

ESTUDIOS

Protección de datos de carácter personal y derechos de información de los representantes de los trabajadores
Antonio José Valverde Asencio

Movilidad geográfica y modificaciones sustanciales tras la reforma de 2012: ¿una mal entendida flexiseguridad?
José M. Morales Ortega

Los sistemas de clasificación profesional en los planes de igualdad de la empresa privada y el sector público
Eva Saldaña Valderas

Aspectos novedosos del contrato para la formación y el aprendizaje tras las últimas reformas
María José Gómez-Millán Herencia

El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad: ¿una realidad?
Raquel Poquet Catalá

MERCADO DE TRABAJO

Instalados en la recesión económica. Análisis de coyuntura del mercado de trabajo en el segundo semestre de 2012
Santos Ruesga Benito
José Luis Martín Navarro
Laura Pérez Ortiz
Manuel Pérez Trujillo

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Participación y representación colectiva
Universidad de Cádiz
El expediente contradictorio en el despido disciplinario
María del Junco Cachero

Derecho procesal laboral
Universidad de Jaén
Las tasas judiciales en el ámbito social y su reinterpretación a la luz de la ley de asistencia jurídica gratuita: las distorsiones de la aplicación práctica de la Ley de Tasas
José María Moreno Pérez

Prestaciones de Seguridad Social
Universidad de Málaga
La extinción del contrato de trabajo como causa de extinción de las pensiones de jubilación parcial
Juan Carlos Álvarez Cortés

Régimen jurídico del contrato de trabajo
Universidad de Sevilla
Definición laboral de grupo de empresa y el carácter excepcional de su condición como empleador
E. Macarena Hernández Bejarano

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

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

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



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



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

119

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
119/2013 - Segundo Trimestre

TEMAS LABORALES 2013

119

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

119

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

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

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

ANTONIO ÁVILA CANO

Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo

VOCALES

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

ANTONIO ÁVILA CANO	Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
MANUEL ALCAIDE CASTRO	Catedrático de Organización de Empresas Universidad de Sevilla
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Huelva

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN

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

SUBDIRECTOR

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva

Suscripciones y distribución

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

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

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 119/2013
Segundo Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

Protección de datos de carácter personal y derechos de información de los representantes de los trabajadores.	13
ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO	
Movilidad geográfica y modificaciones sustanciales tras la reforma de 2012: ¿una mal entendida flexiseguridad?	55
JOSÉ M. MORALES ORTEGA	
Los sistemas de clasificación profesional en los planes de igualdad de la empresa privada y el sector público	91
EVA SALDAÑA VALDERAS	
Aspectos novedosos del contrato para la formación y el aprendizaje tras las últimas reformas.	119
MARÍA JOSÉ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA	
El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad: ¿una realidad?	157
RAQUEL POQUET CATALÁ	

2. MERCADO DE TRABAJO

Instalados en la recesión económica. Análisis de coyuntura del mercado de trabajo en el segundo semestre de 2012	191
SANTOS RUESGA BENITO	
JOSÉ LUÍS MARTÍN NAVARRO	
LAURA PÉREZ ORTÍZ	
MANUEL PÉREZ TRUJILLO	

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA	
Universidad de Cádiz	
El expediente contradictorio en el despido disciplinario	225
MARÍA DEL JUNCO CACHERO	

DERECHO PROCESAL LABORAL	
Universidad de Jaén	
Las tasas judiciales en el ámbito social y su reinterpretación a la luz de la ley de asistencia jurídica gratuita: las distorsiones de la aplicación práctica de la ley de tasas	235
JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ	
 PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL	
Universidad de Málaga	
La extinción del contrato de trabajo como causa de extinción de las pensiones de jubilación parcial.....	245
JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS	
 RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO	
Universidad de Sevilla	
Definición laboral de grupo de empresa y el carácter excepcional de su condición como empleador.....	261
E. MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO	
 4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN	
Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía	275
M ^a DOLORES RUBIO DE MEDINA	

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

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

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

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

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

La remisión de originales, de acuerdo con el formato de estilos que caracterizan a la Revista –en especial, en lo que respecta a la extensión máxima de 30 páginas, inclusión de extracto, interlineado sencillo y cuerpo principal a 12, y que pueden consultarse en detalle en el archivo que sobre reglas de estilo se localizan el espacio web <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/herramientas/revista/> - y siempre debidamente identificados en cuanto a su autoría, se efectuará por correo electrónico a las siguientes direcciones: jesuscruz@us.es y/o chano@uhu.es

