el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, en relación con la en la efectividad de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, que desde el 15 de julio de 2012 quedan sujetas a un plazo suspensivo máximo de dos años a contar desde la fecha de la resolución de reconocimiento de la prestación o, en su caso, desde el transcurso del plazo máximo de seis meses desde la presentación de la solicitud sin resolución expresa. De esta forma, desde la entrada en vigor de este decreto-ley las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar y apoyo a los cuidadores no profesionales han dejado de producir efectos retroactivos para las personas que en dicha fecha no hubieran comenzado a percibir todavía tales prestaciones económicas, si bien conservan el derecho a percibir las cuantías que, en concepto de efectos retroactivos, hubiesen sido ya devengadas hasta el 15 de julio de 2012. Asimismo, el nuevo plazo suspensivo también será de aplicación, según indica la disposición transitoria novena de este decreto-ley, en el caso de personas que hayan presentado una solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia antes de la entrada en vigor del mismo que se encuentre pendiente de resolución a esa fecha.

Finalmente, el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, ha modificado la disposición adicional sexta del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, a la que nos referimos anteriormente, de manera que por razones de control de déficit público las cuantías en concepto de efectos retroactivos de las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, para los casos en los que los mismos se hayan generado desde la fecha de la solicitud, podrán ser aplazadas y su abono periodificado en pagos anuales de igual cuantía, en un plazo máximo de ocho años desde la fecha de la resolución de reconocimiento expreso de la prestación.

2.5. Seguridad Social de los cuidadores no profesionales

Una vez más, por razones económicas y presupuestarias, el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, ha dado un nuevo tratamiento al sistema de la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales. Las altas en el Régimen General de la Seguridad Social de cuidadores familiares no profesionales han sido, entre 2007 y 2011, de 174.133, siendo estas cuotas abonadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, lo que ha generado un gasto total de 1.047 millones de euros en dicho periodo. Con el objetivo de reducir este gasto, se ha modificado el régimen de los convenios especiales en el Sistema de la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia. Desde el 15 de julio de 2012 el convenio especial regulado en el Real Decreto 615/2007, de 11

de mayo, tiene para los cuidadores no profesionales carácter voluntario y puede ser suscrito entre el cuidador no profesional y la Tesorería General de la Seguridad Social, siendo a cargo exclusivamente del suscriptor del mismo las cotizaciones a la Seguridad Social.

De esta forma, los convenios ya existentes a 15 de julio de 2012 se extinguieron, según prevé la disposición transitoria decimotercera del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, el día 31 de agosto de 2012, salvo que el suscriptor hubiera solicitado expresamente el mantenimiento del mismo antes del 1 de noviembre de dicho año, en cuyo caso se entiende que subsiste desde el día 1 de septiembre. En tal caso, desde tal día hasta el 31 de diciembre de 2012 la cotización a la Seguridad Social tiene una reducción del 10% en el total de la cuota, siendo a cargo de la Administración del Estado el 5% del total de la cuota y el 85% restante a cargo del cuidador no profesional. Será a partir del 1 de enero de 2013 cuando del convenio especial estará a cargo sólo del cuidador no profesional.

3. REFLEXIONES FINALES

En todas y cada una de las medidas adoptadas por el legislador entre los años 2010 y 2012 en materia de protección y atención a las personas en situación de dependencia a las que nos hemos referido, ya sea en relación con la estructura de los grados de dependencia, con la configuración del SAAD, con las prestaciones y servicios de atención de los dependientes, con la aplicación progresiva de la LD o con la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales, se aprecia, de una forma más o menos acentuada, una vertiente económica que explica o, al menos, pretende explicar la adopción de las mismas. Y es que los datos estructurales y las cifras más significativas del gasto en materia de dependencia, que se analizaron en la evolución de la LD, muestran que debe corregirse una situación que pone en riesgo la sostenibilidad del Sistema que, además, según se indica en el preámbulo del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, ha supuesto consecuencias perjudiciales para el empleo y la viabilidad de los sectores productivos de servicios relacionados con la dependencia. Es pues, la necesidad de garantizar la sostenibilidad presente y futura del SAAD el argumento esgrimido para la reforma de la LD.

Ahora bien, las consecuencias de las reformas acometidas, sobre todo, de las medidas adoptadas en relación con la efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia y, por ende, de la aplicación progresiva de la LD –que ha significado un período de suspensión en la aplicación de la misma-, y de las modificaciones llevadas a cabo en las prestaciones y servicios de atención del SAAD, especialmente, la reducción de las cuantías, son muy graves: el derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia que se reconoce en el artículo 1 de la LD ha sufrido un terrible varapalo, pues se ha reducido notablemente el nivel de protección de las personas en situación de dependencia, llegando incluso a esfumarse, aunque temporalmente, dicha protección para determinados colectivos. Y aún mayor será

la afectación de este derecho cuando se adopten otras medidas normativas que permitan la aplicación de algunas propuestas de mejora del SAAD contenidas en el *Acuerdo de 10 de julio de 2012 del Consejo Territorial para la mejor del sistema para la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, especialmente la referente al establecimiento de unos criterios comunes para la determinación de la capacidad económica de los usuarios de los servicio y prestaciones, así como aportación del beneficiario.

Estas medidas en materia de protección de la dependencia nos permiten comprobar cómo dos de los principios rectores de la política social y económica de la CE, los recogidos en los artículos 49 y 50, han sufrido un gran debilitamiento, lo que no es sino la confirmación del acierto de la premisa de la que partimos: la efectividad de los principios rectores de la política social y económica, en concreto, a los efectos que nos interesan, los contemplados en los artículos 49 y 50 de la CE, se aprecia en el ámbito presupuestario y planificador, específicamente, en las disposiciones normativas de evidente carácter económico y financiero.

Se pone de manifiesto, pues, sin duda, cómo la ruda y profunda crisis que arrastra la economía española ha tenido su repercusión en los principios rectores de la política social y económica de la CE, no sólo en aquellos principios que encomiendan a los poderes públicos la atención, protección y promoción del bienestar de las personas con discapacidad o las personas mayores, que han sido el objeto de nuestra atención, sino también en otros principios rectores que se enmarcan en la protección social, por ejemplo, en la atención de la familia y en el mantenimiento del sistema de Seguridad Social, cuya efectividad también se ha visto afectada por algunas de estas normas de carácter presupuestario. Nos hallamos ante una manifestación de la denominada función correctiva del sistema económico-social de los principios rectores de la política social y económica de la CE, que permite afirmar que el Capítulo III del Título I de la CE proporciona al poder unos instrumentos para evitar que el costo social de los desequilibrios económicos sea demasiado alto[4]. Y es que sólo en aplicación de esta función de los principios rectores de la política social y económica de la CE, se puede, al menos, intentar comprender que estas medidas de carácter económico, que han supuesto la modificación de la LD, persiguen un reequilibrio sostenible del SAAD, y pretenden garantizar, aunque, como hemos analizado, con mucha menor intensidad, el derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia.

[4] Vid. al respecto a SERRANO, J.L.: "Algunas hipótesis sobre los principios rectores…", op. cit., pág. 100.

LA NECESARIA CONVERGENCIA AUTONÓMICA EN CUANTO A LOS ÓRGANOS DE VALORACIÓN DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

Guillermo L. Barrios Baudor
Profesor Titular de Universidad
Área Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO

1. PRESENTACIÓN
2. CRITERIOS COMUNES DE VALORACIÓN DE LA DEPENDENCIA
3. ÓRGANOS ESPECÍFICOS DE VALORACIÓN DE LA DEPENDENCIA. LISTADO DE DISPOSICIONES NORMATIVAS
4. BREVES CONSIDERACIONES CRÍTICAS

1. PRESENTACIÓN

Dada la importancia que la valoración de cada concreta situación de dependencia tiene para el posterior reconocimiento, en su caso, de los diferentes derechos (prestaciones económicas, servicios, etc.) no es de extrañar que se haya diseñado legalmente un procedimiento para llevarla a cabo. Pues bien, por cuanto refiere al concreto procedimiento de valoración de la situación de dependencia protagonismo especial adquieren los órganos de valoración de la misma pues a ellos corresponde evaluar, caso por caso, las muy diferentes situaciones personales que se les presentan. Además de los medios técnicos de que puedan disponer, en su nada sencilla tarea estos órganos cuentan con una herramienta fundamental: el baremo de valoración. Constituye éste un instrumento de valoración con el que se trataría de que las diversas evaluaciones llevadas a cabo resulten lo más objetivas posibles desde un punto de vista técnico.

Lógicamente, no es momento éste para analizar en detalle el contenido del RD 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el citado baremo de valoración. Sin embargo, sí parece oportuno señalar que, tal y como se ha arbitrado el reparto competencial (Estado-Comunidades Autónomas) en la materia, principio inspirador de todo proceso de evaluación lo ha de ser el principio de igualdad. Además del propio texto constitucional (arts. 14 y 149.1.1ª), así cabe deducirlo de lo dispuesto en los apartados b) y e) del artículo 3 de laLey 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (en adelante, LAAD). Invirtiendo el orden de prelación de dichos apartados, en el segundo de ellos se indica que principio inspirador de la norma lo es el de la "e) Valoración de las necesidades de la persona, atendiendo a criterios de equidad para garantizar la igualdad real". Consecuencia evidente de lo cual sería "b) La universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación". Como fácilmente puede deducirse, se trataría así de que, con independencia del lugar de residencia del administrado, la valoración de la situación de dependencia resulte homogénea en todo el territorio nacional[1].

Sucede, sin embargo, que, como señaló el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en su Acuerdo de 10 de julio de 2012 "Se ha producido una importante desigualdad de la aplicación de la Ley por parte de las Comunidades Autónomas ante situaciones de Dependencia similares, con

---

[1] En todo caso parece claro que había que poner fin a la "caótica situación" que se daba entre las diversas Comunidades Autónomas en las que hasta la LAAD existían diferentes baremos de aplicación domiciliaria, comunitaria y residencial (ROQUETA BUJ, R.: "La dependencia y su valoración", en ROQUETA BUJ, R. (Coord.): *La protección de la dependencia. Comentarios a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 147). Ahora bien, como señalara MERCADER UGUINA, J. R.: "Titularidad, valoración y reconocimiento de las situaciones de dependencia", *Temas Laborales*, núm. 89, 2007, pág. 162, "Por la dimensión de la población en situación de dependencia, el proceso de valoración y reconocimiento será uno de los grandes retos organizativos para las Administraciones Públicas. El baremo será, por tanto, la auténtica «llave» del sistema nacional de dependencia".

desarrollos normativos dispares que afectan tanto a la prestación de servicios, al procedimiento y tiempo en acceder a las prestaciones y servicios, como a la determinación de la capacidad económica del usuario y su aportación al coste de las mismas. Para ello debe establecerse un desarrollo normativo mínimo, común y homogéneo que permita una aplicación coherente en todo el Estado de la normativa de la Dependencia, a fin de contribuir a garantizar el principio de igualdad"[2]. Sobre la base de los informes existentes al respecto, de todo ello se dará cuenta a continuación.

2. CRITERIOS COMUNES DE VALORACIÓN DE LA DEPENDENCIA

Como es sabido, la determinación última del grado de dependencia no se obtiene de forma automática sino a través de la aplicación *ad casum* de un instrumento específico de valoración denominado baremo. A su vez, la aplicación práctica del citado baremo no puede ser llevada a cabo directamente por los propios administrados sino que opera, necesariamente, a través de unos órganos públicos de valoración de carácter técnico-facultativo creados al efecto en el seno de las Comunidades Autónomas[3]. En este último sentido señala la norma que "Las comunidades autónomas determinarán los órganos de valoración de la situación de dependencia, que emitirán un dictamen sobre el grado de dependencia con especificación de los cuidados que la persona pueda requerir" (art. 27.1 LAAD). Con la sola excepción de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla en ellas residiría, por tanto, la competencia institucional al respecto[4]. No en vano, adviértase a este respecto que es a ellas a quienes corresponde la competencia exclusiva en la materia: "En el marco del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, corresponden a las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de las competencias que le son propias según la Constitución Española, los Estatutos de Autonomía y la legislación vigente, las siguientes funciones: … b) Gestionar, en su ámbito territorial, los servicios y recursos para la valoración y atención de la dependencia" (art. 11.1 LAAD).

Ello no obstante, pese a esta expresa delimitación competencial, ha de advertirse que corresponde al Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia determinar "unos criterios

---

[2] El citado Acuerdo aparece recogido en la Resolución de 13 de julio de 2012 de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad (BOE 3 de agosto de 2012). Dicho Acuerdo se aprobaba la evaluación de resultados a 1 de enero de 2012 sobre la aplicación de la LAAD. Dicha evaluación puede consultarse en la siguiente dirección (última consulta efectuada 16 de noviembre de 2012): <http://www.dependencia.imserso.es/dependencia_01/documentacion/documentos_de_interes/evalres_2012/index.htm>.

[3] Estos órganos técnicos de valoración vendrían a asemejarse a los previstos en el art. 8 del RD 1971/1999, de 23 de diciembre, en relación al reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

[4] Según el acuerdo tercero del Acuerdo de 22 de enero de 2007 del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención de la Dependencia recogido en la Resolución de 23 de mayo de 2007 del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (BOE 7 de junio de 2007), "La valoración de la situación de dependencia es competencia de la Administración correspondiente a la residencia del solicitante o del Instituto de Mayores y Servicios Sociales en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla". A este respecto cfr., asimismo la disposición adicional undécima de la LAAD y la disposición adicional única del RD 614/2007, de 11 de mayo.

comunes de composición y actuación de los órganos de valoración de las Comunidades Autónomas"; criterios que, "en todo caso, tendrán carácter público" (último inciso del art. 27.1 LAAD según redacción dada al mismo por el RDLey 20/2012, de 13 de julio). En este mismo sentido se expresa el apartado quinto del artículo 28 de la LAAD al señalar que "las características comunes del órgano y profesionales que procedan al reconocimiento (de la situación de dependencia) serán acordadas" por el citado Consejo[5].

Se trataría así de conseguir con ello no ya tanto una absoluta uniformidad orgánica en la materia (cuestión ésta en la que parece asumible una cierta heterogeneidad institucional) sino, fundamentalmente, una plena homogeneidad en los criterios utilizados para la valoración de la dependencia[6]. De tal modo que una misma situación merezca, a su vez, una misma consideración valorativa con independencia de la adscripción territorial del potencial dependiente[7]. Como ha tenido ocasión de señalarse, "La heterogeneidad orgánica resultante no debiera impedir que los resultados presentasen homogeneidad de criterios y contenidos; el carácter público de los órganos evaluadores, la pluralidad profesional de sus miembros, su actuación rogada y sujeta al baremo, el respeto a los principios esenciales del procedimiento administrativo o la posibilidad de que ciertos temas acabasen accediendo a la unificación de criterios en el Tribunal Supremo (contencioso) empujan a favor de esa posibilidad de comparar lo acordado en unas u otras Administraciones, máxime sabiendo que la correspondiente decisión posee validez en todo el territorio estatal. Por si acaso, diríase que el legislador de la Ley 39/2006 ha querido establecer un mecanismo homogeneizador específico, adicional a los mencionados o a cualesquiera otros genéricos que puedan activarse"[8].

Precisamente por ello, en cuanto criterios comunes de actuación valorativa, en su Acuerdo de 22 de enero de 2007 el Consejo Territorial encomendó a dichos órganos de valoración las siguientes funciones generales[9]:

---

[5] Aunque la norma sigue aludiendo de forma expresa al Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, tras el RDLey 20/2012 repárese que tal referencia ha de entenderse realizada al Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención de la Dependencia.

[6] Advirtiendo de los riesgos que pueden derivarse en la materia de las diferencias de gestión y de orientación administrativa en las Comunidades Autónomas *vid.* LÓPEZ CUMBRE, L.: "Fisuras de una ley histórica en materia de protección social: el proyecto de ley de dependencia", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 11, 2006.

[7] En este sentido, el nuevo apartado 3 del artículo 8 de la LAAD (añadido por el RDLey 20/2012) señala que "Asimismo, corresponde al Consejo Territorial conseguir la máxima coherencia en la determinación y aplicación de las diversas políticas sociales ejercidas por la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas mediante el intercambio de puntos de vista y el examen en común de los problemas que puedan plantearse y de las acciones proyectadas para afrontarlos y resolverlos".

[8] SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: "Valoración y tutela administrativa de la dependencia", en MONTOYA MELGAR, A. (Dir.): *La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pág. 171.

[9] Acuerdo cuarto del Acuerdo de 22 de enero de 2007 del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención de la Dependencia recogido en la Resolución de 23 de mayo de 2007 del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (BOE 7 de junio de 2007). Antes más, sobre la conveniencia de la adopción de estos criterios comunes cfr. el Dictamen 3/2006, de 20 de febrero de 2006, del Consejo Económico y Social

a) Aplicación del protocolo del Instrumento de Valoración de la Dependencia (IVD).

b) Análisis y revisión de los informes de salud y del entorno social.

c) Formulación de las propuestas de dictamen sobre grado y nivel de dependencia ante el órgano administrativamente competente.

d) Asistencia técnica y asesoramiento, si les es requerido, en los procedimientos contenciosos en que sea parte el órgano gestor, en materia de valoración de la situación de dependencia y de su grado y nivel.

e) Aquellas otras funciones que legal o reglamentariamente les sean atribuidas.

Y aún más, "Con el fin de garantizar la igualdad en la aplicación de los baremos en todo el territorio del Estado, así como en la interpretación y, en su caso, estudio y análisis de las propuestas de modificación de los mismos", el Consejo Territorial previó la creación de una Comisión Técnica de Seguimiento en su propio seno[10]. La composición y funciones de esta Comisión serían similares a las de la constituida para la valoración del grado de discapacidad en el RD 1971/1999, de 23 de diciembre[11]. Concretamente, en enero del 2008 se constituyó la Comisión Técnica de coordinación y seguimiento de la Valoración de la situación de Dependencia (CTVD). Desde entonces y entre otros, su objetivo principal ha sido el de evaluar conjuntamente con las Comunidades Autónomas el despliegue del sistema de acceso del SAAD y la aplicación del baremo de dependencia.

Años más tarde, y en cumplimiento de las previsiones establecidas al respecto por la propia LAAD [arts. 8 e) y 27.1] y el RD 504/2007, de 20 de abril (disp. adic. cuarta), el Consejo Territorial revisó estos criterios comunes mediante Acuerdo de 25 de enero de 2010[12]. A los efectos que ahora interesan dicho Acuerdo contempló en su acuerdo primero ("Criterios comunes de composición de los órganos de valoración") las siguientes pautas: "Con el fin de asegurar y desarrollar la calidad de las valoraciones se acuerda la ampliación de la composición de los órganos de valoración con la incorporación de equipos técnicos de evaluación, asesoramiento y control, con las siguientes características y funciones:

a) Equipo multiprofesional de carácter público, encuadrado en el modelo biopsicosocial que establece la CIF, que actúa aportando las especificidades de su profesión pero dentro de un enfoque de interdisciplinariedad.

b) Desarrollo, entre otras, de las siguientes funciones:

---

sobre el anteproyecto de ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, pág. 27.

[10] Así se contempló en el párrafo segundo del acuerdo tercero del ya citado Acuerdo de 22 de enero de 2007.

[11] En el sentido indicado, *vid.* el art. 5.5 del RD 1971/1999 (según redacción dada al mismo por el RD 1856/2009, de 4 de diciembre). En aplicación del citado precepto, mediante la Orden 12 de junio de 2001 se creó la Comisión Estatal de Coordinación y Seguimiento de la Valoración del Grado de Minusvalía. Dicha norma sería posteriormente modificada por la Orden TAS/646/2007, de 9 de marzo.

[12] El citado Acuerdo aparece recogido en la Resolución de 4 de febrero de 2010 de la Secretaría de Política Social y Consumo (BOE 12 de marzo de 2010).

- Colaborar, asesorar y, en su caso, elaborar el Dictamen-propuesta de la situación de dependencia en sus distintas exigencias: Determinar los diagnósticos que la originan, su grado y nivel, y la especificación de las actividades de la vida diaria en las que precisan cuidados.
- Asesorar a las personas valoradoras en los procesos y técnicas de valoración, así como en la utilización del baremo.
- Constituirse como referencia técnica en la coordinación con otros equipos que en campos distintos atienden a las personas que se valoran.
- Impulsar y promover medidas formativas".

En cualquier caso, con independencia del ámbito territorial en el que actúen, parece lógico pensar que, en el ejercicio de sus respectivas actuaciones, dichos órganos habrán de emitir, previo examen de los interesados, los correspondientes dictámenes (técnicos-facultativos) propuesta "sobre el grado de dependencia con especificación de los cuidados que la persona pueda requerir" (art. 27.1 LAAD, según redacción dada al mismo por el RDLey 20/2012)[13]. En concreto de lo que se trataría es de valorar "la capacidad de la persona para llevar a cabo por sí misma las actividades básicas de la vida diaria, así como la necesidad de apoyo y supervisión para su realización por personas con discapacidad intelectual o con enfermedad mental"; respecto de estas últimas personas "se valorará, asimismo, las necesidades de apoyo para hacer efectivo un grado satisfactorio de autonomía personal en el seno de la comunidad"[14].

A tal efecto, la valoración de cada concreta situación de dependencia deberá realizarse mediante la aplicación del baremo aprobado (art. 27.2 LAAD) y, además, "teniendo en cuenta los correspondientes informes sobre la salud de la persona y sobre el entorno en el que viva, y considerando, en su caso, las ayudas técnicas, órtesis y prótesis que le hayan sido prescritas" (art. 27.5 LAAD)[15]; incluso, aun cuando la prescripción de las mismas hubiera derivado de órganos técnico-facultativos de carácter privado[16]. Lógicamente, de existir dichos informes y/o

---

[13] Según el último párrafo del acuerdo quinto del Acuerdo de 22 de enero de 2007 el dictamen propuesta "deberá contener necesariamente el diagnóstico, situación, grado y nivel de dependencia así como los cuidados que la persona puede requerir". Asimismo, "Establecerá cuando proceda, en función de las circunstancias concurrentes, el plazo máximo en que deba efectuarse la primera revisión del grado y nivel que se declare".

[14] Acuerdo quinto del Acuerdo de 22 de enero de 2007.

[15] Sobre estas competencias *vid.* el acuerdo cuarto del Acuerdo de 22 de enero de 2007. Con todo, "La clasificación del grado y nivel de dependencia que realicen los órganos de valoración será independiente de las valoraciones técnicas que puedan efectuar otros organismos en el ejercicio de sus competencias públicas" [párrafo tercero del acuerdo tercero del Acuerdo de 22 de enero de 2007]. Pese a ello, parece del todo punto necesaria la coordinación con los servicios públicos de Salud. En este sentido se muestra el punto segundo del acuerdo tercero del Acuerdo del Consejo Territorial de 25 de enero de 2010. De hecho, su Anexo II recoge unos criterios orientativos en materia del preceptivo informe de salud.

[16] Adviértase a este respecto que, según establece el artículo 4.4 de la LAAD (en redacción dada al mismo por el RDLey 20/2012), "Las personas en situación de dependencia y, en su caso, sus familiares o quienes les representen, así como los centros de asistencia, estarán obligados a suministrar toda la información y datos que les sean requeridos por las administraciones competentes para la valoración de su grado de dependencia".

ayudas, ni que decir tiene que el contenido y alcance de los mismos no habrán de vincular necesariamente a los órganos de valoración a la hora de emitir su correspondiente dictamen ("teniendo en cuenta"). Con todo, ninguna duda cabe de que la presencia de dichos informes y/o ayudas contribuirán a una mejor evaluación de la situación del interesado[17].

En todo caso, el que no sólo se tengan en cuenta informes de carácter estrictamente médico, justificaría la presencia en los diferentes órganos de valoración de evaluadores de distinto perfil profesional (médico, psicológico, sociólogo, etc.). De ahí que, al menos desde este punto de vista, dichos órganos puedan (y deban) tener un carácter mixto "no sólo médico, sino también psico-social. De este modo, es segura la presencia de personas con perfiles profesionales heterogéneos, lo que concuerda bien con el carácter multidisciplinar que el tema posee: la Medicina, la Psicología, el Derecho, el Trabajo Social, la Ergonomía y otras varias Ciencias acaban teniendo su espacio propio aquí"[18]. De hecho el Consejo Territorial previó de forma expresa en su Acuerdo de 2007 que los órganos de valoración estén formados por "profesionales del área social y/o sanitaria"[19]. No obstante lo anterior, ninguna previsión se efectuó entonces en relación al mayor o menor peso que un área de las indicadas deba tener sobre la otra por lo que a este respecto todas las hipótesis resultan admisibles habiéndose de estar a lo que sobre el particular determine la correspondiente norma autonómica[20].

Muy probablemente por ello, en su Acuerdo de 25 de enero de 2010, el Consejo Territorial contempló que las personas valoradoras tuvieran los siguientes conocimientos[21]:

1. Conocimiento riguroso de la norma que regula la valoración y el baremo.
2. El conocimiento suficiente sobre las características funcionales de los grupos de personas con dependencia, especialmente en menores, discapacidad intelectual, enfermedad mental y personas mayores con deterioro cognitivo.

---

[17] "Siendo esto así, la valoración de la situación de dependencia no será tan objetiva como se pretende, no evitándose un cierto margen de apreciación por los órganos evaluadores ni las desigualdades entre personas en la misma situación de dependencia en función de las adaptaciones de sus casas, edificios o entorno humano" (Roqueta Buj, R.: "La dependencia y su valoración", ob. cit., pág. 149).

[18] Sánchez Trigueros, C.: "Valoración y tutela administrativa de la dependencia", ob. cit., págs. 171 y 172. A este respecto cfr. las disposiciones normativas autonómicas que se listan en el apartado siguiente y en las que es posible encontrar criterios de composición de estos órganos en el ámbito de sus respectivas competencias territoriales.

[19] Acuerdo cuarto del Acuerdo de 22 de enero de 2007. Es más, en el párrafo quinto del acuerdo quinto del citado Acuerdo de forma expresa se señaló que "El informe social constituye un elemento esencial e imprescindible para la elaboración del programa individual de atención". En este mismo sentido cfr., además, el art. 8.1, párrafo segundo, del RD 1971/1999, de 23 de diciembre.

[20] Cfr. las disposiciones normativas autonómicas que se listan en el siguiente apartado y en las que es posible encontrar criterios de composición de estos órganos en el ámbito de sus respectivas competencias territoriales.

[21] Acuerdo segundo. Recuérdese que el citado Acuerdo aparece recogido en la Resolución de 4 de febrero de 2010 de la Secretaría de Política Social y Consumo (BOE 12 de marzo de 2010).

3. El empleo adecuado de las técnicas de valoración, especialmente en la entrevista personal, ajustada a las especificidades de los grupos reseñados anteriormente.
4. El empleo de las distintas fuentes de información: informe sobre la salud, entrevista personal y observación directa.
5. Práctica suficiente que, previamente al ejercicio profesional, ponga en contacto al valorador con situaciones reales de valoración de Dependencia.

De ahí que, acabara concluyendo que "La formación para la cualificación del personal valorador a través de cursos formativos de especialización que desarrollen los contenidos que preceden, tendrá como requisito de acceso preferente que las personas tengan titulación de medicina, psicología, terapia ocupacional, enfermería, fisioterapia y trabajo social" (punto 6 del acuerdo segundo del Acuerdo de 25 de enero de 2010)[22].

Sea como fuere realmente en la práctica, de lo que no existe duda alguna es de que, "En todo caso", estos órganos de valoración "tendrán carácter público" (art. 27.1 *in fine* LAAD). En tal sentido, aunque puedan llegar a examinar documentación de naturaleza privada aportada al correspondiente expediente por los propios administrados, la valoración de la situación de la dependencia les corresponde en exclusiva a ellos, "no pudiendo ser objeto de delegación, contratación o concierto con entidades privadas" (art. 28.6 LAAD).