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

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista Temas Laborales pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista “Temas Laborales”:

<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/herramientas/revista/1stContenidos.asp>

**LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 119/2013
Second Trimester**

INDEX

1. STUDIES

Protection of personal data and right to information of workers representatives	13
ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO	
Geographical mobility and substantial changes after the reform of 2012: would a badly understood flexicurity?	55
JOSÉ M. MORALES ORTEGA	
Professional classification systems in the company private and the public sector equality plans	91
EVA SALDAÑA VALDERAS	
Novel aspects of the contract for training and learning after the last reforms	119
MARÍA JOSÉ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA	
Access to widow's pension from extramarital relation: a reality? . . .	157
RAQUEL POQUET CATALÁ	

2. LABOUR MARKET

Installed in the economic downturn. Report on the labour market situation in Spain and Andalusia (second semester 2012)	191
SANTOS RUESGA BENITO JOSÉ LUÍS MARTÍN NAVARRO LAURA PÉREZ ORTÍZ MANUEL PÉREZ TRUJILLO	

3. JUDICIAL COMMENTS

REPRESENTATION AND COLLECTIVE PARTICIPATION	
University of Cadiz The contradictory record on disciplinary dismissal	225
MARÍA DEL JUNCO CACHERO	

LABOUR LEGAL CASE	
University of Jaen	
The court fees in the social sphere and its reinterpretation in the light of the legal Aid Act: the practical application of the law on rate distortion	235
JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ	

SOCIAL SECURITY BENEFITS	
University of Malaga	
The termination of the employment contract as a cause of extinction of partial retirement pensions	245
JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS	

EMPLOYMENT CONTRACT REGIME	
University of Seville	
Definition of enterprise group and the exceptional nature of its status as an employer	261
E. MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO	

4. LEGISLATIVE REMARKS

Legislative comment about the Autonomous Community of Andalusia	275
M ^a DOLORES RUBIO DE MEDINA	

PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL Y DERECHOS DE INFORMACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras Clave: Protección de datos, derechos de información, representantes de los trabajadores

El derecho de protección de datos se ha planteado como un derecho fundamental en sí mismo, derivado de la inicial previsión constitucional recogida en el art. 18.4 de la Constitución, y que, dada la extensión de su propio objeto (la protección frente a las injerencias de terceros en la recogida, uso, tratamiento y transmisión de datos de carácter personal), se ha construido sobre la distinción del derecho original a la intimidad. Ello ha creado una serie de problemas de interpretación muy interesantes, sobre todo cuando se ha pretendido hacer valer tal derecho en el curso de la relación de trabajo y de sus preliminares. Particularmente lo ha sido el debate que ha surgido cuando se pone en relación la protección de datos de carácter personal, como derecho individual y personalísimo, con los derechos de información de los representantes de los trabajadores, que, bien por su vinculación al derecho de igualdad efectiva de los representados –en el que se fundamentan determinadas competencias atribuidas legal o convencionalmente a aquéllos-, bien por ser contenido del derecho de libertad sindical, gozan también de protección constitucional. En el presente trabajo se han tratado de poner de manifiesto las dificultades a la hora de cohesionar los derechos e intereses en juego, partiendo de las divergentes soluciones –jurisprudenciales, constitucionales y administrativas- y aportando ideas sobre lo que se entiende una necesaria concreción del tema a la hora de la búsqueda de soluciones adecuadas que tengan en consideración un tratamiento especial del tema que, hasta ahora, no ha recibido del legislador..

ABSTRACT

Key Words: Data protection, right to information, representatives of the workers

The right to data protection has been raised as a fundamental right in itself, derived from the initial constitutional provision contained in article 18.4 of the Constitution, and that, given the extent of its own object has been built on the distinction of the original right to privacy. This has created a series of very interesting interpretation problems, especially when we have tried to enforce such right in the course of the relationship of work. It has particularly been debate that has emerged when he gets regarding the protection of personal data, such as individual and very personal, right with the information rights of the representatives of the workers, which, either by their links to the right to effective equality of the represented, well as content of the right to freedom of Association, also enjoy constitutional protection. In the present work have tried to highlight the difficulty to balance rights and interests at stake, on the basis of divergent solutions -jurisprudence, constitutional and administrative- and bringing ideas on what is considered a necessary realization from legislator..

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. LA COMPLEJIDAD DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE PROTECCIÓN DE DATOS EN LA RELACIÓN LABORAL
2. LA DELIMITACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS
 - 2.1. Los aspectos esenciales de la configuración constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales
 - 2.2. El objeto del derecho a la protección de datos: la diferencia entre derecho a la intimidad y derecho a la protección de datos
3. DERECHOS DE INFORMACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES Y DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL
 - 3.1. Un tema recurrente, la difícil relación entre derechos de información de los representantes de los trabajadores y protección de datos de carácter personal
 - 3.2. Los aspectos fundamentales del tema: la necesaria delimitación de derechos concurrentes
 - 3.2.1. La extensión del derecho a la protección de datos en la relación de trabajo: ¿un concepto propio de dato de carácter personal?
 - 3.2.2. La posición de los representantes de los trabajadores
 - 3.2.3. Información a los representantes de los trabajadores y régimen de la cesión de datos
 - 3.2.4. A partir de aquí, otras cuestiones no resueltas
4. CONCLUSIONES A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN. LA COMPLEJIDAD DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE PROTECCIÓN DE DATOS EN LA RELACIÓN LABORAL

La recogida y tratamiento de datos de carácter personal tiene una particular incidencia en distintas fases y aspectos del desarrollo de la relación laboral.

Así, desde las distintas perspectivas de la construcción del derecho a la protección de datos de carácter personal, se pone de manifiesto una especial dificultad a la hora de cohesionar los diferentes aspectos de dicho tratamiento con los intereses y derechos concurrentes en la relación de trabajo. Con carácter general, por un lado, con el derecho individual y personalísimo de los trabajadores a la protección de sus datos de carácter personal y a su intimidad en el curso de la prestación de trabajo; y, por otro, con los derechos e intereses del empresario en el ejercicio de las potestades asociadas a su poder de dirección o derivadas del cumplimiento de obligaciones y deberes de carácter legal.

Son muchos los supuestos en que se da dicha incidencia¹. Por ejemplo, en la gestión de los procesos asociados a la selección y colocación de trabaja-

¹ Además de los distintos estudios doctrinales al respecto, cabría citar en este sentido la Guía de “la protección de datos en las relaciones laborales” de la propia Agencia Española de Protección de Datos (http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canal/documentacion/publicaciones/common/Guias/GUIA_RelacionesLaborales.pdf).

dores²; en el ejercicio del poder de dirección y del poder disciplinario y, en relación con lo anterior, en la determinación de las condiciones de trabajo, donde diferentes aspectos instrumentales pueden colisionar o vincularse con la recogida o el tratamiento de datos de carácter personal de los trabajadores³; por supuesto, en materia de prevención de riesgos laborales⁴ o en las relaciones de encuadramiento o de comunicación de datos con la seguridad social donde igualmente pueden intervenir tanto el empresario (por ejemplo en su calidad posible de sujeto responsable de determinados deberes y obligaciones en materia de seguridad social) como las entidades gestoras o colaboradoras y servicios comunes⁵.

Esta relación conflictiva se ha presentado con una incidencia específica en las relaciones colectivas de trabajo y, en concreto, en relación con los derechos y funciones de la representación de los trabajadores.

En estos casos, se complican distintos aspectos a los anteriormente anunciados. Por una parte, la confluencia de derechos e intereses constitucionalmente protegidos, como los derechos asociados al derecho fundamental de libertad sindical o los derechos de participación y representación instrumentalizados a través de los distintos órganos de representación de los trabajadores; pero, por otra, la concurrencia de sujetos –sindicatos, representantes de los trabajadores y los propios afiliados– en los procesos de recogida y, sobre todo, de posible tratamiento y cesión de datos que podrían considerarse de carácter personal.

² Fernández Villazón ha señalado éste como el aspecto más destacable sobre la aplicación de la normativa sobre protección de datos en el Derecho del Trabajo. En “Tratamiento automatizado de datos personales en los procesos de selección de trabajadores”; RR.LL. I/1994; pág. 1972.

³ Muy especialmente en relación con las facultades de vigilancia y control empresariales. Sobre el tema es esencial el trabajo de Goñi Sein; “La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales”, Thomson Civitas 2007. A este respecto confr. la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras (BOE 12 de diciembre de 2012).

⁴ A título meramente ejemplificativo, confr. por ejemplo, el Informe de la AEPD 0355/2010 y la problemática allí tratada sobre el conocimiento de los delegados de personal de datos relativos a los resultados de la vigilancia de la salud de los trabajadores. Es también interesante la sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo social, de 27 de octubre de 2010 (nº r. casación 53/2009) sobre la posible afectación del derecho a la intimidad y confidencialidad de la Tarjeta Profesional de la Construcción, que recoge datos sobre formación y resultados de vigilancia de salud de los trabajadores del sector.