En cualquier caso, en previsión de posibles desajustes entre unos y otros órganos de valoración autonómicos, en su Acuerdo de 25 de enero de 2010 el Consejo Territorial consideró la conveniencia de implantar sistemas de gestión de la calidad en los procesos de valoración (punto 3, de su acuerdo tercero)[23]: "En el marco de este acuerdo se implantarán sistemas de gestión de la calidad que proporcionen garantías suficientes de que el proceso de valoración se realiza adecuadamente, aplicando entre otras, las siguientes medidas:

---

[22] En concreto, el Anexo I del Acuerdo de 25 de enero de 2010 contempla unos criterios orientativos de formación básica para la cualificación de las personas valoradoras de la situación de dependencia.

Por su parte, el *Informe del Gobierno para la evaluación de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención de las personas en situación de dependencia*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, de 4 de noviembre de 2011, señala en su pág. 51, que "en el acceso al sistema se ha puesto de manifiesto los avances en la formación de equipos multidisciplinares necesarios para la valoración de las situaciones de dependencia. Igualmente, se ha destacado la formación y calidad de los equipos" de las Comunidades Autónomas. A tal efecto, dichos equipos han dispuesto de diversos documentos de apoyo (manuales, guías, compendios de resolución de dudas y problemas de valoración, etc.), así como de diversas acciones de formación diversas. A este respecto *vid.* el *Informe del Gobierno para la evaluación de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención de las personas en situación de dependencia*, pág. 352 y ss. Este informe puede consultarse en la siguiente dirección (última consulta 16 de noviembre de 2012): <http://www.dependencia.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/ie_2011_informeevaluacion.pdf>.

En fin, las guías elaboradas por el IMSERSO en materia de valoración de determinadas patologías pueden consultarse en la siguiente dirección (última consulta efectuada 16 de noviembre de 2012): <http://www.dependencia.imserso.es/dependencia_01/tramitacion/valoracion_dependencia/docum/guias/gv/index.htm>.

[23] A este respecto vid. el Anexo V del Acuerdo del Consejo Territorial de 1 de junio de 2010.

– Criterios homogéneos de interpretación y aplicación del baremo.
– Utilización de los documentos de apoyo al ejercicio de la función valoradora, consensuados por la Comisión Técnica de aplicación del baremo de Valoración de la Dependencia.
– Evaluación permanente y adopción de medidas de mejora.
– Formación continua de las personas valoradoras[24].
– Desarrollo de buenas prácticas e intercambio de experiencias.
– Incorporación de los criterios de interpretación y de aplicación de los baremos que sean consensuados en el seno de la Comisión Técnica de aplicación del baremo de Valoración de la Dependencia.
– Evaluar periódicamente la correcta aplicación del baremo mediante la revaloración de una muestra significativa de entre las valoraciones efectuadas en un periodo anual".

Adviértase, por último, que a los presentes órganos de valoración corresponde, también, el reconocimiento de la situación de dependencia respecto de los supuestos de gran invalidez y de la necesidad del concurso de otra persona ya reconocidas con anterioridad a la entrada en vigor de la LAAD (disp. adic. primera.4 RD 174/2011, de 11 de febrero). Tras las modificaciones operadas por el RD 1364/2012, de 27 de septiembre, en el RD 1971/1999 así se establece de forma expresa, también, en el primer párrafo del artículo 8.4 de esta última norma.

3. ÓRGANOS ESPECÍFICOS DE VALORACIÓN DE LA DEPENDENCIA. LISTADO DE DISPOSICIONES NORMATIVAS

Sobre la base de cuanto se acaba de señalar, ninguna duda cabe de la importancia que a este respecto adquiere el desarrollo autonómico de la LAAD. De hecho, para la valoración de la situación de dependencia habrá de estarse a lo establecido al efecto en la correspondiente disposición autonómica. No en vano, recuérdese cómo "Las comunidades autónomas determinarán los órganos de valoración de la situación de dependencia" (art. 27.1 LAAD). Con todo, recuérdese también que corresponde al Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia el acordar "unos criterios comunes de composición y actuación de los órganos de valoración de las comunidades autónomas que, en todo caso, tendrán carácter público" (art. 27.1 LAAD *in fine*).

[24] A este respecto, señala el *Informe del Gobierno para la evaluación de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención de las personas en situación de dependencia*, pág. 451 "cómo la escasez de personal cualificado y experimentado o su falta de formación en valoración de estas situaciones ha supuesto un importante freno en el proceso de valoración que poco a poco se va superando, a pesar de lo cual sigue siendo necesario potenciar la mejora continua de la formación de los profesionales".

Precisamente por ello, la composición y actuación de estos órganos autonómicos de valoración es bastante similar. Lógicamente, semejantes circunstancias aparecerán recogidas en la correspondiente normativa autonómica. Y, por cuanto ahora interesa, las disposiciones autonómicas básicas existentes al respecto serían las que a continuación se indican[25]:

- Andalucía: Decreto 168/2007, de 12 de junio (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 119, de 18 de junio).
- Aragón: Orden de 15 de mayo de 2007 (Boletín Oficial de Aragón núm. 63, de 28 de mayo de 2007)[26].
- Asturias: Decreto 68/2007, de 14 de junio (Boletín Oficial del Principado de Asturias núm. 157, de 6 de julio). A los efectos que ahora interesan, esta norma se encuentra desarrollada por la Resolución de 23 de marzo de 2012 (Boletín Oficial del Principado de Asturias núm. 90, de 19 de abril de 2012).
- Canarias: Decreto 54/2008, de 25 de marzo (Boletín Oficial de Canarias núm. 61, de 26 de marzo de 2008)[27].
- Cantabria: Orden SAN/26/2007, de 7 de mayo (Boletín Oficial de Cantabria núm. 91, de 11 de mayo de 2007)[28].
- Castilla-La Mancha: Decreto 176/2009, de 17 de noviembre de 2009 (Diario Oficial de Castilla-La Mancha núm. 227, de 20 de noviembre de 2009).
- Castilla y León: Orden FAM/824/2007, de 30 de abril (Boletín Oficial de Castilla y León núm. 96, de 18 de mayo)[29].
- Cataluña: Decreto 115/2007, de 22 de mayo (Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 4890, de 24 de mayo).
- Comunidad Valenciana: Decreto 18/2011, de 25 de febrero (Diario Oficial de la Comunitat Valenciana núm. 6471, de 2 de marzo de 2011)[30].
- Extremadura: Decreto 1/2009, de 9 de enero (Diario Oficial de Extremadura núm. 9, de 15 de enero de 2009).

---

[25] Para más información, cfr. el elenco de disposiciones normativas que aparece en la siguiente página web (última consulta efectuada 16 de noviembre de 2012): <http://www.dependencia.imserso.es/dependencia_01/normativa/autonomica/index.htm>.

[26] Esta norma ha sido posteriormente modificada por la Orden 5 de octubre de 2007 (Boletín Oficial de Aragón núm. 124, de 22 de octubre de 2007), 11 de julio de 2008 (Boletín Oficial de Aragón núm. 106, de 18 de julio de 2008), así como por la Orden 5 de abril de 2010 (Boletín Oficial de Aragón núm. 78, de 22 de abril de 2010).

[27] Modificado por Decreto 163/2008, de 15 de julio (Boletín Oficial de Canarias núm. 143, de 17 de julio de 2008) y por Decreto 101/2009, de 21 de julio (Boletín Oficial de Canarias núm. 145, de 28 de julio de 2009).

[28] Esta Orden ha sido posteriormente modificada por la Orden EMP/68/2010, de 29 de octubre (Boletín Oficial de Cantabria núm. 216, de 10 de noviembre de 2010), así como por la Orden SAN/16/2012, de 18 de abril (Boletín Oficial de Cantabria núm. 82, de 27 de abril de 2012).

[29] Esta norma ha sido posteriormente modificada por la Orden FAM/73/2012, de 15 de febrero (Boletín Oficial de Castilla y León núm. 34, de 17 de febrero de 2012).

[30] Normativa modificada por la Orden 9/2011, de 5 de diciembre, de la Conselleria de Justicia y Bienestar Social (Diario Oficial de la Comunitat Valenciana núm. 6673, de 19 de diciembre de 2011).

- Galicia: Decreto 15/2010, de 4 de febrero (Diario Oficial de Galicia, núm. 34, de 19 de febrero de 2010)[31]. Esta norma ha sido desarrollada, a su vez, por la Orden de 2 de enero de 2012 (Diario Oficial de Galicia, núm. 9, de 13 de enero de 2012)[32].
- Islas Baleares: Decreto 83/2010, de 25 de junio (Boletín Oficial de las Islas Baleares núm. 99, de 3 de julio de 2010). También Resolución de 18 de octubre de 2010 (Boletín Oficial de las Islas Baleares núm. 158, de 30 de octubre de 2010).
- La Rioja: Orden 2/2012, de 3 de abril (Boletín Oficial de La Rioja, núm. 47, de 18 de abril).
- Madrid: Orden 625/2010, de 21 de abril (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid núm. 102, de 30 de abril).
- Murcia: Decreto núm. 74/2011, de 20 de mayo (Boletín Oficial de la Región de Murcia núm. 134, de 14 de junio de 2011).
- Navarra: Ley Foral 1/2011, de 15 de febrero (BOE 14 de marzo de 2011).
- País Vasco: En relación a Álava, téngase en cuenta el Decreto Foral 39/2007, de 24 de abril (Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava núm. 58, de 14 de mayo)[33]. Respecto de Bizkaia, consúltese el Decreto Foral 162/2009, de 1 de diciembre (Boletín Oficial de Bizkaia núm. 242, de 18 de diciembre de 2009)[34].Y, en fin, por lo que respecta a Guipúzcoa, la norma a considerar es la Orden Foral·320/2007, de 25 de abril (Boletín Oficial de Guipúzcoa núm. 82, de 27 de abril de 2007).

Tratándose de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, dicho ha quedado ya que la competencia al respecto corresponde al Ministerio de Empleo

---

[31] *Vid.*, asimismo, el Decreto 148/2011, de 7 de julio, por el que se modifica el Decreto 15/2010, de 4 de febrero (Diario Oficial de Galicia núm. 141, de 22 julio de 2011). Respecto de si en los órganos de valoración debe incluirse o no un fisioterapeuta cfr. la STSJ Galicia (Contencioso-Administrativo) de 28 de marzo de 2012 (JUR 2012, 124097).

[32] *Vid.*, asimismo, la Orden de 9 de agosto de 2012 por la que se modifica la Orden de 2 de enero de 2012, de desarrollo del Decreto 15/2010, de 4 de febrero (Diario Oficial de Galicia núm. 157, de 20 de agosto de 2012).

[33] Esta norma ha sido modificada con posterioridad por el Decreto Foral 85/2008, del Consejo de Diputados de 16 de septiembre (Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava núm. 113, de 3 de octubre de 2008). A su vez, con ocasión de las modificaciones introducidas por el RDLey 20/2012, esta norma ha sido modificada por el Decreto Foral del Consejo de Diputados 43/2012, de 3 de agosto (Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava núm. 94, de 17 de agosto).

[34] Con posterioridad, esta norma ha sido modificada por el Decreto Foral de la Diputación Foral de Bizkaia 93/2010, de 20 de julio (Boletín Oficial de Bizkaia núm. 145, de 30 de julio de 2010).Con ocasión de las reformas introducidas por el RDLey 20/2012, esta norma ha sido modificada por el Decreto Foral de la Diputación Foral de Bizkaia 121/2012, de 21 de agosto (Boletín Oficial de Bizkaia núm. 163, de 24 de agosto de 2012). En materia de valoración de la dependencia téngase en cuenta, también, el Decreto Foral de la Diputación Foral de Bizkaia 197/2008, de 16 de diciembre, por el que se crea yregula la Comisión Técnica de Valoración de las Personas Dependientes (Boletín Oficial de Bizkaia núm. 15, de 23 de enero de 2009), modificado por Decreto Foral de la Diputación Foral de Bizkaia 83/2010, de 14 de junio (Boletín Oficial de Bizkaia núm. 116, de 21 de junio de 2010).

y Seguridad Social. A tal efecto se dictó la Resolución de 16 de julio de 2007, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (BOE núm. 175, de 23 de julio de 2007). Por su parte, en el artículo 28 de la Orden TAS/2455/2007, de 7 de agosto (BOE núm. 191, de 10 de agosto) aparece contemplada la valoración de la situación de dependencia (dictamen y órganos de valoración) en dichas ciudades.

4. BREVES CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Como ha tenido ocasión de reiterarse, "Las comunidades autónomas determinarán los órganos de valoración de la situación de dependencia, que emitirán un dictamen sobre el grado de dependencia con especificación de los cuidados que la persona pueda requerir" (art. 27.1 LAAD). Con todo, recuérdese que corresponde al Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia el acordar "unos criterios comunes de composición y actuación de los órganos de valoración de las comunidades autónomas que, en todo caso, tendrán carácter público" (art. 27.1 LAAD *in fine*).

Como es sabido, dichos criterios han sido reflejados últimamente en el Acuerdo del Consejo Territorial de 25 de enero de 2010. Y, con mayor o menor celeridad en el tiempo, dichos criterios han sido asumidos por las Comunidades Autónomas en sus respectivas normas. Precisamente por ello, la composición y actuación de estos órganos autonómicos de valoración es bastante similar[35]. Pese a ello, al coexistir una multiplicidad de organismos autonómicos de valoración, no resulta en absoluto descartable (aunque no deseable) la aparición en la práctica de posibles desajustes valorativos entre unos órganos y otros[36]. Especialmente cuando han de analizarse situaciones de valoración complejas.

De hecho, "En cuanto a la composición de los equipos, las Comunidades Autónomas suelen incorporar equipos multidisciplinares en la fase de la valoración (personal sanitario, psicólogos, trabajadores sociales, terapeuta ocupacional y un fisioterapeuta) con variaciones en el territorio del Estado"; "Por otro lado, también existen diferencias entre las Comunidades Autónomas con respecto al peso de los profesionales de la sanidad o de los servicios sociales. La mayoría de las Comunidades suelen integrar al personal social y sanitario en la mayor parte de las fases del proceso aunque existen excepciones. No obstante, en general se constata un limitado peso del personal sanitario en la elaboración del PIA". No es de extrañar, por tanto, que "Esta composición multidisciplinar de los equipos, generalizada en la mayoría de las Comunidades Autónomas, no está exenta de riesgos". Fundamentalmente por

---

[35] Sin embargo, dando cuenta de algunas diferenciaciones según Comunidades Autónomas *vid.* el *Informe del Gobierno para la evaluación de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención de las personas en situación de dependencia*, págs. 145 y 146.

[36] Sobre los principales problemas en la gestión de la valoración de la dependencia por parte de las Comunidades Autónomas *vid.* el *Informe del Gobierno para la evaluación de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención de las personas en situación de dependencia*, pág. 450 y ss. Dada la actualidad y exhaustividad de este informe, a continuación se da cuenta de las principales consideraciones críticas que del mismo se extraen en la materia y que desde aquí se comparten plenamente.

"la diversidad en los resultados que se pueden derivar de una misma valoración dependiendo de qué perfil profesional lo aplique y qué bagaje formativo previo tengan los valoradores, lo cual requiere que en muchos casos sea finalmente una Comisión Técnica de Valoración, también multidisciplinar, la que establezca qué perfil es el más adecuado para valorar cada tipo de patología"[37].

Aun así "Resulta importante también resaltar que conforme se desarrolla el Sistema, se produce una aplicación con más precisión de los instrumentos de valoración de la dependencia (BVD y EVE), a causa de la experiencia ya acumulada en su manejo, lo que produce una mejora en la calidad de las valoraciones realizadas, de manera que las mismas se ajustan con mayor exactitud a la realidad de las personas valoradas"[38]. Y es que "Las Comunidades Autónomas están haciendo avances significativos en la incorporación de equipos multidisciplinares en la fase de la valoración (personal sanitario, psicólogos, trabajadores sociales, terapeutas ocupacionales y fisioterapeutas), así como en la clara diferenciación de los equipos de valoración en relación a los equipos que elaboran el PIA, lo cual resulta determinante para evitar distorsiones en la asignación de los recursos. No obstante, resultaría recomendable una mayor convergencia entre las Comunidades en cuanto a la multidisciplinariedad de los equipos y al peso de los profesionales de la sanidad en la elaboración del PIA"[39]. En este sentido se recomienda de forma expresa la adopción de "Medidas conducentes a estabilizar el diseño y composición de los equipos profesionales de valoración y de definición del PIA de forma que su intervención sea eficaz a la vez que se difunden las mejores prácticas"[40].

Asimismo resultaría recomendable uniformar los plazos de valoración. Adviértase que "En cuanto a los plazos de valoración sigue existiendo una amplia diversidad en la resolución de la valoración de la situación de dependencia. Excepcionalmente el plazo es inferior a 6 meses y llega hasta los 18 meses en alguna Comunidad, lo que supone en este último caso plazos excesivamente largos para atender a situaciones reconocidas como un derecho subjetivo que, en ocasiones, vienen acompañadas de peligro de supervivencia inmediata"[41].

---

[37] *Informe del Gobierno para la evaluación de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención de las personas en situación de dependencia*, págs. 449 y 450.

[38] *Informe del Gobierno para la evaluación de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención de las personas en situación de dependencia*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, de 4 de noviembre de 2011, pág. 295.

[39] *Informe del Gobierno para la evaluación de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención de las personas en situación de dependencia*, pág. 436, para el que "Los plazos de resolución son aún excesivamente largos para atender a personas que están en situación de dependencia y con expectativas de supervivencia muy limitadas o de corto plazo".

[40] *Informe del Gobierno para la evaluación de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención de las personas en situación de dependencia*, pág. 480.

[41] *Informe del Gobierno para la evaluación de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención de las personas en situación de dependencia*, pág. 450. Por lo demás, respecto del archivo del expediente de valoración por fallecimiento del solicitante cfr. la STSJ Comunidad Valenciana (Contencioso-administrativo) de 29 de junio de 2011 (JUR 2011, 423056).

En último término, "Se precisa fortalecer los procesos de comunicación entre los gestores del SAAD en la Administración General del Estado y los gestores de las Comunidades Autónomas, sobre todo en lo relativo a definir un servicio de supervisión y orientación a disposición de los valoradores para compartir dudas con el resto del Estado y con los responsables del IMSERSO". Y si bien es cierto que "En cuanto a las prácticas de mejora y controles de calidad del sistema de valoración se han producido avances (prácticamente la totalidad de las Comunidades Autónomas… afirman haberlas llevado a cabo. Las acciones más habituales son los cursos y planes de formación específicos, reuniones semanales o mensuales de valoradores, jornadas anuales de intercambio de buenas prácticas o la puesta en marcha de órganos ad hoc como Comisiones Técnicas de valoración o comisiones permanentes de valoradores)[42]" …, "todavía existe una gran diversidad en cuanto a instrumentos y órganos de control en las Comunidades donde tan sólo la mitad de ellas ha articulado sistemas de control de calidad sistemáticos con órganos, equipos o comisiones ad hoc"[43].

[42] Un análisis de todas estas prácticas en las Comunidades Autónomas puede consultarse en la pág. 453 y ss. del *Informe del Gobierno para la evaluación de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención de las personas en situación de dependencia*.

[43] *Informe del Gobierno para la evaluación de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención de las personas en situación de dependencia*, pág. 437. Respecto de esta misma idea *vid. ibidem*, págs. 453 y 454.

LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES

Juan Antonio Fernández Bernat
Profesor Asociado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. EL DERECHO DEL INMIGRANTE A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: BASES CONSTITUCIONALES
3. ACCESO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS INMIGRANTES EXTRANJEROS: SITUACIONES JURÍDICAS DESDE EL NUEVO MARCO LEGAL
4. EL SUPUESTO DE LOS EXTRANJEROS NO DOCUMENTADOS

1. INTRODUCCIÓN

La reforma sanitaria producida con ocasión de la aprobación del 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, en lo aquí interesa, un cambio de tendencia en la protección de la salud de los extranjeros no comunitarios en España. Con la nueva norma, se han modificado los requisitos que deben acreditar los extranjeros para poder obtener asistencia sanitaria. En la actualidad, para acceder al Sistema público de Salud español, en régimen de igualdad con los españoles, los extranjeros no ciudadanos de la Unión Europea y familiares, y que son nacionales de Estados Terceros, deberán demostrar que son residentes en España, es decir, que tienen en vigor una autorización de residencia expedida por las autoridades españolas.

La medida adoptada supone una ruptura del modelo legal vigente hasta la reforma dado que el legislador precedente optaba por reconocer el acceso a la asistencia sanitaria básica a los extranjeros sin residencia legal pero que estuvieran empadronados en el municipio donde residían habitualmente. Cumpliendo esta formalidad administrativa, todos los extranjeros tenían reconocido aquel derecho en las mismas condiciones que los españoles, esto es, siempre que careciesen de recursos económicos suficientes. Este modelo transitaba hacia el objetivo de alcanzar la universalidad, tantas veces demandada, en la protección dispensada por el sistema público de salud español, aún cuando pudiera resultar criticable igualmente la exclusión generalizada de los extranjeros no empadronados.

El análisis de la reforma legal suscita ciertas dudas sobre la compatibilidad de las medidas adoptadas con respecto a las bases constitucionales sobre las que se asienta el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE). Este sería, en definitiva, el propósito de nuestro trabajo: comprobar el encaje constitucional que presenta el nuevo tratamiento jurídico-legal dispensado a los inmigrantes irregulares en materia de asistencia sanitaria. A tal efecto, se pretende comprobar, en primer lugar, la delimitación que con carácter general efectúa el Constituyente de los derechos de los extranjeros, para después, proceder al examen específico del derecho a la protección de la salud. A partir de aquí se abordará la reforma legal operada a través del RD 16/2012 en las condiciones de acceso a la asistencia sanitaria de los extranjeros en general, centrando nuestra atención en el supuesto de los extranjeros que no cuentan con residencia legal. Finalmente, se abordará el acomodo de la nueva propuesta legal en relación a la configuración constitucional del derecho a la asistencia sanitaria.

2. EL DERECHO DEL INMIGRANTE A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: BASES CONSTITUCIONALES

El análisis del derecho a la protección de la salud de los extranjeros exige realizar previamente un examen, aunque breve, de la delimitación que con carácter general efectúa el Constituyente de los derechos de los extranjeros. Y así,

de entrada, la Constitución Española (en adelante, CE) reconoce en su art. 13.1 que "los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley". Dicho precepto pone de manifiesto cómo desde el propio marco constitucional se parte del reconocimiento formal de un principio de equiparación limitada entre los extranjeros y los españoles, distinguiendo por tanto distintos estatutos de ciudadanía[1]. Se estaría, sin ambages, ante la posibilidad -constitucionalmente admitida- de que en el ejercicio de los derechos y libertades públicas se diera una desigualdad de trato entre extranjeros y españoles[2].

Dicho aspecto, esto es, el ejercicio de los citados derechos y libertades públicas desde la vertiente del principio de igualdad y no discriminación entre españoles y extranjeros, remite a una cuestión resuelta por el Tribunal Constitucional de forma temprana: la distinción que cabe realizar entre reconocimiento y ejercicio de los derechos y libertades públicas. Y así, la remisión que el art. 13 CE realiza a los Tratados y las leyes internas no debe interpretarse en el sentido de que los extranjeros sólo gocen de aquellos derechos y libertades que establezcan dichas normas internacionales y estatales. No existe, en este sentido, una desconstitucionalización de los derechos de los extranjeros en el ordenamiento español, sino todo lo contrario, ya que el marco constitucional impone una delimitación legislativa originaria, pudiendo establecer el legislador condiciones adicionales, sin vulnerar en ningún caso el contenido esencial del derecho o sin observar las prescripciones propias de un derecho reconocido expresamente a los extranjeros por la CE.

Precisamente, con respecto a la titularidad y ejercicio de los derechos y libertades públicas de los extranjeros, la jurisprudencia constitucional ha establecido tres tipos de situaciones respecto de aquéllos en relación con el alcance del principio de igualdad y no discriminación y con la dignidad de la persona: situación de plenitud de derechos, situación de carencia de derechos y situación de potencial titularidad de derechos[3]. En el primer caso estarían los derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, cuya regulación debe ser idéntica para ambos, encuadrándose en los mismos, entre otros, los derechos a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE). En el segundo supuesto encontramos los derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros, siendo el caso, por ejemplo, el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal (art.

---

[1] Sobre el modelo constitucional de atribución de derechos fundamentales a los extranjeros en general, *véase* MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., "Ciudadanía, solidaridad y extranjería: el derecho a la inserción de los inmigrantes", en VVAA (MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, Mª N., dirs.) *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002, pp. 211-223.

[2] DE VAL TENA, A. L., "El derecho de los extranjeros a la protección de la salud", *REDT*, núm. 109, 2002, p. 45.

[3] STC 107/1984, de 23 de noviembre (BOE 21 noviembre 1984). Un análisis en profundidad de esta sistematización de los derechos y libertades públicas de los extranjeros desde la interpretación del TC en TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., *El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante*, Albacete, Bomarzo, 2008, pp. 55-60.

23 CE). Finalmente, habría que mencionar los derechos cuya titularidad comparten nacionales y extranjeros, si bien el ejercicio por estos últimos se condiciona a lo establecido por los Tratados y las leyes.

En el marco de esta triple clasificación de los derechos de los extranjeros, la protección de la salud (art. 43 CE) se ha encuadrado en la situación de plena igualdad de derechos con los españoles. Dicha afirmación se basa en la vinculación que el mismo presenta con la dignidad de la persona humana y de los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10.1 CE), dignidad de la cual es una consecuencia, primera y principal, el derecho a la vida y a la integridad física y moral. En este punto, juega un papel principal la recepción general del Derecho Humanitario Internacional en nuestro ordenamiento, siendo una constante del mismo el reconocimiento del derecho a la vida y a la integridad de la persona y el derecho a la protección de la salud entre los derechos humanos, ya sea en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25), en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12), en la Carta Social Europea (Parte I, 11) o en la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (art. 35). A partir de esta proyección de forma transversal del derecho a la vida sobre el derecho a la protección de la salud, afectando el primero como fundamento a distintos niveles de protección del derecho a la salud y de las prestaciones sanitarias, cabe defender en este ámbito la universalidad como idea reguladora de los derechos de protección social, entre los que se encuentra el derecho a la protección de la salud[4]. Bajo esta premisa, se ha podido entender, en línea con la doctrina del Tribunal Constitucional, que la asistencia sanitaria necesaria, pública y gratuita, que se haya de prestar en los casos en que la situación clínica obliga a una atención inmediata o en aquellos que así lo demanden las circunstancias subjetivas del paciente (por ejemplo, atención de urgencia propiamente dicha, atención sanitaria a los menores de edad y atención sanitaria a las embarazadas) ha de configurarse como un derecho universal, reconocido a los inmigrantes con independencia de su situación administrativa en nuestro país[5].

Pese a lo anterior, lo cierto es que, como se sabe, el derecho a la protección de la salud se incorpora al Capítulo III –"De los principios rectores de la política social y económica"- del Título I, y como se indica en el art. 53.3 CE dichos principios sólo serán aplicables "de acuerdo con lo que se disponga en esas leyes", de manera que el potencial titular no puede reconocer en aquellos principios ningún derecho subjetivo vinculante para el legislador[6]. Dicha libertad de configuración

---

[4] MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., "Los derechos sociales de los inmigrantes en el marco de los derechos sociales fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la "nueva" reforma pactada", *Lan-Herramanak*, num. 8, 2003, p. 112.

[5] Como se ha dicho, "se trataría, en estos casos, de una de las excepciones (constitucional-legal) a la regla general de reconocimiento de este derecho en los términos que pudiera establecer la ley, en concreto, a la posible restricción del mismo al requisito de situación regular del extranjero en nuestro país" (SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., "Extranjeros y derecho a la asistencia sanitaria", en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A. (Edit.), *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, Tomo XVIII, Madrid, Civitas, 2001, p. 178).

[6] JIMÉNEZ CAMPO, J., "Comentario al artículo 53 CE. Protección de los derechos fundamentales", en VVAA, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Edersa, Tomo IV, 1996, p. 448.

legal del citado derecho conlleva la posibilidad de que no se de una uniformidad en el tratamiento jurídico de la protección, lo que se ha podido defender en base a razones de orden económico, ya que al tratarse de un derecho prestacional, erigido sobre un soporte financiero, el legislador debe sopesar en cada momento el alcance de la acción protectora del sistema en función de las situaciones de necesidad existentes y de los medios financieros disponibles.