⁵ Sobre el tema es interesante sin duda la doctrina contenida en la STSJ Asturias (sala de lo social) de 6 de febrero de 2009 (r. 2518/2008) y por supuesto la previsión contenida en el art. 66 de la Ley General de Seguridad Social sobre reserva de datos en la gestión de Seguridad Social o en el propio art. 14.2 de la misma (en redacción dada por la Ley 27/2011, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social) respecto el derecho de empresarios y trabajadores a ser informados por los correspondientes organismos de la Seguridad Social de los datos referentes a ellos que obren en los mismos.

Muy particularmente, estas cuestiones se han planteado de manera recurrente en relación con los derechos de información de los representantes de los trabajadores. Por ejemplo, cuando dichos derechos de información han tenido por objeto datos sobre partidas retributivas de los trabajadores a quienes representan.

En estos casos, una visión amplia de estos derechos de información de los representantes, en conexión con la función de fiscalización que les corresponde dentro de su tarea genérica de participación reconocida constitucionalmente (cuando no ubicada dentro del contenido accesorio del derecho de libertad sindical), junto con una definición amplia del concepto de dato personal y un modelo preciso y extenso de protección frente a las intromisiones en la esfera personal del ciudadano, ha hecho que se planteen, desde el primer momento, puntos de confluencia y de conflicto de intereses en el sentido que apuntamos. Y pese a su importancia la ley no ha previsto normas específicas al respecto. Sólo la previsión contenida en el art. 11 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD)⁶ puede aportar alguna precisión; pero, aun en este caso, la interpretación de la norma puede ser compleja, dado que, entre otras cosas, no toma en cuenta la propia consideración de la representación de los trabajadores (y de sus funciones). Y es que, como decimos, nos encontramos ante un derecho de configuración en gran parte legal que, empero, no ve recogida en la ley la especialidad intrínseca que conlleva la colisión o concurrencia de derechos en el seno de la relación laboral en general y respecto a los representantes de los trabajadores en particular (por mucho que los derechos e interés de estos gocen de protección constitucional).

A ello se añade, sin duda, la necesaria aclaración del ámbito de protección del derecho a la libertad informática o *habeas data*, como aspecto previo, que no es completamente pacífico (sobre todo desde la aproximación laboral) y que requiere, sin duda, de una mayor precisión (justamente por su trascendencia en la propia dinámica de la relación de trabajo o en sus confines y preliminares).

En estas páginas pretendemos poner de manifiesto estas dificultades, que han dado lugar a una importante litigiosidad, y que, centrada en los derechos de información de los representantes de los trabajadores, reflejan la problemática a que estamos aludiendo. Cuando se reconoce a éstos un derecho a una información determinada en materia retributiva se plantea si ésta ha de tener la consideración de dato de carácter personal; si, por tanto, cabe transmitir dicha información por parte de la empresa o debe primar un hipotético derecho al control de los datos por parte de los trabajadores individuales; si, en caso contrario, la empresa podría conculcar su deber de protección respecto de los

⁶ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE de 14 de diciembre).

datos de los trabajadores; o, si en caso de que se transmita la información a la representación de los trabajadores qué uso puede hacer de dicha información la misma. Cuestiones, pues, de límites y de precisión sobre qué consideración tiene la referida representación de los trabajadores y cuál es el tratamiento correcto de esta forma (ineludible o no para la relación laboral -y esta es otra cuestión presente-) de cesión y tratamiento de datos. En todo caso, nos encontramos ante una delimitación de derechos e intereses concurrentes que necesariamente han de tener el carácter de derechos e intereses constitucionalmente protegidos⁷ (y, muy particularmente en este sentido, los de protección de datos y de libertad sindical)⁸.

2. LA DELIMITACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS

La Constitución Española recoge en el art. 18.4 una de las primeras menciones constitucionales a lo que posteriormente se ha construido como derecho de protección de datos. Conforme establece el mismo “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

⁷ Como dice el Tribunal Constitucional en una sentencia que citaremos reiteradamente por su importancia en este tema (la STC 292/2000, de 30 de noviembre) y que recoge doctrina precedente sobre los límites de los derechos fundamentales, “el derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los Poderes Públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7; 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 6; y respecto del art. 18, la STC 110/1984, FJ 5)”.

⁸ Como dice la sentencia de la Audiencia Nacional (sala de lo contencioso) de 4 de marzo de 2010 (r. 309/2009), citando doctrina precedente del Tribunal Constitucional, “desde dicha perspectiva de ponderación de derechos fundamentales en juego, que es desde la que, consideramos, ha de plantearse la controversia, indicar, como doctrina general, que el derecho fundamental a la protección de los datos efectivamente encuentra determinados límites. Pues aunque la Constitución no imponga expresamente límites específicos, ni remita a los Poderes Públicos para su determinación, como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que ha de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7, de 11 de diciembre, FJ 6; y respecto del Art. 18, la STC 110/1984, FJ 5). Esos límites o bien pueden ser restricciones directas del derecho fundamental mismo, o bien pueden ser restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental. En el primer caso, regular esos límites es una forma de desarrollo del derecho fundamental. En el segundo, los límites que se fijan lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que componen el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el Art. 53.1 CE (STC 292/2000, de 30 de noviembre)”.

Así, “con la inclusión del vigente art. 18.4 CE el constituyente puso de relieve que era consciente de los riesgos que podría entrañar el uso de la informática y encomendó al legislador la garantía tanto de ciertos derechos fundamentales como del pleno ejercicio de los derechos de la persona. Esto es, incorporando un instituto de garantía como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, pero que es también, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental⁹.

Ello justifica la opción del constituyente –según el propio Tribunal Constitucional- de especificar en el actual art. 18.4 CE “no sólo un ámbito de protección específico sino también más idóneo que el que podía ofrecer, por sí mismos, los derechos fundamentales mencionados en el apartado 1 del precepto” (STC 292/2000, de 30 de noviembre). Y es que, tal como también dispone la STC 11/1998, de 13 de enero, en su fundamento jurídico 4º, el derecho de protección de datos “además de un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, es también, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos”.

Sin embargo, la propia génesis y configuración del derecho han planteado cuestiones importantes; fundamentalmente las referidas a la ubicación correcta del mismo, a la concreción de su ámbito sobre la base de un concepto amplio de dato de carácter personal y a su conformación (derivada de la normativa internacional y comunitaria, por una parte¹⁰; y, por otra, a nivel nacional, de configuración en gran medida legal y jurisprudencial¹¹).

⁹ STC 292/2000, de 30 de noviembre; citando la STC 254/1993, de 20 de julio.

¹⁰ Convenio nº 108, del Consejo de Europa, de 28 de enero, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. A nivel de la Unión Europea, la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (cuya transposición da lugar a la LOPD).

¹¹ El carácter de derecho fundamental en sí mismo considerado, al tiempo que instrumento de otros derechos fundamentales como los mencionados no ha sido pacífico empero. En la propia doctrina del Tribunal Constitucional su consideración como derecho fundamental “autónomo”, si se nos permite la expresión, ha merecido alguna consideración, expuesta, principalmente, en el voto particular a la STC 290/00, donde los magistrados discrepantes del voto mayoritario cuestionan la ubicación constitucional de este derecho, inciden en su configuración exclusivamente jurisprudencial y parecen insistir en el carácter exclusivamente instrumental del mismo. En este sentido, el magistrado que redacta el voto particular (D. Manuel Jiménez de Parga), al que se adhiere otro magistrado (D. Rafael Mendizábal Allende) afirma que el derecho de libertad informática no está recogido expresamente en el texto constitucional y por ello, al modo de los derechos fundamentales de construcción jurisprudencial de otros ordenamientos jurídicos, ha de tener su vinculación a la dignidad de la persona, siendo este derecho (art.10.1 CE) el que proporciona a aquél “la debida consistencia constitucional” (y junto a éste, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen). Sería, a juicio de este voto particular, su encar-

En este sentido, hay una serie de cuestiones que aparecen como recurrentes y sobre las que gira el análisis que presentamos: la definición del ámbito o extensión del derecho (vinculado al propio concepto de dato de carácter personal a estos efectos); la consideración de los sujetos intervinientes; en relación con esto último, la consideración o no de la transmisión de información a éstos como cesión de datos; la extensión de los hipotéticos derechos de control de datos por parte de sus titulares (los trabajadores), sobre todo en relación a los derechos de oposición y cancelación de los mismos; y, como decíamos antes, la utilización de los datos por parte de los receptores del derecho a la información. Todas estas cuestiones surgen reiteradamente en los distintos pronunciamientos judiciales y administrativos (de la propia Agencia Española de Protección de Datos¹²) que han tratado el tema y representan, casi de forma paradigmática, gran parte de la problemática general sobre la definición y extensión del referido derecho a la protección de datos en relación con otros derechos e intereses concurrentes en la relación de trabajo.