Teniendo en cuenta lo anterior, lo verdaderamente relevante a este respecto es hasta que punto la imposibilidad de que exista una uniformidad en cuanto a la intensidad y dimensión de la protección del derecho a la salud, se puede traducir por el legislador en un menoscabo en las condiciones de acceso a la mencionada protección. Sobre este particular, la actuación legislativa contaría con una serie de límites sobradamente conocidos: de un lado, la garantía institucional que para algunos derechos opera, asegurando un contenido mínimo efectivo de la institución sobre la que éstos se reconocen, esto es, preservando la institución de la que tales derechos derivan en términos reconocibles; de otro, el necesario respeto a los mandatos exigidos por los Tratados y Convenios internacionales vinculantes como criterio interpretativo ineludible[7]. Es en este punto donde cabría situar el debate respecto a la posibilidad de introducir algunas limitaciones respecto al acceso a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares. Y así, no cabe duda de que siendo el contenido del derecho a la protección de la salud mucho mas amplio que la prestación de asistencia sanitaria en casos que, como lo indicado más arriba, requieran una asistencia inmediata, podría considerarse el mismo como un derecho generalizable a los inmigrantes según las exigencias legislativas, lo que permitiría las diferencias de trato respecto de los españoles en su ejercicio y las diferencias de contenido en función de la situación del extranjero en nuestro país[8].

Antes de pasar al análisis de la compatibilidad entre el modelo constitucional del derecho a la protección de la salud y su traducción legal vigente, especialmente respecto al tratamiento que se dispensa en la actualidad a los inmigrantes irregulares, se hace necesario concluir este apartado con una breve referencia a la configuración subjetiva que sobre el citado derecho realiza el art. 43 CE. Y así, el derecho a la protección de la salud, desde la perspectiva de la titularidad del mismo, responde a un principio de máxima amplitud en la configuración de su ámbito subjetivo[9]. De hecho, el art. 43 CE reconoce el derecho a la protección de la salud sin referencias acerca de quiénes son titulares. Ello supone interpretar dicho derecho desde una concepción amplia, de modo que estaríamos ante un derecho que lejos de quedar reservado a los nacionales de un país, debe hacerse extensible no sólo a los ciudadanos en general, sino que es inherente a la condición de persona. La evolución legislativa que ha experimentado la materia confirma este aspecto, esto es, que la

---

[7] MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., "Seguridad Social e inmigración: la ardua forja de una ciudadanía social plena", en VVAA (Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, Mª N. Coords.), *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, Granada, Comares, 2008, p. 373.

[8] SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., "Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: la dialéctica universalidad/ciudadanía", *RMTAS*, núm. 63, 2006, p. 288.

[9] BORRAJO DACRUZ, E., "Comentario al artículo 43 CE. Protección de la salud", en VVAA, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Edersa, Tomo IV, 1996 p. 181.

universalización de este derecho ha sido la línea de tendencia seguida y plasmada en los textos normativos.

3. ACCESO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS INMIGRANTES EXTRANJEROS: SITUACIONES JURÍDICAS DESDE EL NUEVO MARCO LEGAL

Como se sabe, el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros se encuentra regulado en el art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx). Dicho precepto desarrolla el derecho a la protección de la salud contenido en el art. 43 CE, refiriéndose a la asistencia sanitaria prestada por el Sistema Nacional de Salud y no al derecho a la asistencia sanitaria del Sistema de Seguridad Social, ya que el mismo no aparece conectado con el desempeño de una actividad laboral. Y es que la LOEx establece una doble configuración del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: de un lado, como prestación del sistema de Seguridad Social, pensada para la población extranjera que desempeña una actividad profesional, y recogido en el art. 14 LOEx y, de otro, como medida de protección aplicable a los extranjeros en general y vinculada al sistema nacional de Salud (art. 12 LOEx)[10]. Dicho tratamiento diferenciado no significa que la asistencia sanitaria se haya desvinculado totalmente del derecho a las prestaciones de Seguridad Social, lo único que la población extranjera que reside de forma legal en España y trabaja por cuenta ajena o por cuenta propia queda encuadrada en el sistema y se beneficia de su acción protectora, donde se cuenta con la asistencia sanitaria [art. 38.1.a) TRLGSS]. Del mismo modo, cuando se trate de extranjeros que presten servicios sin autorización de trabajo y residencia se benefician de la misma por la vía que brinda el art. 36.5 LOEx. Por el contrario, el reconocimiento que realiza el art. 12 LOEx del derecho a la protección de la salud lo hace refiriéndose a los extranjeros sin más, remitiéndose a lo establecido por la legislación sanitaria, donde se acota su ámbito subjetivo respecto del conjunto de los ciudadanos y no sólo respecto de aquellos comprendidos en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social.

El progreso legislativo experimentado en el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria contenido en el art. 12 LOEx ha estado marcado por un denominador común: el de la generalización del citado derecho más allá del requisito de la residencia legal. Las sucesivas reformas en materia de extranjería han supuesto un avance en este sentido, en la idea de extender la asistencia sanitaria a la inmensa mayoría de los inmigrantes no comunitarios independientemente de su situación legal y con la sola condición de su inscripción en el padrón municipal de habitantes. Así, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS) que sujetaba la titularidad del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria por parte de los extranjeros a su residencia en el territorio nacional, fue

[10] ALVAREZ CORTÉS, J. C., "La protección social del extranjero", en VVAA (Serrano García, J. Mª y Mendoza Navas, M. Nª Coords.), *Estudios sobre extranjería*, Albacete, Bomarzo, 2005, p. 160.

claramente superada por lo previsto en la Ley 4/2000 que reconocía dicha titularidad si se cumplía con el requisito de estar inscrito en el padrón municipal del municipio donde se residiese habitualmente. Teniendo en cuenta que el empadronamiento no constituye prueba de la residencia legal en España, conforme a lo previsto en el art. 18.2 de la Ley de Bases de Régimen Local[11], la redacción dada por la Ley 4/2000 al art. 12 LOEx constituía una absoluta novedad en el régimen jurídico de los derechos de los extranjeros ya que se suprimía el requisito de la residencia legal para ser beneficiario de la prestación de asistencia sanitaria. Dicho reconocimiento del derecho se efectuaba en las mismas condiciones que los españoles, pudiendo acceder a la asistencia sanitaria, bien por su inclusión en alguno de los diferentes regímenes de Seguridad Social (lo cual era factible para los que residían y/o trabajaban legalmente) o a través de la asistencia sanitaria para personas sin recursos económicos (arts. 1 y 2 RD 1088/1989)[12]. Por último, la Ley Orgánica 2/2009 confirmaba esta idea de la extensión del derecho a la asistencia sanitaria, limitándose a dar una nueva redacción al requisito del empadronamiento (que hasta esta Ley se exigía para un trato igual a los españoles si se constataba estar "inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente", a "inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual" la condición de inscripción)[13]. El legislador, en fin, considerando el derecho a la protección de a salud como uno de los derechos relacionados directamente con la dignidad de la persona y sabedor de la existencia de extranjeros no residentes, no regularizados o en situación ilegal optaba por reconocer el derecho a la asistencia sanitaria de forma tan amplia como a los propios nacionales, con tal de que el extranjero saliese de la clandestinidad e hiciera pública su presencia[14].

La supresión del requisito de la residencia legal y la consiguiente exigencia del empadronamiento supuso un importante avance respecto de la normativa precedente[15], pero aún así, no cabe duda que dicho requisito no estaba exento de críticas: de un lado, el cumplimiento de dicha condición le suponía al extranjero salir de la clandestinidad y hacer pública su presencia, con el riesgo de que con su actuación pudiera acabar en una eventual expulsión del mismo[16]; de otro, la falta de control sanitario del inmigrante no empadronado favorecía el desarrollo de eventuales

---

[11] Como se ha dicho, "la inscripción padronal no sería, para esta interpretación, un acto administrativo idóneo para atribuir consecuencias jurídicas ajenas a su función de puro registro o garantía de transparencia de la población domiciliada en el municipio (…)" [MOLINA NAVARRETE, C., "Artículo 12. Derecho a la asistencia sanitaria", en VVAA (Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C. Dirs.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, Granada, Comares, p. 233].

[12] SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., "Inmigración irregular y asistencia sanitaria en España", en VVAA, *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, Laborum, 2009, p. 200.

[13] MALDONADO MOLINA, J. A., "El Derecho a la Seguridad Social. Configuración técnica-jurídica de un derecho social protector de los trabajadores extranjeros", en VVAA (Monereo Pérez, J. L. Dir.), *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Granada, Comares, 2010, p. 286.

[14] DE VAL TENA, A. L., "El derecho de los extranjeros…", *op. cit.,* p. 68.

[15] A finales de 2004 el 96 por 100 de la población extranjera residente no comunitaria tenía acceso al sistema sanitario (CARRASCO CARPIO, C. y RODRÍGUEZ CABRERO, G., "La protección social de los inmigrantes no comunitarios", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 2, 2005, p. 95).

[16] GARCÍA DE CORTAZAR y NEBREDA, C., "La situación de los extranjeros ante el sistema de protección social español", *FSS*, núm. 2, 2000, p. 69.

situaciones de riesgo para la salud de la población en general, con el consiguiente coste económico superior que podía llegar a suponer una actuación sanitaria reparadora en dichas situaciones frente a la acción preventiva[17]; finalmente, pese a su simplicidad, el procedimiento de empadronamiento constituye un ámbito en el que la discrecionalidad burocrática o la politización del fenómeno migratorio pueden interferir en el acceso efectivo a las prestaciones[18].

En la actualidad, 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 modificado los requisitos que deben acreditar los extranjeros para poder obtener asistencia sanitaria. Así, a partir de ahora, si desean acceder al Sistema público de Salud español, en régimen de igualdad con los españoles, los extranjeros no ciudadanos de la Unión Europea y familiares, y que son nacionales de Estados Terceros, deberán demostrar que son residentes en España, es decir, que tienen en vigor una autorización de residencia expedida por las autoridades españolas. Se ha optado, de este modo, por dar una nueva redacción al art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, haciendo pivotar el título jurídico que da derecho a la asistencia sanitaria sobre la condición de asegurado, para lo cual el extranjero deberá encontrarse en alguno de los supuestos siguientes: a) ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta, b) tener la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social, c) ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo, d) haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título[19]. Aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial (art. 3.5 Ley 16/2003). Se modifica, igualmente, el art. 12 LOEx a través de la Disposición Final Tercera del RD-Ley 16/2012, indicando que los extranjeros tendrán derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación sanitaria vigente.

Por lo demás, conforme al nuevo art. 3 ter de la Ley 16/2003, los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades: a) de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea la causa, hasta su situación de alta médica y b) de asistencia al

---

[17] MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., "Seguridad Social e inmigración…", *op. cit.,* p. 387.

[18] "En los últimos años han salido a la luz casos de municipios que han bloqueado el acceso de los inmigrantes indocumentados al padrón municipal, contraviniendo la Ley de Bases de Régimen Local, en la que se establecen los requisitos para el empadronamiento" (MORENO FUENTES, F. J. y BRUQUETAS CALLEJO, M., *Inmigración y Estado de Bienestar en España***,** Barcelona, Fundación La Caixa, Colección de Estudios Sociales, núm. 31, 2011, p. 64).

[19] Conforme al art. 2.1 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, este supuesto no será de aplicación a las personas a las que se refiere el artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, esto es, a los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España en determinados supuestos especiales.

embarazo, parto y posparto. En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia en las mismas condiciones que los españoles. Como medida transitoria, se ha establecido que los extranjeros que se encuentran en España seguirán recibiendo la asistencia sanitaria ordinaria que ya disfrutaban, desde el día 1 de septiembre de 2012, fecha en la que entra en vigor el requisito de residencia previa para obtener la condición de asegurado (Disposición Transitoria Primera).

Como se puede comprobar, en materia de asistencia sanitaria, el legislador ha optado por delimitar tres niveles de cobertura para los extranjeros no documentados que se encuentren en España. Los dos primeros se vinculan a la existencia de ciertas condiciones personales de los inmigrantes: en concreto, las referidas a la edad y a la situación biológica de la mujer[20]. Así, en el primer caso, los menores de 18 años disfrutan de un derecho subjetivo pleno a la asistencia sanitaria pública y gratuita, en las mismas condiciones que los españoles, sin atender a la situación administrativa de los mismos (art. 3 ter Ley 16/2003)[21]. En el segundo, las extranjeras embarazadas que se encuentren en España, independientemente de su situación administrativa, tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y posparto (art. 3 ter Ley 16/2003). No importa, en este caso tampoco, la calificación jurídica de su estancia, ya que se trataría de un derecho absoluto sin limitación, hasta que se recupere del posparto[22], recogiéndose igualmente lo previsto en textos legales internacionales. Finalmente, el tercer nivel comprende a los extranjeros mayores de edad indocumentados por falta de residencia legal y que no se encuentren en ninguna de las situaciones anteriores. En estos casos, se reconoce la asistencia sanitaria que precise cualquier extranjero cuando se de una situación de urgencia, por enfermedad grave o accidente, cualquiera que se la causa (ya sea de carácter laboral o no). Es un derecho que comprende tanto la asistencia de urgencia inicial, como la continuidad de la misma hasta la situación de alta médica, no el alta hospitalaria.

4. EL SUPUESTO DE LOS EXTRANJEROS NO DOCUMENTADOS

Hasta aquí, en una u otra situación, los inmigrantes irregulares tendrían un reconocimiento –pleno o limitado– del derecho a la asistencia sanitaria. El problema radica en el tratamiento que el nuevo modelo legal da a los inmigrantes irregulares que, no siendo menores de edad ni mujeres embarazadas, no hayan sufrido una enfermedad grave o un accidente. En la versión anterior del art. 12 LOEx bastaba el mero empadronamiento para ser titular del derecho a la asistencia sanitaria básica, pública y gratuita. Es cierto, que quedaban igualmente desprotegidos aquellos

---

[20] Se trata de dos supuestos ya previstos en la normativa precedente, conforme a la redacción anterior del art. 12 LOEx.

[21] Como se sabe, el reconocimiento incondicionado del derecho a la asistencia sanitaria de los menores de edad extranjeros ha supuesto la traslación al derecho interno de los postulados de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 y, de forma más concreta, de lo dispuesto en el art. 24 de dicho texto legal: "el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud".

[22] DE VAL TENA, A. L., "El derecho de los extranjeros…", *op. cit.,* p. 73.

extranjeros indocumentados no empadronados, con los inconvenientes antes comentados. En la actualidad el requisito de la residencia legal para alcanzar la condición de asegurado es un criterio excluyente que obliga al inmigrante irregular a acudir a la vía prevista en el art. 3.5 Ley 16/2003 para acceder a los servicios públicos de salud, ya sea mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial. O, como es lógico, utilizar los servicios de urgencias cuando se de una enfermedad grave o tenga lugar un accidente.

Dicha restricción legal no tiene en cuenta las consecuencias sociosanitarias que dicha medida presenta entre la población inmigrante, las cuales no pueden obviarse desde el punto de vista jurídico. De entrada se producirá la exclusión del sistema de un número importante de inmigrantes: los que se encuentran en situación irregular en la actualidad y no están empadronados, los que cuenten actualmente con tarjeta sanitaria por estar empadronados pero carecen de permiso de residencia en España, los extranjeros que cuenten actualmente con tarjeta sanitaria a los que les será denegada la segunda tarjeta de residencia a causa de haber agotado las prestaciones por desempleo y encontrarse en paro de larga duración (irregularidad sobrevenida) y los extranjeros, especialmente mujeres amas de casa reagrupadas, actualmente con tarjeta sanitaria que verán cancelada su tarjeta de residencia en el momento que sea denegada la de su cónyuge (irregularidad sobrevenida). A ello que añadir, como se ha puesto de manifiesto, que para los extranjeros procedentes de países terceros no comunitarios excluidos de la cobertura pública de salud, la reforma no prevé ningún posible mecanismo de reentrada en la condición de asegurado[23]. En todo caso, la única vía que quedaría potencialmente abierta sería la de intentar obtener el permiso de residencia en España. Es decir, pasar de ser extranjeros "irregulares" a extranjeros, inmigrantes o no, regulares o con autorización administrativa para residir en España conforme a la legislación en materia de extranjería.

Esta desprotección del colectivo de inmigrantes irregulares comporta los consabidos problemas de salud pública, ya constatados con respecto a los extranjeros no empadronados al amparo de la legislación precedente. Hay que tener en cuenta que la no cobertura en atención primaria a las personas en situación administrativa irregular, obligará, en muchos casos, a que estas personas esperen hasta que consideren que su situación es lo bastante peligrosa para justificar su presencia en los servicios de urgencias, lo que propiciará el incremento en el uso de de las atenciones en urgencias, con el consiguiente mayor coste económico para el sistema. Esta medida, como se ha dicho, podría provocar efectos secundarios en la población residente legal" ya que "los grupos a los que se dificulte el acceso a la atención primaria van a contraer enfermedades y las van a propagar", algo que se evitaría "facilitando la prevención"[24]. No podemos obviar que son muchas las personas inmigrantes en situación regular que conviven a diario con inmigrantes en situación

[23] MÉNDEZ, E., y SAGARRA, E., *Impacto de la reforma de la asistencia sanitaria en España sobre la cobertura pública y universal*, Barcelona, Asociación Salut/d i/y Familia, 2012, p. 6.

[24] FORO PARA LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES, *El nuevo marco legal y la salud de los inmigrantes*, Madrid, MEYSS, 2012, p. 53.

irregular, tanto en las viviendas, como en otros ámbitos. Por último, el recurso previsto para la inmigración irregular de acceder a los servicios públicos básicos a través de la vía del art. 3.5 Ley 16/2003 (pago directo de los servicios o suscripción de convenios especiales) puede resultar ineficaz, dada la imposibilidad por parte de aquel colectivo de asumir dicho coste.

La previsión legal de exigir a los extranjeros la residencia legal para acceder a la asistencia sanitaria básica supone encuadrar el derecho a la protección de la salud de aquéllos en el marco de la situación de potencial titularidad de derechos que pueden atribuirse o no a los inmigrantes según el criterio del legislador. Esta opción de política legislativa quizás pueda resultar compatible con el texto constitucional si se opta por aquella interpretación en la que únicamente en los casos en que la situación clínica obliga a una atención inmediata o en aquellos que así lo demanden las circunstancias subjetivas del paciente se podría reconocer el derecho a la protección de la salud como un derecho universal, reconocido a los inmigrantes con independencia de su situación administrativa en nuestro país. Al amparo de esta interpretación, distinto sería el supuesto de la asistencia sanitaria básica a los inmigrantes irregulares, el cual se conectaría con los derechos de prestación modulables según las exigencias normativas, lo que permitiría establecer diferencias de trato entre los españoles y los extranjeros en cuanto al ejercicio y contenido del citado derecho. Siendo esto cierto, no lo es menos la necesidad de que las opciones reformistas que se emprendan en este sentido cuentan con particulares limitaciones, de origen tanto constitucional como internacional, sin desconocer igualmente las tendencias históricas que han ido convergiendo en la determinación de un modelo reconocible en el tiempo. Pues bien, teniendo en cuenta dichos límites, a nuestro juicio, la opción reformista emprendida por el legislador ha eludido intencionadamente una serie de aspectos fundamentales, los cuales nos suscitan serias dudas sobre el encaje constitucional que la reforma presenta.

De un lado, parece que se olvide en bastantes ocasiones el hecho insoslayable de que el art. 43.1 CE no vincula el derecho a la protección de la salud a la nacionalidad, de ahí que como se ha dejado subrayado, la formulación abierta del ámbito subjetivo del mismo remite, en ese precepto, a la persona, en la línea de lo establecido en el art. 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre que atribuye a "toda persona" el derecho a la asistencia médica[25]. Con ello se trata de recordar que si hay un derecho que expresa con mayor nitidez las aspiraciones de universalidad subjetiva, ese es sin duda el derecho a la asistencia sanitaria, predicable por igual de toda la "población" de un territorio dado[26].

De otro lado, las condiciones de ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria básica impuestas a los extranjeros irregulares por la vía prevista en el art. 3.5 Ley 16/2003 resultan inviables si se tiene en cuenta el alto coste que puede suponer para éstos la suscripción de un convenio especial de prestación de asistencia sanitaria. Por tanto, se produce una total desatención del colectivo de inmigrantes irregulares

[25] MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., "Seguridad Social e inmigración…", *op. cit.,* p. 389.
[26] MOLINA NAVARRETE, C., "Artículo 12…", *op. cit*., p. 233.

en materia de asistencia sanitaria y con ello se desconoce lo previsto en el art. 43.2 CE que impone una obligación a los poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública. Teniendo en cuenta los efectos que dicha desatención conlleva en el conjunto de la sociedad, tal y como se ha puesto de manifiesto más arriba, habría que recordar la función social que cumple la protección de la salud, especialmente su vertiente preventiva, la cual quedaría en entredicho con el nuevo marco legal[27].

En tercer lugar, lo anterior debe enlazarse con los consabidos problemas de (in)efectividad de los derechos sociales reconocidos a los extranjeros, los cuales encuentran también una importante dimensión constitucional, si bien se vincula a una problemática más amplia, la del principio de igualdad de oportunidades para personas y grupos que parten de condiciones diferentes e inferiores socio-económicamente[28]. Esta cuestión debe enlazarse con la función que el derecho a la salud cumple en el ámbito de la integración social de los extranjeros. Y así, aún siendo conscientes de los límites que la realización efectiva de los principios rectores de la política económica y social genera, no cabe duda de que la exclusión generalizada del derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros sin autorización de residencia legal en modo alguno contribuye a su efectividad.

Por último, y en línea con lo anterior, la ruptura de la tendencia instalada en nuestro país de favorecer la extensión subjetiva de la asistencia sanitaria, una tendencia expansiva que va más allá de la ampliación acaecida por las prestaciones asistenciales, que condicionan la cobertura a la falta de medios de subsistencia, supone un importante retroceso en la construcción de una ciudadanía social, entendida como categoría sociojurídica comprensiva de un estatuto legal y un estatus social reconocidos a los miembros de pleno derecho de una sociedad en la se hallan integrados mediante un determinado vínculo de pertenencia y al margen de un origen nacional, racial o étnico, así como de cualquier otra condición o circunstancia social[29]. Así, las respuestas normativas dadas hasta la reforma actual habían asumido como estructural la presencia en nuestro país de extranjeros, regulares o irregulares, igualándose en derechos con los nacionales por su papel como contribuyentes netos al sistema. El nuevo marco legal desconoce esta tendencia histórico-progresista para volver a realzar la idea (nunca abandonada y de clara inspiración liberal) del sometimiento del ejercicio de determinados derechos a la condición administrativa de autorización de residencia legal.

---

[27] Hay que recordar los problemas provocados con anterioridad a la Ley 4/2000, que negaba la atención sanitaria a los inmigrantes en situación irregular (salvo el acceso a las urgencias). Como subraya AJA, "antes, los inmigrantes que tenían tarjeta sanitaria se la prestaban a los que carecían de ella, de manera que aparecían unos antecedentes médicos surrealistas; tampoco se podía controlar la eventual importación de enfermedades características de otros países; y en la práctica se dejaba sin atención a muchos enfermos, que lo necesitaban pero no se atrevían a acudir a un hospital (…)" (*Inmigración y democracia*, Madrid, Alianza Editorial, 2012, p. 381).

[28] *Vid.,* MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., "Ciudadanía, solidaridad y extranjería…, *op. cit.,* p. 240.

[29] MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., *Ciudadanía social y políticas inmigratorias de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2005, pp. 32-41.

CONSTITUCIÓN, ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y SEGURIDAD SOCIAL

Borja Suárez Corujo
Profesor Titular de Universidad
Área Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO

1. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 135 CE: UN CAMINO ¿ANTISOCIAL? HACIA LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA
2. LA LEY ORGÁNICA 2/2012, DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y SOSTENIBILIDAD FINANCIERA Y SU INCIDENCIA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL: ¿UNA TRANSGRESIÓN DE LA CONSTITUCIÓN?

La crisis que sufre nuestro país desde 2008 está produciendo –y previsiblemente seguirá haciéndolo durante muchos meses– devastadores efectos en el ámbito social, económico y político. En este contexto el ordenamiento jurídico está sufriendo muy importantes modificaciones. Algunas de ellas están pasando relativamente desapercibidas por su carácter técnico y escasa visibilidad, y porque no tienen un impacto inmediato, en el corto plazo. Sin embargo, en determinados casos son cambios de enorme trascendencia por su incidencia en el diseño jurídico-político de nuestro país y, en última instancia, en las condiciones de vida de los ciudadanos.

Un magnífico –e inquietante– ejemplo de esto último es la modificación del artículo 135 CE con la finalidad, entre otras, de consagrar constitucionalmente el principio de estabilidad presupuestaria. La preocupación que el nuevo contenido de este precepto despierta, y que se encuentra estrechamente vinculado al también novedoso *Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria* (TECGUEM), se traduce en dudas de constitucionalidad acerca del desarrollo legal a través de la *Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera* en un aspecto muy concreto –ciertamente no el único– cual es el mantenimiento del sistema público de Seguridad Social.

1. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 135 CE: UN CAMINO ¿ANTISOCIAL? HACIA LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

Es evidente que hoy la lectura del artículo 135 CE debe hacerse a la luz del TECGUEM ("Tratado de Estabilidad"). Sin perjuicio de los comentarios puntuales sobre el mismo, este trabajo centra su atención en el precepto constitucional por tres razones fundamentales.

La primera deriva de la aplicación de un criterio cronológico: la modificación del artículo 135 CE es anterior en el tiempo al Tratado –septiembre de 2011 frente a marzo de 2012–, lo que significa que, más allá de las presiones políticas que pudieran existir, no había en ese momento ninguna obligación jurídica –supranacional–de reformar la Constitución[1]. La segunda razón estriba en que el contenido del precepto constitucional, pese a ser respetuoso con lo posteriormente plasmado en el "Tratado de Estabilidad"[2], supera a éste en algunos aspectos, esto es, resulta aún más estricto que el texto europeo. Y, en tercer lugar, en este análisis interesa particularmente la perspectiva nacional porque es precisamente en este ámbito donde se encuentran los límites –sociales– al avance imparable de las políticas de austeridad; así, frente al característico papel secundario que ocupa lo social en el ámbito europeo (comunitario), constituye una pieza fundamental de nuestra organización político-constitucional como reflejan, entre otros, los artículos 1.1 y 41 CE.

---

[1] De ahí que A. EMBID IRUJO se refiera a una acción de reforma "voluntaria" (*La constitucionalización de la crisis económica*, Iustel, Madrid, 2012, p. 69).

[2] En torno a este Tratado, véase: MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.M. "El nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la UEM: reflexiones a propósito de una peculiar reforma realiza fuera de los Tratados constitutivos", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 42, 2012, pp. 398 ss.

Hecha esta salvedad, cabe hacer algún comentario sobre la reforma del artículo 135 CE imprescindible para entender el contenido y la orientación del análisis que a continuación se realiza.

Desde que el Presidente Zapatero anunció la constitucionalización de lo que ha venido a identificarse como la "regla de oro" se ha puesto mucho énfasis en analizar, desde una perspectiva fundamentalmente crítica, el "insólito"[3] procedimiento seguido. A estas alturas no creo que sea necesario insistir en ello más allá de resaltar que esa actuación tan precipitada ha causado, y lo seguirá haciendo durante más tiempo, un perjuicio político mucho más grave al PSOE que al PP, no sólo porque el primero gobernara en ese momento, sino sobre todo por la orientación ideológica de la iniciativa.

Todavía en el plano procedimental, quizá no se ha llamado tanto la atención sobre el hecho de que una reforma constitucional a través del procedimiento ordinario (artículo 167 CE) tenga unas consecuencias tan devastadoras en la configuración de nuestro modelo de organización jurídico-política. Quiere decirse que, pese a no afectar a las materias más sensibles protegidas por el procedimiento agravado, y sin ignorar la excepcionalidad de los procesos de reforma de nuestra Constitución en general, el resultado tiene unas consecuencias tan serias que el –relativo– escaso interés que la opinión pública (e incluso la doctrina) han mostrado sólo puede explicarse por la gravedad de la crisis económica.

Entrando propiamente en el fondo, tres son los aspectos capitales del nuevo artículo 135 CE que modifican sustancialmente el tratamiento que recibía esta materia previamente[4] y que, en diversos puntos, son aún más restrictivos que lo previsto en el "Tratado de estabilidad" con todo lo que ello implica, como veremos, para las políticas sociales.

El primer aspecto destacable, y necesario punto de partida, es la consagración del principio de estabilidad presupuestaria para todas las Administraciones Públicas y su doble concreción: de un lado, la prohibición *ex* artículo 135.1 CE de que Estado y Comunidades Autónomas incurran en un déficit estructural superior a los márgenes establecidos por la Unión Europea para sus Estados Miembros –lo que se concreta en marzo de 2012 en el "Tratado de Estabilidad"–; y, de otro, la imposición a las Entidades Locales de un equilibrio presupuestario (apartado 2 del mismo precepto).

A partir de esta previsión, interesa desde la perspectiva de análisis de este trabajo apuntar dos cuestiones adicionales –en cuanto complementarias de la configuración general del principio de estabilidad presupuestaria– de enorme trascendencia.

---

[3] RUBIO LLORENTE, F. "Constituciones nacionales e integración europea", *Claves de Razón Práctica*, nº 217, 2011, p. 4. La misma autorizada voz ahonda en esta idea y se refiere a "… un atropellado procedimiento que si no viola la letra de la Constitución sí es contraria a su espíritu [y] constituye un funesto precedente que banaliza la idea de reforma constitucional" (*ídem*). En idéntica línea crítica: BLANCO VALDÉS, R.L. "La reforma de 2011: de las musas al teatro", *Claves de Razón Práctica*, nº 216, 2011, pp. 8 ss.

[4] EMBID IRUJO recuerda que los límites en porcentajes de déficit y de deuda ya existían en el ámbito de la UE antes de 2011 (*La constitucionalización…, op. cit.*,p. 84). Además del artículo 126 TFUE y del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, cabe remontarse al Pacto de Estabilidad y Crecimiento de 1997.

En primer lugar, se establece la prioridad absoluta en el pago de la deuda pública (artículo 135.3, segundo párrafo CE). Así, por sorprendente que pueda parecer[5] se constitucionaliza la regla según la cual debe pagarse la deuda pública –el capital y hasta los intereses– "… antes que cualquier otro compromiso consignado en los presupuestos…" por relevante que sea[6]. Sin perjuicio de los matices que se exponen más adelante, no es exagerado considerar esta previsión como una expresión sin precedentes de sometimiento del poder político a los intereses de los mercados[7].

En segundo término, el mismo artículo 135 en su apartado 4 reconoce una serie de supuestos en los que se flexibiliza ese rigor presupuestario permitiendo superar los límites fijados al déficit estructural y al volumen de deuda pública: "… catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado".

Es evidente que todos ellos tienen en común un fuerte componente de excepcionalidad, que en los dos primeros casos se vincula a situaciones –más o menos– objetivas. Ciertamente el tercer supuesto es el más abierto por indefinido, pero llaman la atención los esfuerzos del constituyente por limitar su aplicabilidad –nótese la utilización del término "emergencia extraordinaria" o la referencia a un perjuicio considerable– en la misma línea anterior de restricción del poder político.

En este sentido, el que la definición de tales circunstancias se deje en manos del legislador orgánico y el que la apreciación de su concurrencia se atribuya a la mayoría absoluta de los miembros del Congreso, permite incorporar cierta dosis de flexibilidad, que no debe hacer perder de vista cuál es la orientación general.

Sin desconocer el papel estabilizador de la política fiscal que esta "regla de oro" del equilibrio presupuestario puede tener[8], no cabe duda de que sus implicaciones son extraordinariamente relevantes en diversos ámbitos: uno –que excede el objeto de estudio en este trabajo– es el relacionado con la configuración de la autonomía política de las Comunidades Autónomas, también constitucionalmente protegida; mientras que otro –el que aquí más interesa–es el de la protección social. Precisamente en estos dos ámbitos cabe considerar que esas implicaciones son restrictivas por cuanto condicionan, limitan, el margen de actuación de las correspondientes políticas.

---

[5] Repárese en que la nueva versión del artículo 135 CE va más allá incluso que la redacción del precepto constitucional alemán (ARROYO GIL, A. "La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los Länder en la República Federal de Alemania", *Revista d'EstudisAutonomics i Federals*, nº 10, 2010, pp. 40 ss. Del mismo autor: *La reforma constitucional del federalismo alemán*, Institut de d'EstudisAutonòmics, Barcelona, 2009).

[6] EMBID IRUJO, A. *La constitucionalización…, op. cit.*, p. 73. Este autor se refiere expresamente a la primacía de la deuda sobre aspectos como el salario de los empleados públicos, las pensiones, las prestaciones de discapacidad, entre otras (*ídem*).

[7] Así lo reconoce, sin sonrojo, el propio Preámbulo de la LO 2/2012 cuando se refiere a esta medida como "… una garantía rotunda ante los inversores".

[8] Tal es el argumento principal defendido por: BAIGES, R. –PONS, A. "¿Son incompatibles las reglas de equilibrio presupuestario del nuevo tratado europeo con el Estado del Bienestar?", ZOOMEconómico/2012/01, Fundación Alternativas. Claramente en contra de tal opinión: GÓMEZ URQUIJO, L. "El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza dentro del nuevo marco condicional de cohesión social en la Unión Europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n 42,, pp. 521 ss.

Centrando ya mi atención en el campo específico de la protección social y en su pieza central, el sistema público de Seguridad Social, hay quien sostiene que el rigor presupuestario es la mejor garantía de sostenibilidad de nuestro Estado de bienestar[9]. No comparto tal opinión, pero en todo caso aún más importante es destacar que la incidencia que la "regla de oro" tendrá en la política social depende en buena medida del desarrollo legal del artículo 135 CE al que se refiere su apartado 5. Lo cierto es que tal desarrollo –*Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera*– no sólo consagra la interpretación más restrictiva del nuevo precepto constitucional, sino que, cegado por ese "ardor" de rigor presupuestario a ultranza, olvida otros preceptos constitucionales de, al menos, tanta relevancia y que afectan incluso a la esencia de nuestro modelo constitucional. Veamos por qué.

2. LA LEY ORGÁNICA 2/2012, DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y SOSTENIBILIDAD FINANCIERA Y SU INCIDENCIA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL: ¿UNA TRANSGRESIÓN DE LA CONSTITUCIÓN?

El (¿inesperado?) acuerdo entre los dos partidos mayoritarios, PSOE y PP, del que resulta la *Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre*,[10]recogía además una serie de compromisos sobre el contenido que habría de tener la Ley Orgánica que debía desarrollar lo previsto en el citado artículo antes del 30 de junio de 2012[11]. Lo cierto es que la nueva mayoría resultante de las elecciones generales celebradas en noviembre de 2011 quiso que la norma legal finalmente aprobada –*Ley Orgánica 2/2012, 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera*– no fuera respetuosa con esos compromisos políticos.

Más allá de la lectura política que puede hacerse de tal incumplimiento, lo más relevante desde el punto de vista jurídico es el endurecimiento del principio de estabilidad presupuestaria. Ello resulta particularmente llamativo si tenemos en cuenta que durante la tramitación parlamentaria de esta iniciativa se aprueba el "Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria" que resulta en algunos aspectos importantes menos restrictivo incluso que el precepto constitucional modificado[12]. Quiere decirse, en definitiva, que a través de la aprobación de esta LO 2/2012 el Gobierno del PP aprovecha para dar una "vuelta de tuerca" a una modificación de dimensión constitucional que por sí misma ya producía serias tensiones en el diseño de la organización político-jurídica de nuestro país. Por eso cabe entender que la LO 2/2012 va demasiado lejos… al menos, en materia de Seguridad Social.

---

[9] Dificilmente puede compartirse la opinión de que tan restrictiva limitación del déficit público "… se configura como un principio esencial para garantizar la sostenibilidad futura del Estado social" (TAJADURA, J. "Reforma constitucional e integración europea", *Claves de Razón Práctica*, nº 216, 2011, p. 24).

[10] BOE 27 de septiembre de 2011.

[11] Véase la Disposición Adicional Única de la citada Reforma Constitucional.

[12] BAIGES, R. –PONS, A. "¿Son incompatibles…", *op. cit.*, p. 4.

Como apunte previo, es importante dejar claro algo que a veces parece olvidarse al analizar las implicaciones de la reforma constitucional. Como sucede con cualquier otro precepto, la interpretación del artículo 135 y su aplicación en forma de desarrollo legal posterior no pueden ser ajenas a otros derechos, bienes e intereses constitucionalmente tutelados; al contrario, deben tenerlos presente o, lo que es lo mismo, respetarlos.

En este sentido, y sin necesidad de recurrir al principio de irreversibilidad en la conquista de los derechos sociales, no parece que la proclamación del artículo 1.1 CE sobre el carácter social y democrático de Derecho de nuestro Estado y el estrechamente vinculado contenido del artículo 41 CE sobre el sistema de Seguridad Social sean cuestiones que el Legislador –orgánico, en este caso– pueda soslayar. Lo cierto es que el análisis de las previsiones de la LO 2/2012 en esta materia de Seguridad Social pone de manifiesto ese necesario respeto puede no haber sido observado con el consiguiente riesgo de inconstitucionalidad.

¿Qué dice la LO 2/2012, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera sobre la Seguridad Social?

Cabe comenzar por señalar que, según la Ley, los principios de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera vinculan a "… todos los poderes públicos…" entre los cuales se incluyen las denominadas "Administraciones de Seguridad Social" [artículo 2.1, d)]. En este punto, la norma se remite al "Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales", aprobado por el *Reglamento (CE) 2223/96, del Consejo, de 25 de junio de 1996*, lo que supone que las previsiones legales se refieren al sistema de Seguridad Social, pero también al Servicio Público de Empleo Estatal y al Fondo de Garantía Salarial.

Dado que al limitar su campo de aplicación el artículo 135 CE alude a "(t)odas las Administraciones Públicas…", sería pertinente preguntarse si la Ley Orgánica podría haber excluido la Seguridad Social. Es cierto que la integración de esta última dentro del sector público es la interpretación más acorde con nuestro derecho positivo[13]. Pero la posible endeblez de este argumento se ve compensada por el propio "Tratado de Estabilidad" que resuelve esta cuestión al incluir expresamente la Seguridad Social entre las Administraciones Públicas sometidas a la regla de estabilidad presupuestaria, un condicionante en principio insalvable a partir de la entrada en vigor del citado Tratado.

La instrumentación del principio de estabilidad presupuestaria en el ámbito de las "Administraciones de Seguridad Social" se traduce, en virtud del artículo 11.5 de la LO 2/2012, en la exigencia de "… una situación de equilibrio o superávit presupuestario".

---

[13] Véanse: artículo 2.1 de la Ley 47/2003, 26 de noviembre, General Presupuestaria, y artículo 3 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Téngase en cuenta, además, el artículo 2 del Protocolo número 12 al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea relativo al procedimiento de déficit excesivo, quizá más decisivo dada la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno.

Empezando por este último tipo de situaciones que ahora parecen tan lejanas, el artículo 32 prevé que el superávit de la Seguridad Social "… se aplicará prioritariamente al Fondo de Reserva, con la finalidad de atender a las necesidades futuras del sistema". El aspecto positivo de esta previsión es que se excepciona la regla general establecida para el resto de Administraciones Públicas (Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales), según la cual, el superávit presupuestario debe destinarse a reducir el endeudamiento neto. Por el contrario, resulta preocupante que ese criterio particular para la Seguridad Social sólo se aplique "prioritariamente". De este modo, frente a la firmeza con la que se aplica la regla general, aquí se abre la puerta a la utilización del hipotético superávit presupuestario de la Seguridad Social para reducir la deuda pública[14].

En cuanto a la situación de equilibrio –una regla estricta que resulta impropia de un ámbito como el de la política social–, se contempla una doble excepción en las que sí se admite un déficit estructural[15] aunque lo hace nuevamente de un modo demasiado restrictivo.

La primera de las excepciones es específica de la Seguridad Social. El segundo inciso del artículo 11.5 LO 2/2012 establece que "… podrán [se refiere a las Administraciones de la Seguridad Social] incurrir en un déficit estructural de acuerdo con las finalidades y condiciones previstas en la normativa del Fondo de Reserva de la Seguridad Social".

Ante todo, hay que denunciar la imprecisión de la norma en este punto, pues vincula a las Administraciones de la Seguridad Social –que, como se ha dicho, incluye al Servicio Público de Empleo Estatal y al FOGASA– con el Fondo de Reserva, cuando sólo el sistema de Seguridad Social, en sentido estricto, tiene que ver con este último. Hay que entender, pues, que se trata de un error (el déficit al que se refiere este precepto es exclusivamente el del sistema de Seguridad Social) que, eso sí, ha de tenerse en cuenta a la hora de interpretar su contenido.

Resulta confuso que la admisión excepcional de un déficit estructural en la Seguridad Social se produzca "… de acuerdo con las finalidades y condiciones previstas en la normativa del Fondo de Reserva…". Parece que hay que interpretar que en este tipo de situaciones de desequilibrio presupuestario –"situaciones estructurales de déficit"[16]– la Seguridad Social debe acudir, antes de nada, al Fondo de Reserva para evitar el déficit del sistema.

---

[14] Cabe traer a colación el criterio del Tribunal Constitucional en un reciente pronunciamiento sobre el antecedente de la norma aquí comentada: la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria. En efecto, la STC 196/2011, 13 de diciembre, reconoce *a contrario* que una vez sea plena la separación de fuentes de financiación del sistema de Seguridad Social –lo que previsiblemente se producirá el próximo año 2013– podría resultar arbitrario que el Estado –y no las Comunidades Autónomas– utilizara los excedentes de la Seguridad Social para cumplir su objetivo de déficit.

[15] El artículo 11.2 de la LO 2/2012 entiende por tal como el "… déficit ajustado del ciclo, neto de medidas excepcionales y temporales".

[16] Tal es la expresión utilizada por el artículo 4 la *Ley 28/2003, de 29 de septiembre, reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social* para caracterizar las situaciones que hacen posible la disposición de activos del fondo. El Real Decreto 337/2004, de 27 de febrero, por el que se desarrolla dicha Ley precisa que hay que entender por tales (artículo 3.2). Por un lado, "… cuando las previsiones de liquidación del excedente presupuestario de las

Hasta diciembre de 2012 la disposición de los activos del citado fondo no podía superar el 3% de las pensiones de carácter contributivo y demás gastos necesarios para su gestión (artículo 4 Ley 28/2003). Sin embargo, el reciente y polémico *RealDecreto-ley 28/2012*[17]deja sin efecto esta limitación durante los ejercicios 2012, 2013 y 2014, lo que supone que, al menos durante este periodo, el déficit de la Seguridad Social será asumido por el Fondo de Reserva y no computará como tal. Aunque es previsible un fuerte desequilibrio presupuestario en los próximos años como consecuencia de la caída imparable de la afiliación, los recursos del Fondo de Reserva no deberían agotarse en tan corto periodo de tiempo.

En todo caso, sea por agotamiento del Fondo sea por aplicación del límite del 3%, lo relevante a efectos de este análisis es que el déficit estructural de la Seguridad Social que no pueda ser cubierto por el Fondo de Reserva será asumido –indirectamente– por el Estado: "… el déficit estructural máximo admitido por la administración central se minorará en la cuantía equivalente al déficit de la Seguridad Social". Con una importantísima limitación, cual es que –a salvo de las situaciones descritas en el artículo 15.3 a las que enseguida me referiré– el déficit estructural del conjunto de las Administraciones Públicas no podrá superar el 0'4% el PIB[18]. Si a este requisito le añadimos que esa concreta desviación presupuestaria sólo es posible "… en caso de reformas estructurales con efectos presupuestarios a largo plazo…", es evidente que el margen con el que cuenta el sistema de Seguridad Social es muy estrecho. Téngase en cuenta, en este sentido, que ese 0,4% representa alrededor de 5.000 millones de euros cuando el Presupuesto de la Seguridad Social en 2012 supera los 120.000 millones de euros.

La segunda excepción –supuestos en los que puede incurrirse en déficit estructural– se recoge en el artículo 15.3 LO 2/2012[19] que reproduce casi milimétricamente el artículo 135.4 CE: "catástrofes naturales, recesión económica grave[20] o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control de las Administraciones Públicas y perjudiquen considerablemente su situación financiera o su sostenibilidad económica o social". Lo destacable en este caso es que se trata –por fortuna– de situaciones inusuales marcadas por un fuerte componente coyuntural.

Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social a efectos del Fondo de Reserva, más el exceso de excedentes obtenidos en las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social a iguales efectos, arroje un resultado negativo durante tres semestres consecutivos, constituyendo éstos un ejercicio también negativo". Por otro, alternativamente, cuando tras una liquidación presupuestaria con un resultado negativo "… la previsión de liquidación realizada una vez transcurrido el primer semestre del ejercicio siguiente pusiera de manifiesto un resultado negativo, acumulado para ambos ejercicios, de más del tres por ciento del crédito presupuestario de pensiones de carácter contributivo y demás gastos necesarios para su gestión aprobado para el ejercicio al que corresponde la previsión de liquidación".

[17] *De 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social.*

[18] En términos nominales, o el establecido en la normativa europea cuando fuera inferior (artículo 15.2 LO 2/2012). Cabe recordar que el "Tratado de Estabilidad" fija ese límite en el 0,5% [artículo 3.1, c)] o incluso el 1%, si la deuda pública es significativamente inferior al 60% [d)].

[19] Aunque el precepto se refiere al déficit del Estado y las Comunidades Autónomas, es razonable interpretar que queda incluido también el déficit de la Seguridad Social, tal y como hemos visto que sucede el apartado 5 del mismo artículo 11.5.

[20] El calificativo "grave" no figura en el artículo 135.4 CE. La LO 2/2012 se remite a la normativa europea para precisar su contenido, pero exige en todo caso "… una tasa de crecimiento real anual negativa del Producto Interior Bruto", una manifestación más del planteamiento restrictivo que orienta el contenido de la Ley.

Pero el problema es que el envejecimiento de la población y sus consecuencias sobre el sistema de pensiones, entre otros ámbitos, difícilmente encajan en la caracterización de estos supuestos.

> [A mayor abundamiento cabe señalar, sin ánimo de entrar aquí en el análisis de estas cuestiones, que el carácter restrictivo de esta doble excepción al principio de estabilidad presupuestaria se ve reforzado por otras previsiones legales no específicamente referidas a la Seguridad Social, pero que van a contribuir sin duda a dificultar la sostenibilidad financiera del sistema de protección social, en su conjunto, ante el previsible incremento de las presiones sobre el gasto asociado al imparable envejecimiento de la población. Me refiero a la "regla de gasto", según la cual, el gasto público no podrá superar la tasa de referencia de crecimiento del PIB de medio plazo de la economía española (artículo 12); a la previsión de que el superávit de las Administraciones Públicas se destine a reducir el endeudamiento neto (artículo 32); al sometimiento de la deuda pública a un límite máximo del 60% del PIB (artículo 13); o a la ya comentada prioridad absoluta de pago de la deuda pública (artículo 14, siempre de la LO 2/2012)].

El escaso margen de actuación que dejan estos condicionantes para dar respuesta a los posibles desequilibrios de la Seguridad Social nos abocan en un plano teórico a dos tipos de salida.

La primera consistiría en aumentar los ingresos del sistema a través de una elevación de las cotizaciones sociales o de las aportaciones del Estado vía impuestos generales. Desde luego es una opción política seguramente inconcebible en estos momentos, pero que deberá ser tenida en cuenta en el medio y largo plazo para garantizar la sostenibilidad de la Seguridad Social[21].

Pero la LO 2/2012 se decanta por una segunda opción: el recorte –directo o indirecto– de las prestaciones. En efecto, el artículo 18.3 establece como mecanismo regulador "… en caso de proyectar un déficit en el largo plazo del sistema de pensiones…" la revisión de los parámetros de ese sistema a través de una aplicación "… automática [del] factor de sostenibilidad…" al que se refiere el artículo 8 de la Ley 27/2011[22].

Ciertamente, esta previsión en torno a la aplicación del factor de sostenibilidad resulta imprecisa por al menos dos razones. De una parte, su diseño adolece de excesiva laxitud: cuando alude a una proyección del déficit del sistema de pensiones en el largo plazo, ¿a qué se refiere? Porque lo que ya dicen las proyecciones es que el gasto en pensiones va a incrementarse notablemente en las próximas décadas[23]. Dada la previsión del carácter automático del factor de sostenibilidad, ¿significa ello que el Gobierno podría hacerlo en cualquier momento?

---

[21] Recuérdese que una de las previsiones del Acuerdo Social y Económico, firmado por el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales el 2 de febrero de 2011, era precisamente "… la conveniencia de establecer posibles escenarios de financiación complementaria de nuestro sistema de Seguridad Social en el medio y largo plazo".

[22] *De 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social*.

[23] Véase, por ejemplo, el interesante informe de la Comisión Europea titulado *JointReportonPensions. Progress and keychallenges in thedelivery of adequate and sustainablepensions in Europe* en el que se prevé un gasto público en pensiones en España en 2060 del 15,1% frente al actual 10%.

De otra parte, no queda muy claro qué quiere decir el artículo 18.3 LO 2/2012 cuando contempla que esa aplicación del citado factor se producirá "… en los términos y condiciones previstos en la Ley 27/2011…". No sólo porque el citado artículo 8 sea algo abstruso y no especifique en qué circunstancias y con qué sentido se ha de producir la revisión, sino porque se vincula a la evolución de la esperanza de vida siendo así que los problemas de sostenibilidad del sistema de pensiones pueden aflorar incluso aunque esa variable permanezca estable.

Sea como fuere, todo lo anterior pone de manifiesto las importantísimas implicaciones negativas, en cuanto limitaciones, que el diseño legal del principio de estabilidad presupuestaria podría tener en el ámbito de la política social y, en concreto, de la Seguridad Social y su sistema de pensiones. Debemos ser muy conscientes de que, al margen de los efectos de la devastadora crisis que actualmente sufrimos, si algo condiciona a medio y largo plazo la estabilidad-sostenibilidad de las cuentas públicas es el envejecimiento de la población[24].

Por eso, cabe defender que los preceptos de la LO 2/2012 relacionados con la Seguridad Social –artículos 11.5 y 18.3, en concreto– resultan demasiado restrictivos en la medida en que, sin llegar a vaciarlo de contenido, sí pueden llegar a desfigurar el derecho a la Seguridad Social reconocido en el artículo 41 CE.

Para empezar hay que señalar que la cobertura que, en términos generales, encuentra la LO 2/2012 en el nuevo artículo 135 CE no debe llevar a pensar que el contenido de este precepto y su interpretación son autónomos respecto del resto de la Constitución. En particular, en una materia como ésta necesariamente se ha de tener muy presente la cláusula del artículo 1.1 CE que configura nuestro Estado como social y democrático de Derecho, así como su proyección sobre el mandato a los poderes públicos de promoción de la igualdad real de los ciudadanos consagrado por el artículo 9.2 CE.

Si a la luz de estos dos últimos preceptos constitucionales, nos acercamos al artículo 41 CE y a la jurisprudencia constitucional sobre el mismo, es razonable concluir que la Ley Orgánica 2/2012, 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera entorpece el desempeño como función del Estado que el artículo 41 CE atribuye a la Seguridad Social[25]. Y, en esta misma línea de razonamiento, cabe también considerar que la LO 2/2012 atenta contra la garantía institucional del sistema de Seguridad Social, en la medida en que aquélla pone en riesgo "… los rasgos que la hacen recognoscible en el estado actual de la conciencia social…"[26]. En definitiva, puede concluirse que los artículos 11.5 y 18.3 LO 2/2012 vulneran el artículo 41 CE.

---

[24] Sólo como ilustración, véanse las *Proyecciones de Población 2012* del Instituto Nacional de Estadística. Aquí se contempla que en 2052 el grupo de edad de mayores de 64 años se incrementaría en 7,2 millones de personas y representaría el 37% de la población total en España.

[25] Véase, entre otras, las SsTC 65/1987, 21 de mayo; 134/1987, 21 de julio; 37/1994, 10 de febrero; y 78/2004, 29 de abril, entre otras.

[26] Nuevamente, SsTC 37/1994, 10 de febrero; y 78/2004, 29 de abril, entre otras.

LA PERVIVENCIA DE LA ESPECIALIDAD EN LA ACCIÓN PROTECTORA DEL RETA DENTRO DEL DISEÑO CONSTITUCIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL

María José Caballero Pérez
Profesora sustituta interina
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO

1. LA LIMITADA ACCIÓN PROTECTORA DEL RETA EN SU CONFIGURACIÓN INICIAL
2. LA CONSOLIDACIÓN DEL MODELO PRE-CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS
   2.1. El carácter programático del artículo 41 de la constitución española y su incidencia en la regulación de la acción protectora de los trabajadores autónomos
3. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA ACCIÓN PROTECTORA DEL RETA TRAS LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: ESPECIAL REFERENCIA A LA MATERIALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE HOMOGENEIDAD CON EL RÉGIMEN GENERAL

1. LA LIMITADA ACCIÓN PROTECTORA DEL RETA EN SU CONFIGURACIÓN INICIAL

Dentro de nuestra historia previsional, la incorporación de los trabajadores por cuenta propia en los mecanismos públicos de protección social, y en particular de los autónomos de la industria, comercio y servicios, ha estado marcada:

En primer lugar por su retraso histórico, pues como es sabido quedaron excluidos de las primeras normas sobre Seguros Sociales que, por razones socio-políticas, limitaban su campo de aplicación a los trabajadores asalariados[1]. Y en segundo lugar porque, una vez incorporados en la Seguridad Social, primero por la vía del denominado Mutualismo Laboral (esto es, a través de mutualidades creadas específicamente para ellos y organizadas por sectores de actividad al amparo del Decreto 1167/1960), y poco después mediante la configuración de un régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos (ex Decreto 2530/1970, de 20 de agosto[2]), han venido recibiendo una cobertura diferenciada y más limitada que la dispensada a los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General de la Seguridad Social[3].

Si dejamos a un lado el estudio sobre la protección social mutualista de los trabajadores autónomos, nuestro punto de partida debe situarse en la Ley de Bases de Seguridad Social, de 28 de diciembre de 1963[4]. Con su promulgación, había llegado «el momento de operar el tránsito de un conjunto de seguros sociales a un sistema de Seguridad Social», caracterizado, entre otras notas, por «generalizar la protección a la población activa en su conjunto». Sobre este último factor, la propia Ley era consciente de que al estructurar un sistema de Seguridad Social, ampliaría su campo de aplicación a «todos los españoles [...] cualquiera que sea su actividad profesional». De manera que, en consonancia con estos propósitos descritos en su Exposición de Motivos, su base segunda [apartado 5.b)] confirmó la extensión de la Seguridad Social «a los trabajadores por cuenta propia o autónomos»,vitalizando y ordenando de este modo las manifestaciones protectoras nacidas en los últimos años a favor de este colectivo a través del mutualismo.

Ahora bien, adoptada la decisión de incluir a los trabajadores autónomos dentro del campo de aplicación de la Seguridad Social, la fórmula técnica utilizada para hacerla efectiva no fue la de integrarlos de igual modo que se incluía a los sujetos tradicionalmente protegidos –los trabajadores por cuenta ajena-. La solución de la Ley de Bases fue la de establecer unas reglas distintas para este colectivo, a través de la configuración de un régimen especial de trabajadores por

---

[1] VIDA SORIA, J., «La esencia y la existencia del Derecho del Trabajo (Una revisión crítica del Concepto del Derecho del Trabajo y sus derivaciones conceptuales, dogmáticas y sistemáticas)», Revista de Derecho Laboral, núm. 192, tomo XLI, octubre/diciembre, Montevideo, 1998; «Régimen General y regímenes especiales de la Seguridad Social española», Papeles de Economía Española, núm. 12/13, 1982; y « ¿Qué fue eso de la Seguridad Social?», Discurso de apertura Curso Académico 2001-2002, Universidad de Granada, 2001.