Partamos, pues, en el sentido que decimos, de los aspectos principales de esta definición del derecho, construida principalmente por la doctrina del Tribunal Constitucional, para, posteriormente, descender a su aplicación al tema concreto que nos trae.

2.1. Los aspectos esenciales de la configuración constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales

El Tribunal Constitucional ha asentado una doctrina sobre el contenido y sobre el fundamento y naturaleza de esto que, desde diferentes perspectivas, ha venido a denominarse derecho a la libertad informática, *habeas data* o derecho de autodeterminación de los datos personales¹³.

dinación dentro de los “principios constitucionalizados” (dentro de la distinción que hace entre éstos, los “valores superiores” y los “principios generales del derecho”) donde se situaría este nuevo derecho fundamental. Sobre la construcción del derecho de protección de datos confr., por ejemplo, PALOMAR OLMEDA y GONZÁLEZ ESPEJO; “La protección de datos: su marco constitucional e internacional y el contexto del nuevo Reglamento”; en AA. VV. (Palomar Olmeda y González Espejo, dir.); “Comentario al Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (aprobado por RD 1720/2007, de 21 de diciembre)”. Thomson Civitas, 2008; particularmente en págs. 38 y ss.

¹² En multitud de supuestos como los citados en el presente trabajo; no obstante, podría destacarse, por ejemplo, en este sentido el Informe 0039/2010, que reproduce, como otros, los argumentos recurrentes de las cuestiones que traemos a colación.

¹³ Una sistematización de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia, por ejemplo, además de en la doctrina citada, en AA.VV. (Lesmes Serrano coord.); “La Ley de Protección de Datos. Análisis y comentario de su jurisprudencia”. Lex Nova 2008; págs.50 y ss.

Muchos de estos aspectos, esenciales en la conformación de un derecho, que tiene un componente de relativa actualidad muy destacado –y, por tanto, de conexión con nuevas formas de utilización de la información–, se reflejan en la necesaria delimitación frente a posibles injerencias que hasta ahora no se habían comprendido como tales.

Como hemos visto, el Tribunal Constitucional parte de la consideración del derecho a la protección de datos como “un nuevo derecho fundamental frente a nuevas formas de amenaza”. Lo configura, pues, como un instituto de garantía frente a estas “nuevas formas de amenaza” derivadas de la utilización progresiva de la información referente a la persona y de las que, como afirma, ya era inicialmente consciente el legislador constituyente. Estamos, por tanto, ante un derecho fundamental en sí mismo¹⁴, definido como un “derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (*habeas data*)”, que comprende, “entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención” (STC 254/1993, de 20 de julio).

El derecho a la protección de datos consiste, pues, al menos, “...en un poder de disposición y control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso” (STC 292/2000, de 30 de noviembre)¹⁵. “Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el

¹⁴ Como afirma la STC 290/2000, de 30 de noviembre, que analiza el recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la antigua LORTAD –ya derogada en el momento del pronunciamiento del Tribunal Constitucional–, en relación con la previsión del art. 18.4 de la Constitución, “es procedente recordar que este precepto, ... contiene un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos que es, además, en sí mismo, un derecho fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la divinidad y a la libertad de la persona prevenientes de un uso ilegítimo del tratamiento automatizado de datos, lo que la Constitución llama informática” (cita en este sentido sentencias como la 254/1993, de 20 de julio; 143/1994, de 9 de mayo; 11/1998, de 13 de enero; 94/1998, de 4 de mayo y 202/1999, de 8 de noviembre). En todo caso, este derecho a la protección de datos trasciende claramente la mera utilización de la informática y se extiende a cualquier utilización torticera de los datos de carácter personal del ciudadano, cualquiera que sea el soporte utilizado, lo que le sirve para justificar su referida consideración como derecho fundamental en sí mismo distinguiéndose, aun con los matices que diremos, del derecho a la intimidad.

¹⁵ Sigue afirmando (en el fundamento jurídico 7 de esta sentencia) que “son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos”. O como afirma la STC 290/2000, en su fundamento jurídico 7º, “en suma, el derecho fundamental comprende un conjunto de derechos que el ciudadano puede ejercer frente a quienes sean titulares, públicos o privados, de ficheros de datos personales, partiendo del conocimiento de tales ficheros y de su contenido, uso y destino, por el registro de los mismos”.

reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele” (STC 292/2000 citada).