[2] Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (BOE de 15 de septiembre de 1970).

[3] DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J. I.: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 35.

[4] BOE de 30 de diciembre de 1963.

cuenta propia o autónomos (en adelante conocido como RETA). Uno más de los previstos para «aquellas actividades profesionales en que por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos se hiciere preciso» establecer un régimen especial «para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social» [Base tercera, apartado 10.f)][5].

Pocos años después, la Ley Articulada de Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril[6], recogió el contenido de estas bases incluyendo a los autónomos dentro de su campo de aplicación [art. 7.b)], estructurando el sistema de la Seguridad Social a partir de un régimen especial y varios especiales (art. 9), y previendo el establecimiento de un régimen especial para los trabajadores autónomos [art. 10.2.c)], al tiempo que ordenaba su regulación reglamentaria (art. 10.5), con sujeción al título I de esta Ley y al principio de tendencia hacia la «máxima homogeneidad posible con los principios del Régimen General» (art. 10.6).

Dicha regulación reglamentaria se materializaría en el Decreto2530/1970, de 20 de agosto, desarrollado por la Orden de 24 de septiembre de 1970[7]. Pero aun cuando la ordenación de este régimen especial debía efectuarse con la «máxima homogeneidad posible» con el Régimen General (art. 10.6 Ley Articulada de Seguridad Social 1966), su regulación introduciría diferencias de protección en base a los mismos argumentos justificativos que persisten en nuestros días, como es el relativo a la dificultad de determinar las rentas salariales a efectos de cotización en un colectivo sumamente heterogéneo[8], o a la inexistencia de un empresario que junto al trabajador asumiera parte del esfuerzo contributivo[9].

Concretamente, la acción protectora de este Régimen Especial quedaba limitada a las prestaciones de pago único de protección a la familia (reducidas a asignaciones por contraer matrimonio y por nacimiento de cada hijo), a una ayuda económica con ocasión de intervención quirúrgica (para los trabajadores autónomos en activo), y a las pensiones de jubilación, supervivencia e invalidez, con exclusión de la invalidez provisional, de la incapacidad permanente parcial, de la incapacidad laboral transitoria y de la prestación por desempleo. Tampoco se distinguía entre contingencias comunes y profesionales, que recibían así el mismo tratamiento siendo todas ellas consideradas como derivadas de riesgo común,

---

[5] A pesar de la dogmática declaración contenida en su Exposición de Motivos, según la cual la «tendencia a la unidad» es una de sus principales directrices , y a pesar también de la extraordinaria ampliación de su ámbito personal de cobertura y de su intención de alcanzar «en la medida máxima posible» la equiparación de sus protegidos, «cualquiera que sea el sector económico en que trabajen o la naturaleza de su actividad específica», esta Ley no avanzaba, sin embargo, hacia el ideal de unificación de la Seguridad Social para todas las personas que trabajan». En este sentido, BAYÓN CHACÓN, G.: «Los problemas de personalidad en la Ley de Bases de la Seguridad Social», en *Revista de Política Social*, núm. 61, 1964, pág. 27.

[6] BOE del 22 de abril de 1966.

[7] Orden de 24 de septiembre de 1970 por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (BOE de 30 de septiembre y 1 de octubre de 1970).

[8] BLASCO LAHOZ, J. F.: *El Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos. Teoría (doctrina) y práctica (legislación y jurisprudencia),* Tirant Lo Blanch, 2005, pág. 15.

[9] TOROLLO GONZÁLEZ, F. J.: «La nueva acción protectora del Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos», *Revistas del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 49, marzo 2004, pág. 36.

sea enfermedad común o accidente no laboral[10]. Y en cuanto a la obligación de cotizar, ésta sería asumida exclusivamente por el trabajador (ante la ausencia de empresario sobre el que hacer recaer tal obligación), determinándose conforme a un sistema de escala de base mínima y base máxima con posibilidad limitada de elección por parte del interesado[11](dada su falta de retribución fija).

Así pues, lo logrado en un primer momento con el régimen especial de trabajadores autónomos, fue dotar a este colectivo de una protección social que, en comparación con la establecida para los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General, presentaba significativas limitaciones tanto en su extensión (ya que no todas las contingencias y situaciones protegidas por este último régimen se encontraban cubiertas por el RETA, como fue el caso de la incapacidad laboral transitoria, las contingencias profesionales o el desempleo), como en su intensidad. Circunstancia esta última que principalmente se debió a que, por un lado, la protección dispensada por el RETA a determinadas contingencias, entre ellas la jubilación o la invalidez, era más restringida que la prevista en el Régimen General; y por otro lado, se confirió al trabajador la potestad de elegir sus propias bases de cotización propiciando entre este colectivo la tendencia a cotizar por bases mínimas, con la consiguiente repercusión en el cálculo final de la cuantía de sus prestaciones[12].

No obstante, la política de equiparación de la acción protectora del RETA con la del Régimen General de Seguridad Social se intentó poner en práctica poco después mediante la inclusión de la asistencia sanitaria (RD 1074/1977, de 23 de abril desarrollado por la Orden de 25 de mayo de 1977), y de la incapacidad laboral transitoria (RD 1774/1978, de 23 de junio desarrollado por Orden de 28 de julio de 1978), mediante al técnica de la mejora voluntaria. Técnica que, en la actualidad, se ha seguido aplicando parcialmente a las contingencias profesionales y al desempleo, permitiendo que sólo los trabajadores autónomos que son sensibles al riesgo y pueden pagarlo elijan la cobertura.

2. LA CONSOLIDACIÓN DEL MODELO PRE-CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

Las limitaciones o especialidades en la acción protectora del RETA han pervivido hasta la actualidad como consecuencia de la adopción, por parte del poder constituyente, de un modelo híbrido y ambiguo en el que no se adoptaron

---

[10] GÓMEZ CABALLERO, P.: *Los trabajadores autónomos y la Seguridad Social: campo de aplicación y acción protectora del RETA*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 102.

[11] DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J. I.: *La Seguridad Social de los trabajadores* autónomos, óp. cit. pág. 37.

[12] Señala CAMARA BOTÍA, A.: «Configuración del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos», *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008, pág.63, que lo logrado en un primer momento con el régimen especial de trabajadores autónomos fue, fundamentalmente, un seguro de pensiones en el que, pese a su obligatoriedad, el beneficiario podía determinar libremente su aportación en virtud del sistema de cotización con libre elección de base.

imperativamente los principios universalistas en materia de Seguridad Social[13]. Se prefirió el mantenimiento de un sistema en el que la protección de los trabajadores autónomos o había sido excluida, o había quedado limitada profundamente, en vez de establecer una fórmula pública de Seguridad Social, coherente, estable, completa y profunda que hubiera permitido la introducción de un modelo de protección equiparable al de los trabajadores del régimen general[14].

Como en ocasiones ha señalado la doctrina, ese modelo limitado de protección para los trabajadores autónomos se ha mantenido en la medida en que la aprobación de la Constitución no supuso una auténtica conmoción en la estructura del ordenamiento jurídico y en la conformación de los institutos e instituciones que se esperaba[15]. Por tanto, se puede afirmar que la pervivencia de la especialidad en cuanto a la protección de los trabajadores autónomos es el resultado del desprecio de la oportunidad histórica de remodelar el sistema de seguridad social por parte del poder constituyente[16]. Y es que la ambigüedad del art. 41, en relación con la regulación de los regímenes especiales,permitió que la legislación preconstitucional de protección se adecuara a las características descritas en el mismo[17].

2.1. El carácter programático del artículo 41 de la Constitución Española y su incidencia en la regulación de la acción protectora de los trabajadores autónomos

Para entender estas previas consideraciones, es necesario partir del precepto constitucional clave y básico en materia de Seguridad Social, es decir, del art. 41 de la Constitución. Encuadrado en el capítulo de principios rectores de la política social y económica, dicho precepto ordena a los poderos públicos mantener -o establecer- «un régimen público de Seguridad Social que garantice para todo los ciudadanos la asistencia y las prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo».

---

[13] MALDONADO MOLINA, J.A.: *Génesis y evolución de la protección social por vejez en España*, MTAS, Madrid, 2002, págs. 104-110.

[14] VIDA SORIA: «Artículo 41. Seguridad Social», en AA.VV.ALZAGA VILLAAMIL (dir) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo IV, Edersa, Cortes Generales, Madrid, 1996, págs. 106 y 107; «Artículo 41. Seguridad Social» en AA.VV.: *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, Tomo IV, EDERSA, Madrid, 1984 y «Génesis de las normas laborales en la Constitución Española de 1978», en AA.VV.: *Estudios de Derecho del trabajo en memoria del prof. Bayón Chacón*, Ed. Tecnos, Madrid, 1980, págs. 249 y 250.

[15] Los informes doctrinales anteriores a la promulgación de la Constitución preconizaban un nuevo modelo "más amplio y más profundo de Seguridad Social" que pasaban por una auténtica reestructuración de la Seguridad Social dentro de lo que se podían calificar como tesis "expansivistas". En este sentido, véanse MALDONADO MOLINA, J.A.: *Génesis y evolución de la protección social…*, op. cit., pág. 102 y VIDA SORIA, J.: «La reforma de la Seguridad Social en España», en AA.VV., PRADOS DE REYES, F (coord.): *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1985, pág. 246. También en el mismo sentido, RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario para su reforma», en AA.VV., PRADOS DE REYES, F. (coord.): *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo*, pág. 269.

[16] DE LA VILLA GIL, L.E.: «Estudio Preliminar» en AA.VV., DE LA VILLA GIL, L.E. (dir.): *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 38.

[17] VIDA SORIA, J.: «Artículo 41. Seguridad Social», op. cit., pág. 118.

Mediante esta flexible y ambigua formulación, se prefigura un modelo público y abierto de Seguridad Social que deberá de estar basado en la «universalidad» (el sistema tiene que atender a las necesidades de todos los ciudadanos, aunque no se especifica que deba ser de forma exacta para todos ellos), y en la «suficiencia» (el sistema debe de garantizar a los ciudadanos ayudas suficientes en las situaciones de necesidad).

Ahora bien, dado el carácter programático del precepto, la universalización subjetiva de la cobertura que en él se establece en ningún caso representa un mandato imperativo por el que el legislador tenga necesariamente que homologar la protección de los trabajadores por cuenta propia con los del Régimen General. En cualquier caso señala los límites que deben ser respetados por el legislador a la hora de desarrollar esa normativa, sin que su falta de desarrollo pueda comportar infracción constitucional alguna[18].

Así es que los futuros procesos de reforma legislativa, deberán de respetar la universalidad de la cobertura en tanto que compone un rasgo estructural típico de la Seguridad Social reconocida por la Constitución y ello es una característica de su condición de garantía institucional[19]. Garantía institucional que, sin embargo, no ha impedido que se admita por la doctrina la posibilidad de que, en vista del carácter ambiguo y débil que tiene el artículo 41, se pueda incluso producir algún tipo de "regresión" que afecte a la expansión del sistema de protección[20].

De otro lado, en el desarrollo de este planteamiento doctrinal, ha tenido una especial significación el Tribunal Constitucional al configurar los principios técnicos sobre los que se fundamenta el alcance limitativo que todavía persiste en la

---

[18] DE OTTO, I.: *Derecho Constitucional*, Ariel Derecho, Barcelona, 1988, pág. 39. En este sentido se señala que la universalización es un presupuesto constitucional que marca las fronteras entre lo constitucional y lo inconstitucional. Así, solamente dentro de estos límites sería posible el desarrollo de una protección equiparable.

[19] VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Estado Social y Seguridad Social», *Relaciones Laborales*, núm. 22, 1994, págs. 4 y ss. Otros autores que han incidido sobre el particular: ALVAREZ DE LA ROSA, M.: «El artículo 41 de la Constitución: garantía institucional y compromisos internacionales», *Revista de Seguridad Social*, núm. 15, pág. 78; GETE CASTRILLO, P.: *El nuevo derecho común de las pensiones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 1997, págs. 224 y 225; RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y GÓNZALEZ ORTEGA, S.: «La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario para su reforma», en AA.VV., PRADOS DE REYES, F. (Coord*.): II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo*, op. cit. págs. 274 y ss.; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos Sociales de la Ciudadanía y Ordenamiento Laboral*, CES, Madrid, 1996, pág. 200 y «El sistema de pensiones entre Estado y mercado», *Documentación Laboral*, núm. 48, pág. 47.

[20] MALDONADO MOLINA, J.A.: *Génesis y evolución de la protección social…,* op. cit., pág. 111. El autor pone de manifiesto que en nuestro sistema constitucional no puede admitirse "la construcción italiana del llamado "principio de irregresividad o irreversibilidad de las conquistas sociales" que actuaría limitando la facultad del legislativo, en el sentido de que ha de respetar el nivel de protección alcanzado por el sistema de Seguridad Social". En la misma línea: VIDA SORIA, J., «Artículo 41, Seguridad Social» (1984), op. cit, pág. 97; DE LA VILLA GIL, L.E. y DESDENTADO BONETE, A.: «Delimitación de competencias Estado-Comunidades Autónomas, en materia de relaciones laborales y seguridad social. De la experiencia republicana a la Constitución de 1978», en AA.VV.: *Los trabajadores y la Constitución, Sociedad de Estudios Laborales*, Madrid, 1980, p. 150 y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y LÓPEZ GANDÍA, J.: «Valores constitucionales y Seguridad Social», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 13, 1998, pág. 204.

acción protectora de los trabajadores por cuenta propia. En este sentido se ha llegado a afirmar que «no es posible comprender (…) la Seguridad Social sin acudir a la doctrina del Tribunal Constitucional»[21].

Concretamente, las precisiones del Tribunal Constitucional para mantener este efecto restrictivo han sido las siguientes:

- Las limitaciones en la acción protectora de los trabajadores autónomos son medidas de política legislativa que atienden a los recursos disponibles y que solamente al legislador le corresponde adoptar[22]. Y es que el legislador dispone de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a las circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél[23].
- Las limitaciones en el régimen de protección de los trabajadores autónomos son compatibles con el artículo 41 de la Constitución puesto que solamente con la existencia de un sistema de protección, aunque no se beneficien todos los ciudadanos, ya se entiende que se cumple con dicho precepto constitucional. Se deja, así, espacio al legislador para modificar los postulados limitativos y excluyentes de la acción protectora de los trabajadores por cuenta propia[24].
- El carácter programático del artículo 41 de la Constitución Española supone que, en el nivel de protección, cuando las prestaciones derivan de distintos o diversos regímenes, cada uno con normativa propia, la identidad no constituye un imperativo jurídico[25].
- La equiparación de los distintos regímenes en orden a la protección es una opción del legislador aunque la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos sea algo deseable desde el punto de vista social[26].

---

[21] ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «Una variante de la pensión de viudedad o, de nuevo, sobre el sistema público de Seguridad Social. Adquisición del derecho y prescripción del mismo. (Comentario a la Sentencia 88/1991, de 25 de abril, BOE de 29 de mayo)», *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, tomo IX, 1991, pág. 345.

[22] La STC 22 de marzo de 1993 establece que "es una medida de política legislativa que, en función de los recursos disponibles, sólo al legislador corresponde adoptar".

[23] SSTC 184/1993, de 31 de mayo, y 37/1994, de 10 de febrero.

[24] Así, la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional se convierte en una "guardiana de la diferenciación normativa ya que deja el mayor especio posible a la actuación del poder públicos en la configuración del sistema de la Seguridad Social. En consecuencia, se limita la aplicación del artículo 14 de la Constitución Española en relación con el artículo 41. En este sentido véanse: GOERLICH PESET, J.M.: «La protección de la incapacidad: algunos puntos críticos de la doctrina jurisprudencial unificada», *Actualidad Laboral*, Tomo III, 1996, págs. 601-602; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social y Constitución*, Civitas, Madrid, 1995.

[25] Entre otras, las SSTC 103/1984, de 12 de noviembre, y 27/1988, de 23 de febrero.

[26] En las SSTC 103/1984, 27/1988 y 77/1995 sostiene que "ni se vulnera el principio de igualdad" ni "constituye un imperativo jurídico" la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes.

– Ese tratamiento desigual no supone vulneración del artículo 14 de la Constitución dado que el mero hecho de que sean colectivos diferentes permite que sean tratados de forma diferente[27]

Así pues, se puede concluir que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, no vulnera el principio de igualdad el hecho de que a los trabajadores autónomos se les dispense una menor protección en relación con los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General. Esto eso, no resulta discriminatorio establecer exclusiones o limitaciones normativas en la protección social de los trabajadores por cuenta propia en base alsimple hecho de realizar profesionalmente la actividad autónoma.

3. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA ACCIÓN PROTECTORA DEL RETA TRAS LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: ESPECIAL REFERENCIA A LA MATERIALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE HOMOGENEIDAD CON EL RÉGIMEN GENERAL

A pesar de la eficacia programática del art. 41 de la Constitución, la tendencia a la homogeneización de regímenes de la Seguridad Social ha sido una constante en el proceso reformista llevado a cabo sobre nuestro sistema tras la Constitución Española. Y es que, sobre los presupuestos de homogeneidad y uniformidad actualmente recogidos en el art. 10.4 y 5 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social [28]-«se tenderá a la máxima homogeneidad posible con el Régimen General»- (e inicialmente consagrados por la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963), se ha ido constatando una tendencia inacabada hacia la unidad en el sistema de Seguridad Social[29] a través de un doble proceso. Por una parte mediante el establecimiento de normas comunes para todas las prestaciones independientemente del régimen por el que se encuentran reguladas. Por otra parte, mediante la integración de los regímenes especiales en el Régimen General o, como ha ocurrido también, en el de Autónomos.

En este último sentido, los «Pactos de Toledo» han ido recogiendo (tanto en su versión originaria de 1995 como en las revisadas de 2003, 2007 y 2011) una serie de recomendaciones con la intención de ir reduciendo, de manera gradual, el número de regímenes hasta lograr la plena igualdad del sistema público de pensiones[30]. Voluntad que se ha venido configurando como un objetivo de lenta

---

[27] Autos del TC 78/1984, 122/1984, 460/1984 y 724/1984.

[28] Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE de 29 de junio de 1994).

[29] CASAS BAAMONDE, Mª E.: *Autónomos agrarios y Seguridad Social. (Antecedentes históricos y evolución legislativa de la protección social otorgada a los trabajadores agrarios por cuenta propia)*, Instituto de Estudios Políticos , Madrid, 1975 pág. 194-195, nota núm. 131.

[30] *Vid.* MONERÉO PÉREZ, J. L.: proceso de convergencia e integración de los regímenes de seguridad social: significación y aspectos críticos, Temas Laborales, núm. 112, 2011, págs. 91- 132.

consecución, toda vez que hasta hace muy poco se ha mantenido la diversificación en el tratamiento de los colectivos implicados sobre la base de la antigua dialéctica unidad/pluralidad[31].

Así, el Acuerdo sobre Medidas en Materia de Seguridad Social (2006), siguiendo las recomendaciones tercera y sexta del Pacto de Toledo, contemplaba la integración del Régimen Especial Agrario en el Régimen de Autónomos de los trabajadores por cuenta propia. Lo que finalmente se consiguió mediante la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que crea un sistema especial para trabajadores por cuenta propia agrarios incluidos en el Régimen especial de los trabajadores por Cuenta Propia[32].

Sin embargo, fundamental ha resultado la aproximación protectora del RETA al RGSS, ya por vía de equiparación o, produciendo idéntico efecto por distinto camino, mediante la regulación común de determinadas instituciones para todo el sistema de la Seguridad Social. A este propósito atendería la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y la acción protectora[33], cuya aprobación supuso una homogeneización importante en el régimen de las pensiones, luego continuada con la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social[34], con la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social[35], y más actualmente con la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social[36].

- En materia de prestaciones de muerte y supervivencia, el RD 9/1991, de 11 de enero[37] (DA 13ª.3) dispuso el reconocimiento de tales prestaciones «en los mismos términos que en el Régimen General, en lo relativo a sujetos causantes, beneficiarios, períodos previos de cotización, cálculo de la base reguladora y porcentaje a aplicar sobre ésta para hallar la cuantía de la prestación».
- Esta misma norma produjo una importante homogeneización en materia de incapacidad permanente: suprimió el requisito de que el beneficiario tuviera cumplidos los 45 años de edad en la fecha del hecho causante y eliminó el requisito del período previo de cotización para el acceso a las pensiones de incapacidad permanente derivada de accidente estando el trabajador en alta o situación asimilada, determinándose la base reguladora conforme a las reglas del Régimen General. Aunque habría que esperar al

---

[31] BAYÓN CHACÓN, G.: "El elemento de pluralidad en la Seguridad Social española: Régimen General y Regímenes Especiales", en VV.AA.: *Diecisiete lecciones sobre Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, 1974, págs. 12 y 15.

[32] Vid. GARCÍA ROMERO, B.: «La integración de los trabajadores agrarios por cuenta propia en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos», *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008, págs. 93- 106.

[33] BOE de 5 de octubre de 1985.

[34] BOE de 16 de julio de 1997.

[35] BOE de 5 de diciembre de 2007.

[36] BOE de 2 agosto de 2011.

[37] BOE de 16 de enero de 1991.

RD 463/2003, de 25 de abril[38], para que se reconociera dentro del RETA la incapacidad permanente total cualificada.

– También han sido sustanciales los cambios operados en este Régimen Especial en relación a la incapacidad temporal, cuya ordenación ha estado sometida a los siguientes vaivenes: desprotección absoluta en la regulación originaria contenida en el Decreto 2530/1970 (art. 27); incorporación como situación protegida bajo la modalidad de mejora voluntaria (el RD 1774/1978, de 23 de junio); cobertura obligatoria a raíz del RD 43/1984, de 4 de enero), y vuelta de nuevo al carácter voluntario de su protección mediante Ley 21/1993, de 29 de diciembre.

En cuanto a la formalización de la cobertura de la incapacidad temporal, la Ley 22/1993, de 29 de diciembre estableció la posibilidad de concertar tal prestación con el INSS, con una mutua de accidentes de trabajo o con una mutualidad de previsión social (su concreción reglamentaria en el RD 2100/1994, de 28 de octubre), y la DA 14ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, determinó que los trabajadores que opten por la cobertura de la incapacidad temporal "deberán formalizar la misma con una mutua de accidentes de trabajo".

Pero finalmente, la Ley 20/2007 de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo[39], volvería a incidir sobre esta cuestión ordenando la cobertura obligatoria de incapacidad temporal. De manera que, bajo la idea reiterada de hacer converger la acción protectora del RETA como la del Régimen General (art. 26.5), su art. 26.3 establece la cobertura obligatoria de la incapacidad temporal para los trabajadores autónomos económicamente dependientes, y con mayor alcance su DA 3ª prevé que los trabajadores por cuenta propia o autónomos que no hayan optado por dar cobertura a las prestaciones de incapacidad temporal, deberán llevarlo a cabo de forma obligatoria, siempre que no tengan derecho a dicha prestación en razón de la actividad realizada en otro Régimen de la Seguridad Social. Si bien, y en cualquier caso, seguirá manteniendo carácter voluntario para los trabajadores pro cuenta propia agrarios[40].

– La introducción de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional en el ámbito protector del RETA, se efectuaría con carácter voluntario para los trabajadores por cuenta propia, siempre que hubieran optado por la previa cobertura de la incapacidad temporal, por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre (que agregó la DA 34ª a la LGSS), desarrollada por el RD 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el

---

[38] Real Decreto 463/2003, de 25 de abril, sobre reconocimiento del incremento de la pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual para los trabajadores por cuenta propia (BOE de 26 de abril de 2003).

[39] BOE de 12 de julio de 2007.

[40] MONERÉO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: Los derechos de protección social de los trabajadores autónomos, Comares, Granada, 2009, págs. 62- 65.

RETA, y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia.

Sin embargo, también esta materia sería objeto de modificación por la Ley 20/2007, indicando: por un lado (art. 26.3), que los trabajadores autónomos económicamente dependientes deberán incorporar obligatoriamente, dentro del ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social, la cobertura de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social; por otro lado (DA 3ª.2), que el Gobierno deberá determinar aquellas actividades profesionales desarrolladas por el resto de autónomos que presentan un mayor riesgo de siniestralidad, a fin de establecer la cobertura obligatoria de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social; y por último (DA 3ª.3), que para los trabajadores por cuenta propia agrarios, incorporados al «Sistema Especial de Trabajadores Agrarios por Cuenta Propia», la cobertura de la incapacidad temporal y de las contingencias profesionales seguirán siendo de cobertura voluntaria.

Una regulación que, no obstante, cambiará radicalmente para los trabajadores por cuenta propia en general que soliciten su alta en el RETA a partir del 1 de enero de 2013, toda vez que el art. 7 de la Ley 27/2011 prevé que, desde la mencionada fecha, la protección frente a las contingencias profesionales formará parte, de manera obligatoria, de la acción protectora de todos los regímenes que integran el sistema de Seguridad Social.

– De otro lado, a partir de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, se ha ido equiparando plena e íntegramente la prestación por maternidad en el RETA y en el RGSS, incluyendo el régimen jurídico contemplado en el Estatuto de los Trabajadores en todos y cada uno de los aspectos de dicha materia, sin excepción[41]. Y con motivo del RD 1148/2011, de 29 de julio, se incluye a los trabajadores por cuenta propia de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

Y por último, especialmente relevante en este proceso de equiparación en la protección de los trabajadores autónomos y los trabajadores por cuenta ajena han sido las reformas acometidas con respecto a la protección de la contingencia de jubilación -sobre todo las referidas a la posibilidades de acceso anticipado a la pensión por parte de los trabajadores por cuenta propia (Ley 20/2007 y Ley 27/2011)-, y la implantación para los trabajadores por cuenta propia de un Sistema específico de protección por cese de actividad a raíz de la Ley 32/2010, de 5 de agosto. Sistema que, en coherencia con el carácter universalista con el que aparece formulada la cobertura del desempleo como situación de necesidad por el art.

[41] OLARTE ENCABO, S.: «Transferencia" de la prestación por maternidad de las trabajadoras autónomas la equiparación plena con las trabajadoras por cuenta ajena», *Aranzadi Social*, núm. 16, págs. 29- 36.

41 de la Constitución, pretende paliar la tradicional desprotección que ha venido sufriendo este colectivo frente al riesgo de tener que cesar en su actividad o cerrar su negocio por causas ajenas a su voluntad.

En definitiva, todos estos cambios son suficientemente indicativos de que las vicisitudes operadas en este Régimen durante las últimas décadas, han estado orientadas a la consecución de los principios de universalidad y generalidad que deben regir la evolución de nuestro sistema de Seguridad Social.

Pero aun así, en el régimen jurídico de las prestaciones, continúan existiendo particularidades que exceden de las que serían naturales en atención a la condición de trabajadores por cuenta propia. Con ello no nos referimos a que se les exija un cuarto requisito general, como es el estar al corriente en el pago sus cuotas a la Seguridad Social *ex* DA 39ª LGSS (requisito lógico al ser ellos los únicos sujetos obligados y responsables del abono de sus cuotas), sino a la escasez de situaciones asimiladas al alta que permitan suplir un requisito que desde 1985 ya quedó dispensado para la jubilación e incapacidad permanente (y desde 1998 para las prestaciones para supervivientes), pero que sigue siendo relevante para otras prestaciones del sistema[42]. Y es que la mayor parte de las asimilaciones al alta están pensadas para trabajadores por cuenta ajena.

Idéntico problema existe respecto del requisito de carencia. Para el cómputo de los períodos mínimos cotizados puede recurrirse a las llamadas situaciones asimiladas a período cotizado. Pero si hay algo que caracteriza a estas figuras, es su escasez, escasez que es especialmente acusada en el caso de los trabajadores por cuenta propia. Nuevamente vemos cómo estas asimilaciones están pensadas en situaciones en las que puedan encontrarse trabajadores por cuenta ajena, pero no autónomos. Así, es especialmente llamativo el que no pueden beneficiarse de la excedencia para cuidado de hijo o familiar (art. 180.1 y 2 LGSS), la reducción de jornada por cuidado de hijo o familiar (art. 180.3 LGSS), la maternidad o paternidad que subsista a extinción del contrato o percepción desempleo (art. 125.6 LGSS), entre otros.

En materia de intensidad protectora volvemos a comprobar este injustificado trato desigual. Así, debería revisarse la inaplicación de la teoría de la integración de lagunas en la base reguladora de los autónomos (máxime teniendo en cuenta los nuevos módulos temporales de la base reguladora de la jubilación tras la Ley 27/2011; y que la integración de lagunas desde 2013 tiene un régimen muy restrictivo, sin que su extensión a los autónomos pudiera ser considerado un privilegio… en absoluto).

---

[42] El art. 29 del Decreto 2530/1970 (titulado "Situaciones asimiladas a la de alta") solo enumera tres: a) los noventa días naturales siguientes al último día del mes de su baja; b) Los casos de incorporación a filas para el cumplimento del servicio militar; c) Convenio especial con la Entidad gestora; dejando abierta la puerta a otros supuestos al indicar que también lo serán "los demás expresamente declarados análogos por el Ministerio de Trabajo" con el alcance y condiciones que reglamentariamente se establezcan.

Y las mismas consideraciones pueden realizarse respecto de su sistema de determinación de la base de cotización, que a diferencia de los trabajadores por cuenta ajena, para quienes esta medida viene dada por sus salarios reales (art. 109 LGSS), los trabajadores por cuenta propia pueden optar libremente por la base que prefieran cotizar, siempre que se encuentre comprendida entre la base máxima y mínima que se establece en la LPGE y en la Orden de cotización anual (arts. 24-26 Orden de 24 de septiembre de 1970). Una flexibilidad que ha propiciado entre este colectivo la tendencia a cotizar por bases mínimas y alejadas de sus ingresos reales, en lugar de elegir las más adecuadas de cara a mejorar su situación en relación a la cuantía final de la pensión.

LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

Manuela Durán Bernardino
Becaria de Investigación
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO

1. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LA DEPENDENCIA
2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA LEY DE DEPENDENCIA. REFERENCIA ESPECIAL A LOS ARTÍCULOS 41, 49 Y 50 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA
3. LA DISTRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE COMPETENCIAS EN EL MODELO DE PROTECCIÓN SOCIAL A LA DEPENDENCIA
4. LA DEPENDENCIA, NUEVO RIESGO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
5. REFLEXIÓN FINAL. LAS CONSECUENCIAS DE UN SOPORTE COMPETENCIAL IMPROPIO PARA LA ARTICULACIÓN DE UN COMPLEJO SISTEMA

1. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LA DEPENDENCIA

En los últimos años se han producido sustanciales transformaciones en las sociedades europeas, que han provocando la emergencia de nuevas situaciones de necesidad que requieren la atención de nuestro Sistema de Protección Social[1]. Este es el caso de la dependencia, que originada principalmente por la edad, así como por otras causas, como la enfermedad o discapacidad, debe entenderse actualmente como una situación de necesidad, en tanto que afecta a un volumen muy elevado de la población, acontece en algún momento de la vida de las personas y una vez que se materializa provoca consecuencias negativas al sujeto que la padece hasta el punto de necesitar la ayuda de otra persona para realizar las actividades básicas de la vida diaria[2]. *Rebus sic stantibus,* los poderes públicos deben dar una respuesta específica a esta situación, para cumplir así con una exigencia constitucional, al tratarse de la protección de situaciones de necesidad (artículo 41 CE) y, en particular, de la tutela especifica de ancianos (artículo 50 CE), discapacitados (Artículo 49) o menores.

Pues bien, dicho mandato se hace efectivo el año 2006, cuando el Gobierno socialista da respuesta a esta demanda social clamorosa con la aprobación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (BOE N.º 299, de 15 de diciembre de 2006)[3], que ya en su exposición de motivos advierte de la magnitud del problema social que se acota con el concepto de dependencia: «La atención a las personas en situación de dependencia constituye uno de los principales *retos* de la política social de los países desarrollados». Se crea así el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, bautizado de forma grandilocuente como «cuarto pilar del estado», que se une al Sistema de Seguridad Social, al Sistema Nacional de Salud y al Sistema Educativo para formar parte destacada del Sistema global de Protección Social, en su condición de marco general que expresa

---

[1] Debe matizarse que la dependencia, en sí misma, no es una nueva situación de necesidad, lo que sí constituye una novedad es su generalización y, en consecuencia, la inoperancia de los mecanismos que tradicionalmente han procurado asistencia a estas personas, que es lo que motiva su identificación como nuevo riesgo y la convierte en uno de los retos fundamentales de la política social propia de nuestro Estado Social. Véase, SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Presupuestos, antecedentes y gestación de la Ley", en VV.AA. SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) y CHARRO BAENA, P. (Coord.), *Comentario Sistemático a la Ley de la Dependencia. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia y Normas Autonómicas,* Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 78.

[2] En base a los diferentes indicadores citados, esta situación de necesidad tiene entidad y relevancia suficiente como para ser objeto de intervención pública. Véase a este respecto, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La protección social de las situaciones de dependencia", *Relaciones Laborales*, t. II, 2004, págs. 116-117 , donde se advierte que «no todo hecho social revestido de cierta necesidad será objeto de intervención pública, sino tan solo aquellos que reúnen los indicadores que de forma minuciosa analiza en el citado artículo».

[3] Con anterioridad: en 1994 el Pacto de Toledo considero que la cobertura de la dependencia era una de las rioridades del futuro de la protección social; en 2001, el Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social abrió un debate sobre el papel que juega la protección social en la garantía de la atención a las personas dependientes; en 2004, el Acuerdo sobre Competitividad, Empleo Estable y Cohesión Social reconoce como prioridad la atención a las situaciones de dependencia; en el mismo año, el Libro Blanco de la Dependencia analiza la situación española, describe los grandes modelos existentes de protección y plantea una serie de conclusiones, que inspiran el Acuerdo sobre la acción protectora de la atención a las situaciones de dependencia de 2005, donde se proclama la necesidad de dar una respuesta integral a la atención de la dependencia, reforzando y mejorando el Estado del Bienestar y la calidad de vida de los ciudadanos.

unitariamente toda la variedad de instituciones destinadas a satisfacer las necesidades de servicios esenciales y la cobertura de riesgos sociales[4].

2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA LEY DE DEPENDENCIA. REFERENCIA ESPECIAL A LOS ARTÍCULOS 41, 49 Y 50 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La Ley de Dependencia se inscribe en el modelo de Estado Social de Derecho consagrado por la Constitución Española (artículo 1.1) y entronca con la especial protección que el grupo normativo formado por los artículos, 41, 49 y 50 le confiere, en orden al principio de bienestar social.

Se trata de «principios rectores de la política social y económica» donde se concretan deberes de actuación que deben asumir los poderes públicos para atender a todos los ciudadanos y en particular a colectivos específicos que en razón de determinadas circunstancias personales (edad, enfermedad o discapacidad), se encuentran en situación de necesidad[5]. Este mandato constitucional se configura como una vía para la consecución de diferentes valores básicos en la actuación del Estado Social: la solidaridad social (SSTC 62/1983, de 11 de julio y 134/1987, de 21 de julio), la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE) y la igualdad real de los ciudadanos (artículo 9.2 CE).

En este marco se aprecian las directrices que deben asumir los poderes públicos para garantizar a todos los ciudadanos, y en particular a determinados grupos más vulnerables, en los que se incluyen las personas en situación de dependencia, las prestaciones económicas y técnicas que demandan para atender su situación de necesidad[6]. Así, pueden considerarse límites infranqueables para el legislador ordinario en la configuración de los derechos prestacionales: la garantía constitucional de una institución jurídica, la Seguridad Social (artículo 41 CE), que ha de proporcionar prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad, y la garantía de protección ante situaciones personales específicas (artículos 49 y 59 CE) , que debe ofrecer una protección especial a determinados grupos singulares[7],

---

[4] MALDONADO MOLINA, J.A.: "La protección de la dependencia en el sistema de Seguridad Social", en VV.AA, GARCÍA GARNICA, Mª del C. (Dir.): *Estudios sobre dependencia y discapacidad,* Thomson Reuters, Navarra, 2011, pág. 307.

[5] SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: "La nueva protección de la dependencia: naturaleza", en VV.AA., ROQUETA BUJ, R. (Coord.), *La Situación de Dependencia. Régimen jurídico aplicable tras el desarrollo estatal y autonómico de la Ley de dependencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 39.

[6] Debe recordarse, lo que por todos es sabido, y es que las personas en situación de dependencia gozan jurídicamente de los mismos derechos, libertades y deberes civiles y políticos constitucionales que los demás ciudadanos (sin perjuicio de las limitaciones derivadas de su situación). Sin embargo, en la práctica, la vulnerabilidad de su situación dificulta el ejercicio real de dichos derechos (como ponen de manifiesto diversos estudios e informes recogidos en el Libro Blanco de la dependencia), por lo que este colectivo precisa de medidas protectoras específicas para garantizar el ejercicio efectivo de sus derechos y responsabilidades. En este sentido, véase, PÉREZ CASTILLO, R.: "Comentarios a la Ley 39/2006, de 14 de Diciembre, de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia", *Noticias jurídicas,* 2007, pág. 5.

[7] SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: "La nueva protección de la dependencia: naturaleza", *op.cit.*, pág. 41.

en cumplimiento de los fines generales que, también para estos ciudadanos, ha de procurar el Estado Social[8].

Pues bien, el sistema de protección trazado por el Legislador de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, se dirige a «atender las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en *situación de especial vulnerabilidad*, requieren apoyo para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía» (Exposición de motivos).

Esta finalidad, parece enlazar directamente con los artículos 49 y 50 de la Constitución Española, donde se encomienda a los poderes públicos un conjunto de actuaciones dirigidas a dos grupos especialmente vulnerables, como lo son, las personas discapacitadas y los mayores. Concretamente, el artículo 49 establece que «los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos constitucionales». En este mandato imperativo tiene perfecto encuadre el Derecho a la promoción de la autonomía personal y a la atención especializada que requieren las personas con discapacidad que son dependientes, al tratarse de una discapacidad cuya naturaleza puede ser diversa (física, sensorial y psíquica)[9].

Con respecto a las que hoy conocemos como «personas mayores», el artículo 50 encomienda a los poderes públicos garantizar la suficiencia económica de este colectivo, a través de pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas y promover el bienestar de dichas personas mediante un sistema de servicios sociales que atienda su problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.

No obstante, como se puede observa, se trata de dos preceptos constitucionales que no inciden directamente sobre las situaciones de dependencia, puesto que en el primer caso, tan solo se contempla la posibilidad de que el discapacitado deje de serlo para reincorporarse a la vida social y económica, y en el segundo tan solo se persigue una mera colaboración de los poderes públicos con los cuidados familiares. Y esto se debe a que en 1978, momento en el que se promulga la Constitución Española, aún no existía el problema generalizado de la dependencia, por lo que estos preceptos constitucionales se construyen sobre la base del gran mecanismo institucional existente en ese momento para la protección de este colectivo, el Sistema de Seguridad Social, eje fundamental del Sistema global de Protección Social[10]. Es más, como afirma el Tribunal

---

[8] VÁQUER CABELLERÍA, M: *La acción social. Un estudio sobre la actualidad del Estado Social deDerecho,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 86.

[9] ALONSO SECO, J.Mª.: "Integración de la dependencia en los sistemas públicos", en VV.AA., ALEMÁN BRACHO, C. (Coord.): *fundamentos de servicios sociales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 125.

[10] VV.AA., MONTOYA MELGAR, A. (Dir.).: *La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Civitas, Navarra, 2007, pág. 34.

Constitucional, los mencionados preceptos constitucionales deben ser considerados desarrollos específicos del artículo 41 de nuestra Carta Magna[11].

Así queda reflejado en la redacción de estos preceptos, donde se puede observar un claro nexo de unión entre seguridad social (artículo 41 CE) y protección a las personas mayores (artículo 50), en la medida en que la referencia en este último a «pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas» constituye el medio básico de protección de las personas mayores en el sistema de seguridad social, siendo extensible este criterio, *mutatis mutandi*, al artículo 49 de la Constitución relativo a las personas con discapacidad[12].

El Sistema de Seguridad Social se consagra en el artículo 41 de la Constitución Española, según el cual los poderes públicos deberán mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos «*que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad*», añadiendo a continuación que «*la asistencia y prestaciones complementarias serán libres*». Como se comprueba, en este artículo se configura un modelo de Seguridad Social amplio, cuya referencia a la asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad definen un ámbito objetivo en el que tienen cabida las prestaciones por dependencia, como libre elección de política de Derecho[13].

En términos generales, el Sistema de Seguridad Social se ocupa de proteger las situaciones de necesidad en la que se puedan encontrar todos los ciudadanos[14], y en particular, de la protección integral del colectivo de personas mayores (artículo 50 CE) o discapacitadas (Artículo 49 CE). Preceptos constitucionales que, -al igual que los artículos 43, 39, 148.1.20ª y 149.1.17ª de la CE- deben ser considerados desarrollos específicos del artículo 41 de nuestra Carta Magna, orientados a la garantía jurídico-efectiva del derecho a la Seguridad Social.

En orden a lo expuesto, es razonable concluir que en tanto que la dependencia se vincula con hechos derivados de la edad, la discapacidad o la enfermedad que precisan del auxilio de terceras personas, la protección pública que se le dispense

---

[11] El Tribunal Constitución en su sentencia 197/2003, de 30 de octubre (RTC 2003, 197), reconoce el vínculo entre seguridad social (artículo 41 CE), y la protección a las personas mayores (artículo 50 CE) o con discapacidad (artículo 49 CE) que se encuentren en situación de dependencia.

[12] GONZÁLEZ DE PATTO, R. Mª: *La garantía jurisdiccional de las prestaciones de dependencia en el marco de la reforma del proceso social,* Bomarzo, Albacete, 2011, págs. 22-23, donde se cita la STC 197/2003, de 30 de octubre (RTC 2003, 197), que avala la conexión de las prestaciones de dependencia y Seguridad Social.

[13] MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE,C., MORENO VIDA, M.N., MALDONADO MOLINA, J.A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R.Mª.: *La protección Jurídica de las situaciones de dependencia. Estudio sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia,* Comares, Granada, 2007, pág. 18.

[14] Así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 184/1990, de 15 de noviembre, al considerar que el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos (artículo 41 CE) tiene el objeto de garantizar el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, lo que implica que ningún ciudadano en situación objetiva de necesidad pueda quedar desprotegido por el sistema de Seguridad social. Véase, MONEREO PÉREZ, J.L.: "El Derecho a la Seguridad Social", en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, Mª. N., *Comentario a la Constitución Socio-Económica en España,* Comares, Granada, 2002, pág. 1439.

encuentra apoyo y legitimación constitucional en el grupo normativo integrado por los artículos 41, 49 y 50 CE[15].

Ahora bien, los preceptos enunciados no otorgan ningún título competencial, por lo que la intervención y participación de los poderes públicos debe instrumentarse a través de uno de los soportes competenciales que la constitución pone a disposición del legislador[16].

3. LA DISTRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE COMPETENCIAS EN EL MODELO DE PROTECCIÓN SOCIAL A LA DEPENDENCIA

Con el objeto de eludir la conflictividad imperante en otras posibles opciones[17] y garantizar la igualdad de los españoles en todo el territorio del Estado, la regulación de la Ley viene justificada en el artículo 149.1.1 CE, en base al cual se reconoce al Estado la competencia "exclusiva" para «*la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*»[18] a través de la creación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia «*con la*

---

[15] MARTÍN JIMÉNEZ, R.: "Título competencial y encuadramiento del modelo de protección social de la dependencia", en VV.AA. SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) y CHARRO BAENA, P. (Coord.): *Comentario Sistemático a la Ley de la Dependencia. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia y Normas Autonómicas*, Aranzadi, Navarra, 2008, págs. 133-134.

[16] Para dar cobertura al derecho a una atención global de las personas en situación de dependencia, el legislador podría haber reclamado tres títulos competenciales: el artículo 148.1.20ª, 149.1.17ª y/o 149.1.1ª de la CE. Se trata de los títulos competenciales sobre los que se sustenta el grueso del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, lo que no impide la implicación puntual de otros títulos competenciales por su dimensión de Asistencia Sanitaria (artículo 149.1.16ª y 21ª CE) y la posible dimensión mercantil (artículo 149.1.11 CE), civil (artículo 149.1.9º CE) o fiscal (artículo 149.1.14 CE). Véase, BARCELÓN COBEDO, S y QUINTERO LIMA, M.G.: "Delimitación competencial de la protección social de las situaciones de dependencia", Relaciones Laborales, Tomo II, 2004, págs. 215-223.

[17] ALARCÓN CARACUEL, M.R.: "Cuestiones competenciales de la Ley de dependencia", Temas Laborales, N.º 89, 2007, PÁG. 136 y ss; MONEREO PÉREZ, J.L.: "Competencias autonómicas en Asistencia Social y Servicios Sociales", *Temas Laborales,* Vol. I, N.º 100, 2009, págs. 308. Sin embargo, tras varios años de aplicación y desarrollo de la Ley de Dependencia, se puede afirmar que la renuncia política a los títulos competenciales definidos en los artículos 148.1.20 y 149.1.17 CE, no ha conseguido evitar la conflictividad latente entre las competencias estatales y autonómicas. Como sostiene PEMÁN GAVÍN, J.: "Las cláusulas de igualdad en las condiciones básicas", en VV.AA., CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (Dirs.), *Comentario a la Constitución Española,* XXX aniversario, Fundación Wolters Kluwer, 2009, Madrid, págs. 2265, el artículo 149.1.1ª CE «ha sido uno de los preceptos de invocación más frecuentes en los conflictos competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas y los problemas interpretativos que plantea continúan sin resolverse».

[18] Esta base competencial fue ampliamente desglosada en la *Memoria del análisis de impacto normativo, económico, de género e igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal*, que acompañaba al anteproyecto, en la que se dispone que «este título competencial ["con contenido propio, no residual" (STC 172/1998), de 23 de julio] otorga al Estado las facultades normativas para determinar y definir las condiciones básicas de la igualdad y no discriminación de las personas dependientes, de manera que se les garantice los mismos derechos y prestaciones en todo el territorio nacional». Para la memoria, «el artículo 149.1.1ª CE amplía la función del artículo 53 de la Constitución, y así, el Tribunal Constitucional, en las Sentencias 32/1982, 42/82, 113/89, etc., se refiere a la "uniformidad de las condiciones básicas para el ejercicio de los derechos", o la "uniformidad en las condiciones de vida». En este orden de ideas, sostiene que «el artículo 149.1.1 CE, no actúa como un simple límite al ejercicio de las competencias autonómicas o un mero título residual sin objeto definido».

colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas, y con pleno respeto de las competencias que las mismas hayan asumido en materia de asistencia social en desarrollo del artículo 148.1.20 de la Constitución» (Exposición de motivos). En base al artículo invocado, el alcance y los límites competenciales atribuidos al Estado han sido determinados por el Tribunal Constitucional:

a) El artículo 149.1.1 CE atribuye al Estado la competencia para fijar las "condiciones básicas" de los derechos y deberes constitucionales, que deberá limitarse a regular unos efectos igualatorios en todo el territorio nacional. La STC 61/1997, de 20 de noviembre, realizó una aproximación genérica al concepto, declarando que las condiciones básicas hacen referencia al contenido primario del derecho, imprescindible para garantizar una igualdad real pero no absoluta.

b) La doctrina del Tribunal Constitucional ha precisado que en el artículo 149.1.1 CE «no se exige un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de posiciones jurídicas fundamentales (STC 37/1987, de 26 de marzo), cuya regulación, esta sí, es competencia del Estado» (STC 156/1995, de 26 de octubre).

c) En cuanto a los derechos y deberes constitucionales objeto de regulación, el Estado puede ejercerse su competencia tanto para garantizar las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos contemplados en el Capítulo II, del Título I de la Constitución, como de los contemplados en el Capítulo III (SSTC32/1983, de 28 de abril; 149/1991, de 4 de julio; 13/1992, de 6 de febrero, y 98/2004, de 25 de mayo) e, incluso, de los situados fuera del Título I (SSTC 239/2002, de 11 de diciembre, 98/2004, de 25 de mayo).

Respetando la delimitación competencial expuesta, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, no ofrece una regulación completa y hermética del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, sino que son numerosos y de gran relevancia, los aspectos a concretar en el seno del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, donde las Comunidades Autónomas cuentan con la mayor representatividad. Empero, su regulación plantea dos problemas destacados[19]: de un lado, la regulación legal no determina con precisión las «condiciones básicas», pues muchas de ellas se dejan en el texto

[19] Siendo esto así, algunos autores consideran que el marco general del Sistema encaja perfectamente con el concepto de "condiciones básicas", sin embargo en dicho marco no se configura el derecho subjetivo que la Ley promulga. En este sentido véase, VV.AA., MONTOYA MELGAR, A. (Dir.): *La protección de las personas dependientes*, *op.cit.*, pág. 125; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "La distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de dependencia", en VV.AA. ROQUETA BUJ, R. (Coord.), *La protección de la dependencia. Comentarios a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia,* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 60-62.

legal por definir, a expensas de lo que establezca el desarrollo reglamentario posterior[20], lo que posibilita la existencia de desigualdades interterritoriales en el nivel mínimo de protección que el Estado debe garantizar. De otro, resulta difícilmente sostenible que el grueso del desarrollo reglamentario que la Ley prevé, cuya elaboración encomienda al Consejo Territorial y cuya aprobación compete al Gobierno, pueda ser considerado «condición básica» ex artículo 149.1.1ª CE y no más bien, instrumento de menoscabo de las competencias autonómicas[21].

Se trata de problemas que encuentran su causa directa en la parquedad del fundamento constitucional que ampara la Ley[22], cuya incertidumbre y limitación se podía haber evitado con la integración de las prestaciones de dependencia en el Sistema de Seguridad Social, utilizando como título competencial el consagrado en el artículo 149.1.17ª CE.

4. LA DEPENDENCIA, NUEVO RIESGO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Dentro de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social se contemplan algunas prestaciones que de forma fragmentada e indirecta han venido atendiendo

---

[20] A este respecto, resulta muy significativo traer a colación, el Dictamen del Anteproyecto presentado por el Consejo Económico y Social, de fecha 20 de febrero del 2006, donde pedía que se delimitase con claridad «el contenido mínimo común del derecho exigible en cualquier parte del territorio español». En este sentido, «el CES considera especialmente importante que la redacción del Anteproyecto sea precisa a la hora de definir conceptos como el de "contenido básico común de derechos" (artículo 1.1), "prestaciones y servicios garantizados por la Administración General del Estado"(artículo 14), "intensidad básica" e "intensidades" (artículo 13.3), que no siempre aparecen definidos con claridad en el texto y que son esenciales para determinar el carácter, el contenido y alcance efectivo de las prestaciones y servicios establecidos por el Anteproyecto». Véase, Dictamen 3/2006, de 20 de febrero, sobre el anteproyecto de ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, pág. 15.

[21] Así se ha expuesto en VV.AA., MONTOYA MELGAR, A. (Dir.): La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, Thomson-Civitas, Navarra, 2007, pág. 125, donde se afirma que «se despoja a las Comunidades Autónomas de sus competencias so pretexto de incorporarlas al proceso de desarrollo reglamentario del Sistema».

[22] Así lo ha manifestado gran parte de la doctrina científica, sin ánimo de exhaustividad, VV.AA., MONTOYA MELGAR, A. (Dir.): La protección de las personas dependientes, op.cit., pág. 124; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "La distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de dependencia", op.cit., pág. 68. En un sentido más favorable al fundamento constitucional, véase, SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Presupuestos, antecedentes y gestación de la Ley", en VV.AA. SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) y CHARRO BAENA, P. (coord..), Comentario Sistemático a la Ley de la Dependencia. op. cit., pág. 107, donde se destacan dos aspectos positivos de la opción competencial acogida; por un lado, establece «un marco de igualdad, pero sin pretender la uniformidad sino favoreciendo la mayor adaptación de las normas aplicables en cada Comunidad Autónoma a las necesidades o preferencia que se manifiesten en cada una de ellas», y por otro, «potencia los instrumentos de colaboración y coordinación entre las distintas Administraciones Públicas, técnica "especialmente necesaria cuando se trata de funciones a las que todos los poderes públicos han de contribuir"»; En una posición intermedia, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "El complejo equilibrio de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de atención a la dependencia", Temas Laborales, N.º 100, 2009, pág. 331, entiende que se trata de un precepto suficiente al permitir la regulación de las condiciones básica que garantizan la igualdad de los españoles en el ejercicio de un derecho subjetivo, al mismo tiempo que atribuyen amplios márgenes de actuación a las Comunidades Autónomas. Pero añade que se «hubiera debido complementar la invocación del artículo 149.1.1ª CE con otros títulos competenciales de atribución exclusiva del Estado».

algunas necesidades de las personas dependientes o compensando económicamente al cuidador, sin embargo, en el contexto socio-demográfico actual estas prestaciones no cubren completamente las necesidades de los sujetos afectados y de sus familias, dejando incluso sin protección a muchas personas dependientes[23].

Las carencias que presentan estas prestaciones para proteger las situaciones de dependencia, podrían ser resueltas dentro del propio ámbito de la Seguridad Social pero confiriéndole una configuración autónoma e independiente[24], aproximándonos así a países como Alemania, donde la protección de la dependencia se considera como una contingencia con entidad propia dentro del marco del Sistema de Seguridad Social (modelo continental), garantizándose así como derecho subjetivo.

Desde diferentes ámbitos sociales y científicos, se ha venido defendido que la opción más acertada para proteger a las personas en situación de dependencia sería su integración en el sistema de la Seguridad Social[25]. Dicha integración sería posible apelándose tanto al carácter amplio con el que se configura la Seguridad Social en la

---

[23] Principalmente: no siempre se dispensa una protección específica para las personas que necesitan ayuda de tercera persona para realizar las actividades básicas de la vida diaria frente a las personas que presentan otro tipo de incapacidades o necesidades; la mayoría de las prestaciones están vinculadas a la actividad profesional (nivel contributivo), sin distinguir entre "dependencia" e "incapacidad para el trabajo"; las prestaciones de corte contributivo exigen periodos de cotización previo, lo que deja a muchas personas dependientes sin protección, mientras que en las prestaciones de carácter no contributivo la carencia de recursos es una conditio sine qua non, no tienen cabida aquellas personas dependientes que superan el umbral de pobreza, aspecto que no guarda relación alguna con las situaciones de dependencia; y, en ocasiones existen limitaciones al acceso a la prestación relacionadas con la edad de las personas beneficiarias.

[24] Según afirma BARCELÓN COBEDO, S. y QUINTERO LIMA, Mª. G.: "Las situaciones de dependencia personal como nueva contingencia protegida por el Sistema de Protección Social", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, N.º 60, 2006, págs. 25-28, «la alternativa más conveniente sería diseñar una prestación universal, perteneciente al nivel no contributivo pero de carácter no asistencial para evitar que el nivel de rentas del sujeto dependiente y/o beneficiario-cuidador sea determinante en el acceso a la prestación que finalmente reciba». Así se solventarían las vicisitudes que plantea su incardinación a otras prestaciones del Sistema, en este sentido, RODRÍGUEZ CABRERO, G.: La protección Social de la Dependencia, IMSERSO, Madrid, 1999, págs. 23 y ss., donde se pone de manifiesto como la readaptación de las prestaciones del sistema de seguridad social con el objeto de dar cobertura a las situaciones de dependencia solo serviría para justificar un cierto gasto público en protección de las situaciones de dependencia, gasto que sería más efectivo si se reconducjera a una estructura protectora actualizada.