El contenido del derecho a la protección de datos conlleva, pues, una pluralidad de derechos básicos. Además del consentimiento previo que con carácter general debe informar cualquier recogida o cesión de datos (con las excepciones conocidas), se ha de garantizar al titular el derecho a ser informado de quién posee sus datos de carácter personal. Asimismo, el titular tiene un derecho genérico a disponer y controlar el uso de los datos. Ello se garantizará a través de una serie de derechos que incluyen el de oposición a que un tercero pueda ser poseedor de los datos y, en todo caso, a que éstos sean utilizados para fines distintos de su legítimo uso. Todo lo anterior, además, sobre la base también de una serie de derechos instrumentales para hacer efectivo esta facultad de control; derechos todos que tendrán su reflejo en la propia norma legal que finalmente diseña y define los contenidos precisos de este derecho general de *habeas data*.

Sin embargo, la configuración positiva de este derecho se ha comprendido con una extensión general que no ha tomado en cuenta, salvo desde perspectivas también bastantes genéricas, la más que posible concurrencia con otros derechos fundamentales o intereses constitucionales. Y, por tanto, no ha considerado la confluencia de sujetos titulares de estos otros derechos o intereses.

Sólo a través de la regulación contenida sobre cesión y transmisión de datos (art. 11 de la LOPD) parece tenerse en consideración, aun indirectamente, los problemas de relación entre derechos e intereses protegibles cuando concurren distintos sujetos titulares de los mismos. Con todo, ésta sólo incide prácticamente (como en la recogida de datos) en la necesidad o no del consentimiento previo a la cesión de datos por parte del titular de los mismos, cuando es conocido que la cuestión muchas veces trasciende este aspecto (por importante y, sobre todo, significativo que sea). No se resuelven en cambio los problemas de concurrencia ni de intereses o derechos en juego, ni de sus respectivos titulares (mucho menos cuando afectan a derechos de representación o colectivos).

Además, en esta relación propia del Derecho del Trabajo, la cuestión adquiere una nueva perspectiva no desdeñable: la concurrencia de derechos de marcado carácter individual (como el derecho personalísimo a la protección de datos) con derechos colectivos protegidos (unos y otros) constitucionalmente (o asociados, cuando menos, a otros derechos protegidos en juego relacionados con las funciones de la representación de los trabajadores).

Esta cuestión, que podemos encontrarla presente en la doctrina de la jurisprudencia ordinaria¹⁶, no la contempla el Tribunal Constitucional cuando analiza la cuestión desde la perspectiva de la afectación del derecho a la protección de datos. Sólo aparece como construcción en la relación entre dicha transmisión de información y el derecho a la intimidad contenida en la sentencia 142/1993, de 22 de abril. Éste parece definitivamente primar en todo caso el derecho de protección de datos y su contenido desde una perspectiva individual (como sin duda tiene el derecho en cuestión), y no contempla en líneas generales la admisión de su matización por la concurrencia de otros derechos o intereses de carácter colectivo¹⁷.

El Tribunal Constitucional ha partido siempre (no así gran parte de la jurisprudencia o la doctrina judicial ordinaria) de una concepción amplia, sin excepciones, del derecho de protección de datos, tomando como referencia la idea de que se trata de un derecho fundamental diferenciado y con un contenido concreto bastante preciso¹⁸.

Por tanto, desde esta primera aproximación, es evidente la dificultad de compaginar la efectividad de un derecho marcadamente individual como el de protección de datos en el entorno de la relación laboral; y particularmente en relación con los derechos colectivos de los trabajadores y sus representantes. Partiendo de la obvia aplicación en la relación de trabajo o en sus confines, el derecho a la protección de datos ha planteado en su configuración determinadas dudas que han exigido una construcción sucesiva desde el punto de vista doctrinal. Su propia génesis, su relación con el derecho a la intimidad, la conformación constitucional como derecho en sí mismo y como derecho instrumental de aquél y, pese a ello, la diferencia en la definición de uno y otro han dado origen a una importante discusión sobre cuál sea su ámbito correcto en la relación laboral, en general, y en relación con los derechos colectivos en particular.