[25] Así lo manifestó el Defensor del Pueblo en el documento, La atención sociosanitaria en España: perspectiva gerontológica y otros aspectos conexos. Recomendaciones del defensor del pueblo e informes de la sociedad española de geriatría y gerontología y de la asociación multidisciplinaria de gerontología, Madrid, 2000, págs. 338-341. Igualmente, esta opción fue contemplada en el Libro Blanco de la Dependencia, donde se defiende que «la incorporación de la prestación de dependencia en el sistema de la Seguridad Social constituiría un avance en su régimen protector, siendo válido tanto el modelo contributivo como el no contributivo», en IMSERSO: Libro Blanco: Atención a las Personas en situación de dependencia en España, Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, Madrid, 2005, pág. 732. Del mismo modo, algunas organizaciones sociales representativas de las personas mayores y de las personas con discapacidad (Consejo Estatal de Personas Mayores, CERMI, UDP, CEOMA, Edad y Vida) y sindicales (UGT Y CCOO), se mostraron favorables a la integración de la atención a la dependencia en el sistema de Seguridad Social, en este sentido, véase CAYO PÉREZ BUENO, L.: "La configuración de la autonomía personal y la necesidad de apoyos generalizados como nuevo derecho social", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, N.º 60, 2006, pág. 43. Por su parte, la doctrina científica defendía esta incardinación en base, en buena lógica, a la convicción de que era esta la solución "natural", en orden al reconocimiento de derechos subjetivos plenos y universales a las personas dependientes, entre otros, MALDONADO MOLINA, J.A.: el seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 92; CABEZA PEREIRO, J.: "Cuestiones sobre el seguro de dependencia", en VVAA., La economía de la Seguridad Social, Sostenibilidad y viabilidad del sistema, Laborum, Murcia, pág. 486; SUÁREZ CORUJO, B.: "Dependencia

Constitución (*ex* artículo 41)[26], ya analizado, como recurriendo a los diferentes pronunciamientos europeos al respecto, en cumplimiento del artículo 10.2 CE.

Centrándonos en el ámbito de los derechos constitucionales, el artículo II. 94 de la Constitución Europea, relativo a la Seguridad Social y a la Ayuda Social, dispone que «La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la *dependencia* o la vejez, así como en el caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales». Así, dentro del conjunto de prestaciones de Seguridad Social y Servicios Sociales se insertaba la dependencia[27].

Además, en el marco de los derechos sociales fundamentales dentro del sistema de Tratados de la UE y, especialmente, atendiendo a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la dependencia y su tratamiento se inscribe de forma expresa en el ámbito de la Seguridad Social, al tratarse de una prestación destinada a la protección de personas en situación de necesidad relevante. Así, debe destacarse el reconocimiento expreso de la *dependencia* como contingencia protegible por los sistemas públicos de protección social (artículo 34 CDFUE), encontrándose en el ámbito de la Seguridad Social con rango de derecho social fundamental[28].

En la misma línea interpretativa, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), sostiene que las prestaciones de dependencia están incluidas en el campo de aplicación de los Reglamentos comunitarios de coordinación en materia de Seguridad Social, al ser consideradas prestaciones de enfermedad en el sentido del artículo 4, apartado 1 a), del Reglamento 1408/1971 (sustituido por el Reglamento 883/2004, de 29 de abril, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social)[29].

---

y Estado Autonómico: el encaje competencial del Proyecto de Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en Situación de Dependencia, Relaciones Laborales, N.º 14, 2006, pág. 65.

[26] BELTRAN AGUIRRE, J.L.: "La articulación de las Administraciones Social y Sanitaria en la atención integral a los dependientes: realidad actual y necesidades futuras", en VV.AA., Organización y Procedimiento Administrativos, Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 352 y 353.

[27] GARCÍA VALVERDE, Mª. D. y MALDONADO MOLINA, J.A.: "La protección de la tercera edad. Su tratamiento en la Constitución Europea", Revista de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, N.º 57, 2005, pág. 455-ss.

[28] Véase atentamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: "artículo 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en VV.AA., MONEREO ATIENZA, C. (Dir.) y MONEREO PÉREZ, J.L (Coord.).: La Unión de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Comares, Granada, 2012, págs. 894-834.

[29] Ante la inacción del legislador de la UE para incorporar el riesgo de la dependencia al régimen de coordinación de la Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha desarrollado paulatinamente un sistema de normas de coordinación de la seguridad social para dichas prestaciones. Así se constata en, SSTJCE de 5 de marzo de 1998 (TJCE 1998, 39), Asunto C-160/96, Molenaar; de 8 de marzo de 2001 (TJCE 2001, 75), Asunto C-215/99, Jauch; de 21 de febrero de 2006 (TJCE 2996, 48), Asunto C-286/03, Hosse; de 1 de abril de 2008 (TJCE 2008,), Asunto C-212/2006, Gouvernement de la Communauté Francais y Gouvernement Wallon; y de 16 de julio de 2009 (TJCE 2009,), Asunto C-208/07, Petra von Chamier-Gliszcinski. Para un estudio detallado de la dependencia en el marco de los reglamentos comunitarios sobre seguridad social, vid. MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, V., MORENO VIDA, Mª.N., MALDONADO MOLINA, J.A. y GONZALEZ DE PATTO, R.M.: La

Sin embargo, a pesar de existir los fundamentos teórico-jurídicos necesarios para poder insertar la protección de las personas dependientes en el marco de protección global del Sistema de Seguridad Social y de los candentes pronunciamientos de la doctrina científica y jurisprudencial a favor de dicha inclusión[30], el legislador no ha optado finalmente por esta alternativa y así se ve reflejado formalmente en el texto de la propia Ley de Dependencia[31]. En su lugar, se crea un sistema, prioritario y fundamentalmente de servicios sociales, paralelo y complementario al Sistema de Seguridad Social[32].

Por este motivo, es necesario recurrir a la amplia definición del «Sistema de Protección Social Pública», que parece globalizar y comprender a todas las medidas de protección de los riesgos sociales de los ciudadanos que necesitan algún tipo de cobertura por el Estado para sobrellevar los distintos problemas que padecen. Este sistema se ha venido organizado a través de la creación de "Sistemas" diferenciados desde el punto de vista administrativo-institucional (sistema nacional de salud; sistema nacional de empleo; y recientemente el sistema nacional de dependencia), de forma que nos encontramos ante un Sistema integrador, donde el Sistema de Seguridad Social actual (nivel contributivo y no contributivo) no sólo está llamado a coexistir con los subsistemas asistenciales y de servicios de las CCAA tradicionales en el proceso de desarrollo de las previsiones constitucionales ex artículos 148 y 149 de nuestra Carta Magna, sino también ahora con el específico Sistema para la

protección jurídica de las situaciones de dependencia, op. cit. pág. 170-178; obsérvese igualmente un análisis evolutivo de la jurisprudencia del Tribunal, donde se diferencian tres fases (clasificación, confirmación y refinamiento), en GILLIAN MORE: "Las prestaciones de dependencia y las normas de coordinación relativas a la Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea", en VV.AA., SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.), Las prestaciones españolas por dependencia y el derecho de la unión, Laborum, Murcia, 2011, págs. 10-20; téngase igualmente presente, el minucioso estudio realizado por ROALES PANIAGUA, E.: "Trece años de la prestación de dependencia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea: del caso Molenaar al de Da Silva Martins", en VV.AA., SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.), Las prestaciones españolas por dependencia, op. cit. págs. 28-53.

[30] Se trata de una opción defendida fervientemente por una amplia doctrina, véase, SUÁREZ CORUJO, B.: "Dependencia y Estado Autonómico: el encaje competencial …op.cit., pág. 72, al afirmar que «la ubicación natural de las prestaciones a la dependencia es la Seguridad Social»; VIDA SORIA, J. y GONZALO GONZÁLEZ, B.: "Sobre el futuro de las políticas de protección social: la promoción de la autonomía personal y la atención a la dependencia", Documentación Administrativa, N.º 276-277, septiembre-diciembre 2006, enero-abril 2007, pág. 121; MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, V., MORENO VIDA, Mª.N., MALDONADO MOLINA, J.A. y GONZALEZ DE PATTO, R.M.: La protección jurídica de las situaciones de dependencia, op.cit., pág. 65; PÉREZ YÁNEZ, R.M.: "La protección social de la discapacidad generadora de dependencia", en VV.AA., Situaciones de dependencia: situación actual y nuevas perspectivas, Thomson-Civitas, 2007, pág. 422; GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: La garantía jurisdiccional de las prestaciones de dependencia, op.cit., pág. 25, entre otros.

[31] ALONSO SECO, J.Mª y ALEMÁN BRACHO, C.: "El sistema de atención a la dependencia y los servicios sociales", en VV.AA. ALEMÁN BRACHO, C, ALONSO SECO, J.M. y FERNÁNDEZ SANTIAGO, P. (Coords.), Dependencia y Servicios Sociales, Aranzadi, Navarra, 2010, pág. 161. Sin embargo, hay un sector de la doctrina que ha defendido, incluso basándose en el texto de la Ley de dependencia, que «todo las prestaciones de servicios y económicas deben entenderse internas en el sistema de seguridad social».En este sentido, véase, CABEZA PEREIRO, J.: "Cuestiones sobre el seguro de dependencia", op.cit. pág. 528.

[32] VIDA SORIA, J, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: Manual de Seguridad Social, Tecnos, séptima edición, Madrid, 2011, pág. 238.

Autonomía y Atención a la Dependencia, como un subsistema perteneciente al Sistema global de Protección Social Pública.

Ahora bien, esta disgregación no debe llevarnos a equívocos, puesto que una cosa es la Seguridad Social en sí (o en su caso también la "asistencia social externa") y otra muy distinta el sistema institucional-administrativo organizado para su realización como servicio público.

En base a lo expuesto, se puede sostener que aunque el legislador haya optado por establecer un Sistema independiente desde el punto de vista institucional y funcional al situar las prestaciones públicas fuera del sistema institucional de Seguridad Social (asistencia social externa), como ya ocurrió con el Sistema Sanitario, no cabe duda de que desde el punto de vista jurídico-material estamos ante una Seguridad Social

Asistencial, (como nadie pone en duda respecto al Sistema de Salud), reflejo de la evolución de la Seguridad social hacia una progresiva asistencialización de sus prestaciones. Esta afirmación está justificada atendiendo tanto al carácter integrador con el que actualmente se identifica a nuestro Sistema de Seguridad Social[33], así como a la configuración actual del Sistema Nacional de Dependencia, que entronca en lo sustancial con la configuración jurídica del Sistema de Seguridad Social[34].

En definitiva, con independencia de que no forme parte del Sistema administrativo institucional de Seguridad Social, desde el punto de vista jurídico-material, puede considerarse que las prestaciones de dependencia están insertas en el mismo al reunir los rasgos que legal y constitucionalmente definen al referido sistema (artículo 2.1 LGSS y 41 CE), al menos en lo que a nivel mínimo de protección de la dependencia se refiere, financiado exclusivamente por la Administración General del Estado (artículo 9 LAAD). Así pues, nos encontramos ante un modelo específico de asistencia social y cobertura universal de Seguridad Social, fruto del proceso de ramificación y segmentación de la Seguridad Social (en este caso de la Seguridad Social Asistencial)[35].

---

[33] Desde hace años se viene definiendo a la Seguridad Social como un *Sistema integrado* de protección social donde se incluyen las diferentes técnicas de previsión, asistencia social y servicios sociales. Por lo tanto, desde el punto de vista de la dogmática jurídica, el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia es «Seguridad Social», integrada por el conjunto de instrumentos que se dirigen a proteger a los ciudadanos que se encuentran ante una determinada situación de necesidad. Véase, MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, Mª. N., MALDONADO MOLINA, J.A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. Mª.: *Manual de Derecho de la Dependencia (Adaptado al EEES),* Tecnos, Madrid, 2010, pág. 236.

[34] La protección de la dependencia entronca, sustancial y conceptualmente en la lógica y configuración jurídica de la Seguridad Social (asistencia social interna o nivel no contributivo, una vez descartado el límite de rentas como condicionante al acceso a la prestación), en tanto que se trata de una situación de necesidad, que se configura como derecho subjetivo pleno, financiado por el estado y aplicable en todo el territorio nacional en condiciones de igualdad. Incluso atendiendo al texto de la Ley de Dependencia se puede apreciar como los principios que la inspiran coinciden con el espíritu protector de la seguridad social, dado el carácter público del sistema de dependencia y la universalidad en el acceso de todas las personas en situación de necesidad en condiciones de igualdad y no discriminación (artículo 3 a) y b)) a su acción protectora. Véase, en este sentido, GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: La garantía jurisdiccional de las prestaciones de dependencia…op.cit., pág. 19.

[35] MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, Mª.N., MALDONADO MOLINA, J.A., y GONZÁLEZ DE PATTO, R. Mª.: *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. op. cit.* Pág. 65.

5. REFLEXIÓN FINAL. LAS CONSECUENCIAS DE UN SOPORTE COMPETENCIAL IMPROPIO PARA LA ARTICULACIÓN DE UN COMPLEJO SISTEMA

Con el objeto de garantizar a las personas en situación de dependencia y a las propias Comunidades Autónomas un marco estable de recursos y servicios, el Estado interviene en esta materia protectora creando un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en el que han de colaborar y participar «todas las Administraciones Públicas» (artículo 1.1)[36].

Esta implicación de toda las Administraciones Públicas en la gestión y desarrollo de este nuevo sistema protector es tan necesaria como positiva al permitir la descentralización territorial y funcional consustancial de un Estado social Autonómico[37]. Ahora bien, esta concurrencia competencial exige elevadísimas dosis de cooperación ínter administrativa y de coordinación, tratándose de una condición *sine qua non* de eficacia del Sistema creado por la Ley 39/2006.

Para conseguirlo, se creó el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, pero como la experiencia ha demostrado, la mera existencia de dicho órgano no es garantía suficiente para alcanzar la cooperación que el Sistema reclama[38]. Después de seis años desde la aprobación de la Ley de Dependencia uno de los aspectos que más preocupa es el ya generalizado desequilibrio territorial, llegándose a sostener que se han creado diecisiete subsistemas de protección de la dependencia, uno por Comunidad Autónoma.

Estas son las consecuencias de que el legislador de la Ley de dependencia haya utilizado un título competencial, tan débil e insuficiente, como el consagrado en el artículo 149.1.1ª CE , en base al cual el Estado no tiene competencia para fijar un modelo de protección uniforme en todo el Estado, de forma que el desarrollo del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia dentro de cada Comunidad Autónoma provoca un proceso de descentralización de intensidad desigual, que no permite garantizar un sistema de protección uniforme para todos los ciudadanos. Igualmente, este precepto no permite delimitar con claridad los

---

[36] Es este objetivo el que justifica la intervención estatal en materia de asistencia social externa a la Seguridad Social y de servicios sociales cuya competencia originaria recae en las Comunidades Autónomas. En este sentido, véase, MARTÍN JIMÉNEZ, R.. "Título competencial y encuadramiento…op.cit., págs. 115 y 118.

[37] A este respecto, MONTOYA MARTOS, J.A.: "El debate competencial en torno a la Ley de dependencia", en VV.AA. El estado de las autonomías 2006: temas monográficos, 2006, pág. 878, sostiene que «la Ley 39/2006, fortalece los dos pilares del estado autonómico, la cohesión, no solo territorial, sino también social, en cuanto refuerza la posición jurídica de "sujetos débiles", y la lealtad entre los distintos actores, necesaria para su adecuada aplicación».

[38] Así se pone de manifiesto en los últimos informes en los que se evalúa la Ley de promoción de la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia. Véase, *Evaluación de resultados a 1 de enero de 2012 sobre la aplicación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en Situación de dependencia*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2012; *Informe del Gobierno para la evaluación de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2011; y, el *Informe de evolución de la Ley cuatro años después,* 2011.

límites competencial entre las diferentes Administraciones Públicas implicadas, lo que plantea problemas de vulnerabilidad competencial, impide realizar un adecuado control de la actuación de cada nivel de gobierno[39] e incrementa en exceso los costes administrativos y de organización, insostenibles en tiempos de crisis económica generalizada.

En una materia tan sensible y de tanta repercusión económica como es la Dependencia, el establecimiento de un marco común en todas las Comunidades Autónomas supondría mejorar la calidad de la atención que se ofrece a los beneficiarios del Sistema, obtener iguales prestaciones y servicios en cualquier parte del territorio nacional, y simplificar la gestión, además del beneficio económico que se obtendría por una gestión más eficaz y objetiva[40].

Este marco común se podía haber alcanzado con la elección de un título competencial más sólido y favorable, que otorgara al Estado un papel protagonista en la articulación del Sistema de dependencia a través del reconocimiento de competencias sobre la legislación básica y el régimen económico del Sistema[41].

Así es, la incardinación de la protección de la dependencia en el artículo 149.1.17ª CE, permitiría respetar la configuración actual, es decir, reservar al Estado la competencia para dictar una "legislación básica" homogeneizadora y racionalizadora en todo el Estado español y garantizar la intervención de las Comunidades Autónomas en la regulación de las materias "no básicas", al mismo tiempo que se alcanzaría el tan necesario equilibrio entre las diferentes Administraciones públicas en esta materia y, en consecuencia, una mejor cobertura de esta situación de necesidad social. Sin duda, la inclusión como derecho de la Seguridad Social hubiera aportado una mayor certeza de regulación, tanto del derecho como de su ámbito de cobertura, pues la garantía sería *ex lege* y no por la vía de

---

[39] En el mismo sentido, DIEZ SASTRE, S.: "La Ley de dependencia en el sistema constitucional de reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En especial, la prohibición de administración mixta", en VV.AA., RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.Mª y DIAZ SASTRE, S. (Coords.), *La administración de la Ley de Dependencia,* Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 53 y 56. Además, afirma que «es dudosa la capacidad del Estado para crear un órgano mixto con base en el artículo 149.1.1ª CE, que no le permite organizar la actuación de otros poderes públicos», pág. 42.

[40] Así se ha hecho saber en la *Evaluación de resultados a 1 de enero de 2012 sobre la aplicación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en Situación de dependencia*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2012, pág. 6, donde se propone ajustar la normativa sobre dependencia con el objeto de adecuar la normativa a la realidad de la situación de Dependencia en todo el territorio nacional y establecer unos criterios comunes en los aspectos básicos del Sistema de la Dependencia.

[41] Así lo consideran, en toda lógica, VIDA SORIA, J. y GONZALO GONZÁLEZ, B.: "Sobre el futuro de las políticas de protección social…", *op.cit.,* pág. 121, al asegurar que «*la igualdad de trato para todos en todo el territorio del Estado se habría alcanzado respetando el modelo estricto de Estado de Bienestar que la Constitución propone: nada de crear un extraño híbrido institucional, poco eficiente y sin precedentes en el Derecho propio ni en el europeo histórico, sino acogiéndose a las reglas constitucionales sobre reparto de competencias de Seguridad Social entre los Poderes Centrales del Estado (régimen económico y legislación básica) y los Poderes territoriales (gestión y legislación adicional), en combinación con la gestión autonómica de las instituciones asistenciales de función complementaria*».

desarrollo reglamentario[42]. Sólo así se hubiera permitido el reconocimiento de un derecho subjetivo pleno y universal a las personas dependientes y la garantía de una cobertura uniforme, equitativa y pública a todos los ciudadanos con independencia del territorio nacional en el que se ubiquen[43].

Contemplando con anhelo la oportunidad que en su momento se desaprovechó, debemos ser conscientes de que a las consecuencias de un título competencial impropio para la articulación de este ambicioso Sistema, que se inserta en el profundo debate actual sobre la organización territorial del Estado, se le ha unido en los últimos años los efectos de una crisis económica generalizada, que azota con dureza nuestro consolidado Estado de Bienestar y proyecta una visión poco optimista sobre el despegue y consolidación de un verdadero Sistema de protección social en el que se garanticen los derechos subjetivos de las personas dependientes que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad.

---

[42] Así lo han defendido firmemente, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE,C., MORENO VIDA, Mª.N., MALDONADO MOLINA, J.A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R.Mª.: *La protección Jurídica de las situaciones de dependencia. op. cit.,* pág. 121.

[43] TRICIO GÓMEZ, P.: "Reflexiones de la UDP sobre la futura Ley de Promoción de la Autonomía Personal y de Atención a las Personas Dependientes, *RMTAS*, N.º 60, 2006, pág. 111; CAYO PEREZ BUENO, L.: "La configuración de la autonomía personal y la necesidad de apoyos generalizados como nuevo derecho social", *RMTAS,* N.º 60, 2006, pág. 41; PÉREZ YÁÑEZ, R.M.: "la protección social de la discapacidad generadora de dependencia", en VV.AA., CALVO ORTEGA, R. y GARCÍA CALVENTE, Y. (Coords.), *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas,* Aranzadi, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, pág. 422.

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN AL MODO DE CÁLCULO DE LOS PERÍODOS DE CARENCIA EN LOS CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL

Carmen Ferradans Caramés
Profesora Titular de Universidad
Dpto. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. ANTECEDENTES
3. EL MODO DE CÁLCULO DE LOS PERÍODOS DE CARENCIA EN LOS CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL: EFECTOS DE LA STJUE DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2012
4. CONCLUSIONES

ABSTRACT

En España la protección social de los trabajadores a tiempo parcial ha sido objeto de varias reformas y de diversos pronunciamientos jurisprudenciales, que, sin embargo, no han conseguido superar las inadaptaciones del sistema general de la Seguridad Social a esta modalidad contractual.

En la normativa española vigente se aplica el principio de proporcionalidad tanto a la cuantía de la base reguladora como al cálculo de los períodos de carencia. Las mayores dificultades han surgido en torno al cómputo de los períodos de carencia. En las reglas vigentes se aplica al mismo el principio de

proporcionalidad, aunque modulado por la operatividad de una serie de reglas especiales y por un tratamiento diferenciado positivo.

Sin embargo, el 22 de noviembre de 2012 se ha emitido sentencia por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que establece que la legislación española aplicable en materia de protección social a los trabajadores a tiempo parcial no es acorde al artículo 4 de la Directiva 79/7/CE, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, en lo que respecta a la fórmula de calcular los períodos de tiempo cotizados que permiten acreditar los períodos de carencia que dan derecho a una pensión contributiva. Ello, debe servir para abordar nuevamente la regulación de la protección social del contrato a tiempo parcial, en orden a procurar una mayor adaptación a su situación específica y corregir sus carencias.

1. INTRODUCCIÓN

La protección social juega un rol esencial en la construcción, organización y equilibrio de las sociedades, siendo, por ello, primordial articular un dispositivo capaz de responder a la evolución del mundo del trabajo y a las nuevas necesidades merecedoras de protección[1].

La normativa que regula la protección social de los trabajadores a tiempo parcial (en adelante TTP) ha sufrido una dilatada evolución y las sucesivas modificaciones realizadas han logrado con distinta intensidad una integración suficiente de estos trabajadores en los sistemas de protección social preexistentes[2]. Se puede decir que paulatinamente se han ido adoptando medidas puntuales que pretenden mejorar la protección social de los TTP, imbuidas por un espíritu adaptador de los sistemas de protección social a la estructura actual del mercado de trabajo.

El marco regulador actualmente vigente en lo relativo a la protección social de los TTP está constituido por la Disposición Adicional 7ª del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y el RD 1132/2002, de 31 de octubre, que regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial.

Desde la importante reforma acometida sobre el trabajo a tiempo parcial en 1998 se anuncia que, dado que los TTP, habitualmente, tienen problemas para integrarse en los modelos contributivos construidos sobre el estándar del trabajo a tiempo completo, se van a introducir los elementos de corrección necesarios para adaptar el funcionamiento de las normas generales del sistema a las características de esta modalidad contractual. Correlativamente el RDLey 15/1998, de 27 de noviembre, y su complementario RD 144/1999, de 29 de enero, señalaron que iban a

---

[1] Vid Rosenvallon, P., *La nouvelle question sociale: repensar l'Etat providence*, Edition du sueil, 1995.

[2] Vid, al respecto, Desdentado Bonete, A y Tejerina Alonso, J.I., "Contrato a tiempo parcial y prestaciones de la Seguridad Social", Tribuna Social, nº 85, 1998, pág. 88 y ss.

articular una reordenación de los principios básicos que deben regir esta materia, con el objeto de hacer compatibles el principio de contributividad, propio del sistema de Seguridad Social, con los de igualdad y no discriminación, característicos del trabajo a tiempo parcial.

Sin embargo, en primer lugar nuestro Tribunal Constitucional, en 2004, y en segundo lugar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en 2012, vienen a afirmar que la normativa española sobre la protección social de los trabajadores a tiempo parcial, en lo relativo al modo de cómputo de los períodos de carencia que permiten acceder a una prestación contributiva, es contraria al principio de no discriminación, lo que exige que el legislador, preferentemente tras su consenso con los agentes sociales, nuevamente deba abordar una reforma en esta materia.

2. ANTECEDENTES

La determinación de cuáles son los períodos de cotizados que un trabajador debe acreditar para tener acceso a la acción protectora de la Seguridad Social, ha sido una de las cuestiones que mayor polémica ha suscitado en torno a la protección social de los TTP; ya que las intervenciones legales, reglamentarias y judiciales sobre esta cuestión han sido muchas y complejas. Es por ello, que a continuación se van a exponer, siquiera someramente, cuáles son los antecedentes de esta controvertida cuestión.

El punto de arranque[3] se encuentra en el contenido de la Resolución de 1 de febrero de 1982, de la Subsecretaría para la Seguridad Social, por la que se dictaban normas en materia de afiliación y prestaciones económicas de Seguridad Social a los TTP, que introdujo una doble proporcionalidad, estableciendo ésta no sólo en las bases de cotización, sino también en el cómputo de los períodos de carencia. Con ello, se pasó de una situación en la que no se tenía en cuenta la especialidad del trabajo a tiempo parcial, al no preverse la proporcionalidad ni en las cotizaciones, a otra en la que el principio de proporcionalidad actuaba doblemente. No obstante, en el año 1985 se aprobó el RD 625/1985, de 2 de abril, que desarrolló la Ley de protección por Desempleo y que en su artículo 3.4 estableció que el cómputo de los períodos de carencia en los contratos a tiempo parcial no sería proporcional al número de horas trabajadas, sino que cada día sería un día computable, cualquiera que hubiera sido la duración de la jornada. Por lo tanto, surgió una contradicción, en lo relativo a la carencia, entre el criterio especial fijado por el reglamento regulador de la prestación de desempleo y el general establecido por la Resolución de 1982. De la interpretación de esta controversia dependía en muchas ocasiones el acceso efectivo a la protección social de los TTP y la cuestión fue objeto de una ardua discusión judicial.

---

[3] Cfr. García Perrote Escarpín, I., "La protección social de los trabajadores a tiempo parcial", en AA.VV., Coordinadores Casas Baamonde, M.E., y Valdés Dal Ré, F., *Los contratos de trabajo a tiempo parcial*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 223.

El Tribunal Supremo[4], en unificación de doctrina, se inclinó a favor del cómputo de la carencia por día cotizado e independientemente del número de horas trabajadas, por aplicación analógica del criterio previsto para el desempleo y en virtud de la insuficiencia del rango normativo de la Resolución de 1982[5]. El TS optó por esta interpretación porque consideró que el examen de la normativa objeto del litigio denotaba la ausencia de normas válidas que hubieran modificado para los TTP el régimen establecido por la Ley General de la Seguridad Social y sus normas de desarrollo. Ello es así, porque el TS mantuvo que la Resolución de febrero de 1982, que dispuso el principio de proporcionalidad para calcular los períodos de carencia, fue fruto de una autorización establecida en la disposición final 3ª del RD 1362/1981, y que por lo tanto no tenía carácter normativo, puesto que carecía de cobertura legal y reglamentaria para regular la fijación de los períodos de carencia[6].

Sin embargo, la doctrina judicial señalada es corregida por el legislador, que reacciona ante la misma y revive la doble proporcionalidad[7]. Esta rectificación es introducida en tres normas de rango legal: el artículo 4.3 de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, la Disposición Adicional 7ª.2 del Real Decreto Legislativo 1/1994, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994[8] y el artículo 40 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas sociales, administrativas y del orden social, con el objeto de que no renazcan posibles controversias en torno a la suficiencia del rango normativo de la disposición implantadora.

Por lo tanto, la nueva normativa produce efectos más que proporcionales a los empleados sujetos a esta modalidad contractual y quiebra la doctrina judicial asentada en unificación de doctrina, girando de nuevo en torno al criterio introducido en la Resolución de 1982[9].

---

[4] Cfr. STS de 26 de mayo de 1993, Ar. 6374.

[5] Cfr. Sin ánimo de exhaustividad, STSJ Aragón, de 23 de junio de 1992, Ar. 3090; STSJ de Cataluña , de 26 de febrero de 1991, Ar. 1679; STSJ de Andalucía , de 2 de mayo de 1991, Ar. 3118; STSJ de la Comunidad Valenciana, de 2 de octubre de 1991, Ar. 5833 y STSJ de Cataluña, de 5 de junio de 1992, Ar. 3345.

[6] Cfr. En este sentido lo dispuesto, entre otras, por STS de 18 de octubre de 1993, Ar. 7836; STS de 13 de diciembre de 1993, Ar. 9779; STS de 7 de marzo de 1994, Ar. 2544., que entienden que la voluntad normativa es que prevalezca el criterio consistente en que, para el cómputo del período de cotización exigible para causar derecho a la prestación, los días de trabajo en la jornada de trabajo reducida propia de los contratos a tiempo parcial sean computados como días cotizados a los efectos de alcanzar el período mínimo exigible para causar la prestación, incidiendo la menor cotización únicamente sobre la cuantía de la base de cotización y, subsiguientemente, sobre la reguladora.

[7] Vid Lousada Arochena, J.F, "El cómputo de la carencia para las prestaciones de Seguridad Social en los contratos a tiempo parcial", Poder Judicial, núm. 43/44, 1994, pág. 295.

[8] El artículo 4.3 in fine de la Ley 10/1994 establece lo siguiente "*a efectos de determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de la Seguridad Social, incluida la protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas o días efectivamente trabajados. Reglamentariamente se determinará la forma de cálculo de los días de cotización exigibles, así como los períodos en que los mismos hayan de estar comprendidos".*

[9] Vid Pedrajas Moreno, A., "El trabajo a tiempo parcial", en AA.VV., Coordinador Valdés Dal Ré, F., *La reforma del mercado de trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 155.

Esta decisión legislativa fue objeto de críticas unánimes por parte de la doctrina, puesto que su operatividad dificultaba el acceso de los TTP a las prestaciones contributivas de la Seguridad Social y provocaba la existencia de una doble proporcionalidad[10]. A *sensu* contrario, se abogaba por la persistencia del criterio introducido en el artículo 3.4 RD 625/1985, que después fue consolidado por la STS de 26 de mayo de 1993, según el cual cada día de trabajo debía considerarse un día cotizado, con independencia de cuál fuera la duración de la jornada realizada[11].

El criterio fijado en 1994, fuente de una amplia discusión, ha sido definitivamente anulado por el Tribunal Constitucional. La STC a la que nos referimos tiene su origen en una cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre el contenido del segundo párrafo del artículo 12.4 ET, versión 1994, y manifiesta que el principio de igualdad no sólo exige que una diferencia de trato – en este caso entre la protección social de los TTP y los trabajadores a tiempo completo-, resulte objetivamente justificada y razonable, sino también que esta diferenciación supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida[12]. El Alto tribunal entiende que no resulta contrario al artículo 14, a causa de la aplicación del principio contributivo que guía nuestro sistema de Seguridad Social, que el trabajo a tiempo parcial conlleve una pensión de cuantía proporcionalmente inferior a la de un trabajador a tiempo completo. Sin embargo, a efectos del cómputo de los períodos de carencia, la aplicación del criterio de proporcionalidad estricta conduce a un resultado desproporcionado, que puede dificultar sobremanera el acceso de los trabajadores a tiempo parcial al sistema contributivo de la Seguridad Social, resultando esa repercusión aún más gravosa en el caso de los trabajadores con amplios lapsos de vida laboral trabajados con una jornada parcial y en relación a las prestaciones que exigen períodos de cotización más extensos[13].

---

[10] Cfr. Lousada Arochena, J.F, "El cómputo de la carencia para las prestaciones de Seguridad Social…", op.cit., pág. 294; Luelmo Millán, M.A., "El contrato a tiempo parcial: cotización y prestaciones", Actualidad Laboral, tomo I, 1998, pág. 255; Luque Parra, M., "Contrato a tiempo parcial y pensión de jubilación: doble proporcionalidad y cómputo del día cotizado como criterios que distorsionan la lógica incentivadota de esta modalidad contractual", Relaciones Laborales, nº 15/16, 1998, pág. 280.

[11] Aún cuando el ordenamiento jurídico vigente en 1994 era claro sobre la aplicación del principio de proporcionalidad, algunos TSJ siguieron interpretando que el cómputo debía efectuarse por día cotizado, con independencia de las horas trabajadas, cuando el hecho causante de la prestación fuera anterior a la entrada en vigor de las normas citadas (el 1 de enero de 1994). Esta interpretación judicial se basaba en el hecho de que no debe realizarse un cómputo retroactivo desfavorable para las cotizaciones efectuadas con amparo en la normativa anterior, considerando que debe ser más determinante el momento de la cotización y, por ende, la normativa que en ese momento la regulaba o la doctrina judicial que la interpretaba. Finalmente, el TS (entre otras STS 7 de febrero de 1997, Ar. 1168; STS de 13 de febrero de 1997 Ar. 1264) declara sobre esta materia que el momento del hecho causante es el punto de referencia para determinar cuál es la normativa aplicable, siendo ésta operativa en relación a todas las cotizaciones efectuadas por el interesado, aunque sean de períodos anteriores a aquel día.

[12] Cfr. STC 253/2004, de 22 de diciembre, fundamento jurídico 5º, confirmada por STC 49 y 50/2005, de 14 de marzo.

[13] Vid, con detenimiento, Fundamento Jurídico 6ª de la STC 253/2004.

A mayor abundamiento, el TC ha tomado en consideración la feminización que rodea esta modalidad contractual[14], a través de evidencias estadísticas constatables, y refuerza su postura mediante la consideración de que con esta disposición legal se provoca una discriminación indirecta por razón de sexo. Por lo tanto, en la medida en la que atenta al artículo 14 CE, es declarada inconstitucional.

Tras los complejos antecedentes expuestos, se van a analizar las reglas que rigen el modo de cómputo de la carencia en los contratos a tiempo parcial, así como la repercusión que sobre las mismas puede tener el fallo de la sentencia del TJUE de 22 de noviembre de 2012.

3. EL MODO DE CÁLCULO DE LOS PERÍODOS DE CARENCIA EN LOS CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL: EFECTOS DE LA STJUE DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2012

El Real Decreto Ley 15/1998 y, a posteriori, su complementario RD 144/1999[15], introducen diversas disposiciones tendentes a la consecución de un objetivo de gran envergadura: el acceso efectivo de los TTP a la protección social, mediante la combinación de los principios de igualdad, proporcionalidad y contributividad, lo que es reiterado por el contenido del RD 1131/2002.

El artículo 3 RD 1131/2002, de 31 de octubre, que regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, contiene una serie de reglas particulares cuya operatividad es limitada a este tipo de trabajadores. En primer lugar, se establece que la carencia exigida para acceder a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad, resultará del cómputo de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias[16], calculando su equivalente en días teóricos de cotización. Por lo tanto, se deberá computar la jornada efectivamente realizada, con el objeto de que todas las horas efectuadas repercutan a favor del trabajador.

En segundo lugar, el mismo artículo 3.1. in fine establece que "*a tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de 1826 horas anuales*". Al respecto se ha de valorar positivamente que se adopte una norma especial para el trabajo a tiempo parcial, que produce un específico tratamiento diferenciado, para intentar adaptar la norma general al mismo.

---

[14] Según datos de la EPA en 2012, casi una de cada cuatro empleadas (23.6%) trabaja a tiempo parcial y, sin embargo, sólo un 6.7% de los hombres trabajan a tiempo parcial. En total, 638.000 hombres trabajan a tiempo parcial de 9.400.000 ocupados y 1.850.100 mujeres de 7.800.000 ocupadas.

[15] Vid Panizo Robles, J.A., "Trabajo a tiempo parcial y protección social", AA.VV., *Trabajo a tiempo parcial*, Francis Lefevre, Madrid, 1999, pág. 145.

[16] Tras la reforma laboral de 2012, se permite que los trabajadores a tiempo parcial realicen horas extraordinarias con determinadas limitaciones. El artículo 12.4.c) establece que el número de horas extraordinarias realizadas en el contrato a tiempo parcial computarán a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social y bases reguladoras de las prestaciones. Correlativamente, se debe interpretar que las horas extraordinarias serán contabilizadas a efectos de calcular el período de carencia.

Sin embargo, la regla podría ser aún más específica, si se hubiera individualizado el criterio señalado. El legislador, probablemente buscando una mayor seguridad jurídica, ha preferido tomar como punto de referencia la jornada máxima legal y no la jornada máxima del trabajador a tiempo comparable o la establecida por el convenio colectivo aplicable[17]. Con ello, la opción elegida está desprovista de una mayor dosis de adaptación a la singularidad del caso concreto, lo que puede provocar que al TTP le sean computados un menor número de días teóricos[18].

Además, los cálculos realizados por el legislador no son exactos, ya que mientras un trabajador a tiempo completo cotizará 365 días trabajando 225 (365 menos 30 de vacaciones, 14 festivos y 96 sábados y domingos), el TTP que trabaje 8 horas durante 225 días no cotizará los días señalados, sino 360[19].

En cualquier caso, a pesar de que se ha procurado una mayor adecuación a las particularidades de los trabajos a tiempo parcial, la normativa perpetúa la doble proporcionalidad preexistente. No obstante, la fórmula instaurada es modulada por la introducción de un tratamiento diferenciado positivo, que pretende atenuar los efectos perversos que derivan de una estricta proporcionalidad y que resulta acorde a la exposición de motivos del precedente RD 144/1999, que anunciaba que se debían de introducir los elementos de corrección necesarios para adaptar el funcionamiento de las normas generales del sistema a las características específicas de este tipo de trabajos. Nos referimos a lo dispuesto por el artículo 3.2 RD 1131/2002, que establece que, para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, el número de días teóricos resultantes de la operación aritmética anterior será multiplicado por 1.5, siendo asimilada la fracción de día, en su caso, a un día completo.

La regla introducida, a modo de acción positiva, favorece la adquisición de la carencia necesaria en las pensiones que requieren la acreditación de unos mayores períodos de cotización. Sin embargo, siendo admisible que su acción no sea extensible a las prestaciones que necesitan una carencia más reducida, como la incapacidad temporal o la maternidad, a la inversa, no es comprensible su inacción en las prestaciones por muerte y supervivencia, que en los supuestos de no alta requieren una carencia de quince años. En una primera aproximación a esta cuestión, a

---

[17] Vid, en este sentido, cómo los criterios utilizados para delimitar al trabajador a tiempo parcial si han seguido un orden en el cual la jornada de referencia, en último extremo, será la establecida por el artículo 34 ET.

[18] A modo de ejemplo, podemos señalar un supuesto de hecho en el que las horas efectivamente realizadas por el trabajador hayan ascendido a 780, siendo la jornada máxima establecida en el convenio colectivo aplicable de 1750 horas.

Si aplicamos el criterio implantado, las 780 horas serán divididas entre 5 y como resultado se obtendrán 156 días teóricos cotizados. Sin embargo, si traemos a colación el otro criterio señalado, deberíamos dividir en primer lugar 1750 entre los 365 días del año, lo que nos proporcionaría como equivalente diario la cantidad de 4.8. Y, a continuación, dividiríamos 780 entre 4.8, lo que nos proporcionaría un total de 163 días teóricos.

[19] Cfr. Alarcón Caracuel, M.R., "Luces y sombras del nuevo contrato a tiempo parcial", Revista de Derecho Social, nº5, 1999, pág. 233. Por lo tanto, en lugar de ser 5 el equivalente diario de 1826 horas de trabajo, la cifra correcta hubiera sido 4.9.

nuestro juicio, se detecta una importante deficiencia[20] que debería ser subsanada, ya que , a mayor abundamiento, no se ha seguido la línea de tendencia extendida en otras normas vigentes en nuestro sistema de Seguridad Social, tales como: el artículo 22 de la Orden de 13 de octubre de 2003, que regula la figura del convenio especial, señalando que la base de cotización a completar por un convenio especial simultáneo a un trabajo a tiempo parcial será la correspondiente a las situaciones y contingencias de jubilación, invalidez permanente y muerte y supervivencia, derivadas de enfermedad común o accidente no laboral y el artículo 4 RD 691/1991, de 12 de abril, sobre el cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de la Seguridad Social, que prescribe que su ámbito objetivo de actuación son las pensiones de jubilación, de incapacidad permanente o de muerte y supervivencia.

El artículo 3.6 RD 1131/2002, a modo de cierre, se ocupa de precisar que, fruto de las operaciones anteriores, en ningún caso podrá computarse un número de días cotizados superior al que resultaría de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo, lo que ocurrirá siempre que la jornada a tiempo parcial sea superior al 66.5% de la jornada máxima legal[21].

Por lo tanto, en cuanto a la carencia genérica, las operaciones necesarias para calcular el número días teóricos cotizados serán las siguientes:

1. Se deberá determinar el número de horas de trabajo efectivamente efectuadas, lo que requerirá, en su caso, la conversión de los días en horas de trabajo, o del porcentaje de jornada fijado en el contrato en horas, puesto que éste es el módulo elegido[22].
2. El número de horas cotizadas deberá incluir la parte proporcional de los descansos correspondientes, así como de vacaciones (en cuyo mes no existe trabajo, pero sí cotización y liquidación de cuotas).
3. El número de horas realizado se dividirá por cinco, lo que proporcionará de forma ordinaria el número de días teóricos computables.
4. Únicamente en los supuestos de pensiones de jubilación e incapacidad permanente, el resultado anterior se multiplicará por 1.5.

---

[20] Cfr. En este sentido, López Gandía, J., "Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social…", op.cit., pág. 239; García Perrote-Escartín, I., "La protección social de los…", op.cit., pág. 237.

[21] Si la jornada a tiempo parcial asciende al 66.5% de 1826 horas, el número de horas trabajadas al año será de 1214,2 que divididas entre 5, proporcionarán 243 días teóricos, los cuales, para las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, al ser multiplicados por el coeficiente corrector 1,5 arrojan un total de 365 días cotizados.

[22] Por ejemplo, si un asalariado trabaja 402 horas al año, y sólo ha trabajado 91 días cuando sobreviene el hecho causante de una prestación, suponiendo que existe una distribución regular de la jornada de trabajo, deberemos dividir 402 entre 365, de lo que resultará el número de horas de trabajo diarias al año, concretamente 1,1, que multiplicadas por 91 proporcionan un total de 100, que divididas entre 5, arrojan un total de 21 días teóricos cotizados.

Cuando se fije un porcentaje de jornada, teniendo en cuenta que la jornada habitual asciende a 1826 horas de trabajo al año, las operaciones serán las siguientes:

22% de 1826=402 horas al año

402:5=81 días teóricos al año, que divididos entre 4, porque sólo se han trabajado 90 días del año, arrojan un total de 21 días teóricos.

Sobre la legalidad de la potencial penalización que conlleva la existencia de una doble proporcionalidad se puede traer a colación, en primer lugar, la STS de 28 de abril de 2000[23]. La misma precisa que, de conformidad con el principio de asimilación entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo, en todo caso se debe producir un cómputo proporcional de los descansos semanales y festivos, las vacaciones y las pagas extraordinarias. Es decir, siendo los días teóricos un porcentaje de los días de trabajo de los trabajadores a tiempo completo, si se computan todos los conceptos señalados, tal y como se prevé por el artículo 3.1 del reglamento, la proporcionalidad introducida se considera válida por el Tribunal Supremo.

Y en segundo lugar, lo señalado por la STJUE, de 22 de noviembre de 2012. El litigio que da origen a esta sentencia se refiere a la solicitud de una pensión de jubilación por una trabajadora a tiempo parcial con una jornada muy reducida, concretamente de cuatro horas de trabajo a la semana, que había trabajado 18 años[24]. En su demanda ante un juzgado de lo social de Barcelona, aduce que la Disposición Adicional 7ª LGSS vulnera el principio de igualdad, al exigir un mayor período de cotización al trabajador a tiempo parcial respecto al trabajador a tiempo completo, aún con el factor de corrección que supone la aplicación del coeficiente multiplicador 1.5, para acceder a una prestación que ya es proporcionalmente más reducida. Adicionalmente, la demandante alega que esta normativa supone una discriminación indirecta, al ser desarrollados los trabajos a tiempo parcial mayoritariamente por mujeres.

Ante estas circunstancias un juzgado de lo social de Barcelona planteó varias cuestiones prejudiciales. Las primeras sobre si se entiende que una pensión de jubilación contributiva como la regulada en el sistema español de Seguridad Social encaja en el concepto de condición de empleo a que se refiere la cláusula 4ª del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81 /CE[25], en el sentido de que esta opción permita interpretar que es contraria al Derecho Comunitario una norma nacional que, como consecuencia de la doble aplicación del principio "*pro rata temporis*", exija a los trabajadores a tiempo parcial, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada. Y la última, como cuestión alternativa a las planteadas anteriormente, caso de que la pensión de jubilación contributiva española no se entendiera ni como condición de empleo ni como retribución, la posible existencia de una discriminación por razón de sexo, directa

---

[23] STS 28 de abril de 2000, sala de lo contencioso administrativo, Ar. 3823.

[24] En la situación fáctica de la demandante, el pago de cotizaciones durante 18 años al 10% de la jornada equivalen, según el sistema de cálculo instaurado, a un pago de cotizaciones durante un período de menos de 3 años, por lo que de mantenerse con un contrato a tiempo parcial de 4 horas a la semana, la trabajadora tendría que trabajar 100 años para acreditar la carencia mínima necesaria de 15 años que le permitiera el acceso a una pensión de jubilación de 112,93 euros al mes.

[25] Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre, sobre el trabajo a tiempo parcial, que contiene un Acuerdo marco consensuado por UNICE, CEEP y CES, principales interlocutores sociales a nivel europeo.

o indirecta, de conformidad con lo indicado en el artículo 4 de la Directiva 79/7/CE[26]. De modo que este último debería ser interpretado en el sentido de que impediría o se opondría a una norma nacional que, como consecuencia de la doble proporcionalidad instaurada, exija a los trabajadores a tiempo parcial (mayoritariamente mujeres), en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada.

Una pensión de jubilación contributiva como la contemplada en el sistema español de Seguridad Social, es una pensión que responde a consideraciones de orden social, deriva de un régimen legal, a cuya financiación contribuyen los trabajadores, los empleadores y, en su caso, los poderes públicos, dependiendo menos de la relación de trabajo que vincula a trabajadores y empleadores que de consideraciones de política social[27]. Por lo tanto, una pensión contributiva como la española, obligatoriamente aplicable a los trabajadores que cumplan los requisitos exigidos en la Ley, no puede ser asimilada a una retribución o a una condición de trabajo[28], en el sentido de que quede bajo el ámbito de aplicación de la cláusula 4ª del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81/CE, el artículo 4 Directiva 2006/54/CE[29] y el artículo 157 del TFUE. En cambio dicha pensión sí que puede estar incluida bajo el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7/CE, en cuanto forma parte de un régimen legal de protección contra uno de los riesgos enumerados en el artículo 3.1 de esta Directiva, la vejez.

Una vez aclarada la operatividad del artículo 4 Directiva 79/7/CE sobre el supuesto de hecho planteado, la sentencia se detiene a analizar la potencial existencia de una discriminación[30] indirecta en la normativa relativa al modo de cálculo de los períodos de carencia que permiten el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social para los trabajadores a tiempo parcial en España. Según el TJUE, la normativa controvertida, a causa del método empleado para calcular el período de cotización exigido para acceder a una pensión de jubilación, priva en la práctica a los TTP (más aún a los que durante bastante años desarrollan una jornada muy reducida) de toda posibilidad de obtener tal pensión, quedando, a su vez, estadísticamente acreditado que en España al menos el 80% de los trabajadores

---

[26] Directiva 79/7/CE, de 19 diciembre, sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trabajo entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

[27] Cfr. STJUE, de 10 de junio de 2010, Bruno y otros.

[28] La STJUE precisa que las pensiones que pueden ser incluidas en el concepto de "Condiciones de empleo", son aquellas que dependen de una relación de trabajo entre el trabajador y el empleador, con exclusión de las pensiones legales de Seguridad Social, que dependen menos de tal relación que de consideraciones de orden social.

[29] Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, Parlamento Europeo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo.

[30] Sobre este concepto vid Pérez del Río, Mujer e igualdad: estudio en materia social y laboral, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 1999, pág. 15, En este caso, de hecho se produce un trato aparentemente neutral a los TTP, mayoritariamente mujeres, mientras q de facto, existe un efecto perjudicial desproporcionado, una desigualdad de trato respecto a los trabajadores a tiempo completo.

a tiempo parcial son mujeres. Por ello, el Alto Tribunal de Luxemburgo, afirma que tal normativa es contraria al artículo 4 Directiva 79/7/CE, a menos que esté justificada por factores objetivos, ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo, y a que el Estado miembro cuya legislación se cuestiona pueda acreditar que los medios elegidos responden a una finalidad legítima de la política social, son adecuados para alcanzar el objetivo perseguido por ésta y son necesarios a tal fin.

El INSS y el Gobierno español alegan que la exigencia de cumplir un determinado período de carencia para acceder a una prestación contributiva de la Seguridad Social, es esencial para garantizar el equilibrio financiero del sistema.

Ahora bien, si se excluye[31] la posibilidad de que TTP con una jornada parcial muy reducida (como la del litigio principal que necesitaría cotizar 100 años para acceder a la pensión de jubilación) puedan acceder a una pensión contributiva como la de jubilación, debería justificarse de forma efectiva que esto es una medida necesaria para alcanzar el objetivo de salvaguardar el sistema de Seguridad Social de tipo contributivo y que no existe otra medida menos gravosa para estos trabajadores que permita alcanzar dicho objetivo, lo que no ha ocurrido. A su vez, las medidas positivas introducidas en el ordenamiento jurídico español (esencialmente el coeficiente corrector) no son suficientes para salvaguardar la situación de determinados TTP, fundamentalmente los que tienen una jornada muy reducida.

Por todo ello, en el fallo de la sentencia publicada en noviembre de 2012 declara que "*el artículo 4 de la Directiva 79/7…debe interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una normativa de un Estado miembro que exige a los TTP , en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada"*.

De forma correlativa a lo declarado por el TJUE, es necesario resaltar lo ya indicado por el Tribunal Constitucional, en sentencia de 22 de diciembre de 2004, que afirmó que la doble proporcionalidad (en la normativa enjuiciada en esta sentencia sin tener en cuenta las medidas correctoras introducidas en 1998) supone una proporcionalidad estricta y doble, que produce unos resultados desproporcionadamente desventajosos para los TTP –ya que se les dificulta sobremanera su acceso a las prestaciones contributivas de la Seguridad Social- que puede implicar una discriminación indirecta por razón de sexo, en base a una evidencia estadística, la abrumadora presencia de mujeres entre los TTP. El Alto Tribunal español, al enjuiciar el asunto manifestó que con esta opción legislativa no se superaba el juicio de proporcionalidad exigido entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida, viéndose reforzada esta posición por la vulneración del artículo 14 CE, desde la perspectiva de la discriminación indirecta por razón de sexo.

---

[31] En este sentido informe del Gobierno belga y de la Comisión.

Por lo tanto, la desigualdad entre TTP y trabajadores a tiempo completo, se convierte en supuestos como los señalados en discriminación, su cara más peyorativa, por no ofrecer más soporte visible que una minusvaloración de las funciones desempeñadas por el grupo segregado, los trabajadores a tiempo parcial. A mayor abundamiento, al estar el colectivo de los TTP integrado mayoritariamente por mujeres[32], la irrazonabilidad del factor diferencial alegado se acentúa al entrar en juego la prohibición de discriminación, que exige aún una más cuidadosa justificación.

Tras analizar la normativa vigente, la existencia de la doble proporcionalidad resaltada, y la doctrina emitida por el TJUE recientemente, las opciones posibles son varias:

a) Disminuir los períodos de carencia genérica y aplicar el principio de proporcionalidad sólo en el cálculo de la base reguladora, es decir sólo sobre la cuantía de la prestación; al menos respecto a los trabajadores a tiempo parcial que no hubieran podido completar los períodos de carencia exigidos en cada caso.

b) Utilizar criterios distintos al del tiempo de trabajo como vara de medir los requisitos de contributividad. Por ejemplo, se podría arbitrar una forma propia de computar la cotización de estos trabajadores, que no se basara exclusivamente en el cómputo del tiempo de trabajo, sino en el valor de lo aportado a lo largo de la carrera asegurativa, tal y como se ha hecho en algunos sistemas incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social con peculiaridades[33], en los que ante la dificultad de seguir y controlar el tiempo real de trabajo, el esfuerzo contributivo cuantitativo puede determinar el tiempo cotizado y no a la inversa.

c) Permitir un tratamiento diferenciado positivo, cómo existe en algunos sistemas especiales[34], o establecer un coeficiente corrector más amplio que el previsto actualmente, con el objeto de beneficiar a los TTP.

4. CONCLUSIONES

La protección social de los trabajadores a tiempo parcial ha sufrido continuas reformas y ha sido objeto de diversos pronunciamientos jurisprudenciales que, sin embargo, no han conseguido superar las inadaptaciones del sistema general de la

---

[32] Vid Ferradans Caramés, C., *El contrato de trabajo a tiempo parcial: difícil equilibrio entre flexibilidad y seguridad,* Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 65 y ss.

[33] Por ejemplo en el sistema de los toreros y los artistas.

[34] Por ejemplo en el sistema especial de Frutas, Hortalizas y Conservas, regulado en Orden de 30 de mayo de 1991, se prevé que a cada día o porción de día efectivo de trabajo se añadirá la parte proporcional de los días de vacaciones, festivos no recuperables y de descanso semanal que en cada caso corresponda y por los que se haya cotizado. A dicho fin cada día de trabajo se considerará como 1,33 días de cotización, cuando la actividad se desarrolle en jornal laboral de lunes a sábado, así como de 1,61 días cotizados cuando la actividad se realice en jornada laboral de lunes a viernes.

Seguridad Social a esta modalidad contractual y han dificultado el acceso efectivo de los TTP a la protección social, esencialmente contributiva.

Las mayores dificultades han surgido en torno al cómputo de los períodos de carencia. En el período comprendido entre 1994 y 1998 se aplicó una normativa que imponía una doble proporcionalidad estricta, en la base reguladora y en los períodos de carencia, siendo declarada esta regulación, que va más allá del principio de contributividad, inconstitucional por el Tribunal Constitucional y fuente de una discriminación indirecta por razón de sexo (STC 253/2004, de 22 de diciembre).

En las reglas vigentes desde el año 1999, persiste la aplicación del principio de proporcionalidad en lo relativo a los períodos de carencia, aunque acompañado de la operatividad de una serie de reglas especiales y modulado por la introducción de un tratamiento diferenciado positivo. No obstante, esta regulación, a pesar de que corrige la proporcionalidad estricta, podría estar provista de una mayor adaptación a la situación específica de los TTP.

Adicionalmente, el TJUE, en sentencia emitida el 22 de noviembre de 2012, declara que la normativa española, aún previendo la aplicación, a modo de acción positiva, de un coeficiente corrector a las pensiones que requieren un mayor período de carencia, no es acorde al artículo 4 Directiva 79/7/CE, ya que exige a los trabajadores a tiempo parcial, mayoritariamente mujeres, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva con una cuantía proporcionalmente reducida según su jornada parcial. Correlativamente, el TJUE declara que la desigualdad entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo se convierte en este supuesto de hecho en una discriminación indirecta por razón de sexo, a menos que esté justificada por factores objetivos, ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo, y a que el Estado miembro cuya legislación se cuestiona pueda acreditar que los medios elegidos responden a una finalidad legítima de la política social, son adecuados para alcanzar el objetivo perseguido por ésta y son necesarios a tal fin.

Consecuentemente, el legislador español, preferentemente junto a los agentes sociales, deberá abordar nuevamente la reforma de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial, en orden a corregir las inadaptaciones y carencias detectadas.