No obstante, como vemos, la doctrina constitucional insiste en los aspectos destacados y concibe al derecho con una amplitud que, en líneas generales, no toma en cuenta la limitación a que somete, por ejemplo, al derecho a la intimidad en conexión con otros intereses concurrentes en la relación laboral.

¹⁶ Vid., en este sentido, la importante sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2011 (r. casación nº 168/2010) que apoyándose literalmente en doctrina del Tribunal Constitucional citada por la sentencia 142/1993, de 22 de abril, afirma que “es constitucionalmente justificable el virtual sacrificio de la esfera de lo individual en función de los intereses colectivos tutelados por la representación del personal...”

¹⁷ Como así parece tener presente en el Auto nº 29/2008, de 28 de enero.

¹⁸ Vid. el auto citado y la referencia del mismo al concepto de dato personal que maneja la importante sentencia –reiteradamente citada– 292/2000, de 30 de noviembre.

Por ello es importante apuntar esta diferencia, una distinción que parte del distinto objeto a que se refiere uno y otro derecho en la construcción de los mismos.

2.2. El objeto del derecho a la protección de datos: la diferencia entre derecho a la intimidad y derecho a la protección de datos

Efectivamente, el contenido del derecho a la protección de datos, y su propia consideración como derecho fundamental –sin perjuicio de su carácter instrumental respecto a otros derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, o, incluso, el honor-, y sobre todo su extensión, se vinculan al propio objeto del mismo; un objeto que, conforme la doctrina del Tribunal Constitucional, se ha definido de manera más amplia que aquellos otros derechos fundamentales –principalmente el derecho a la intimidad- a que puede servir de instrumento.

Siguiendo dicha doctrina, el objeto de la protección de datos como derecho fundamental “no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona”, sino que se amplía “a cualquier tipo de dato personal sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 C.E. otorga, sino los datos de carácter personal” (STC 292/2000, de 30 de noviembre).

Por dato personal, pues, si atendemos a esta doctrina, no sólo hay que entender aquél que afecte al derecho a la intimidad del individuo, sino todos aquellos que puedan afectar al ámbito más amplio de su privacidad, que permitan su identificación. Como afirma la citada sentencia, “el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo”.

Ello ha conllevado que se identifique el objeto de este derecho fundamental autónomo con un concepto más amplio que el correspondiente al derecho a la intimidad. Se trata del concepto de “privacidad”¹⁹, que parece haberse admitido

¹⁹ En este sentido, confr. CARDONA RUBERT; “Tratamiento automatizado de datos personales del trabajador”; Revista de Trabajo y Seguridad Social nº 83; pág. 92. También, confr. DE VINCENTE PACHÉS; “El derecho del trabajador al respeto de su intimidad”, CES, 1998; págs. 52 y ss. La doctrina constitucional, como vemos, acude al concepto de privacidad como un concepto con límites más amplios que el más estricto ámbito de protección del derecho a la intimidad. Vid. la jurisprudencia constitucional citada a lo largo del presente trabajo.

acríticamente –quizá erróneamente si atendemos a su propia génesis²⁰- como concepto distinto de la intimidad²¹.

En todo caso, de aceptar esta distinción, que parece consolidada en la jurisprudencia constitucional, habría que asumir que la misma no es una mera cuestión nominal. No es baladí. Y lo es menos aún en el ámbito de la relación laboral.

²⁰ Efectivamente. Pese a esta distinción jurisprudencial y de la doctrina constitucional, la privacidad (privacy) no es sino una traducción del concepto anglosajón al propio derecho de intimidad continental. Sobre el tema, basta acudir al clásico de WARREN y BRANDEĪS; “The right to privacy”; Harvard Law Review, vol IV, nº 5, 1890. En su edición en castellano: “El derecho a la intimidad” (edición a cargo de B. Pendás y P. Baselga); Civitas, 1995. Vid., asimismo, desde una perspectiva constitucional y de derecho comparado RUIZ RUIZ; “Privacy in telecommunications. A european and an American approach”; Kluwer Law Internacional, 1997; especialmente en págs. 36 y ss. También, DEL REY GUATER; “Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo. Una aproximación a la ‘intimidad informática’ del trabajador”; RR.LL. II/1993”; págs. 138 y ss. Al respecto, es interesante la vinculación de la protección de datos al derecho a la intimidad (sin cuestionarla –también al honor y a la propia imagen) y la construcción de este derecho (con su perspectiva histórica) que hace REBOLLO DELGADO; “Derechos fundamentales y protección de datos”. Dykinson, 2004; págs. 27 y ss.

²¹ En este sentido, como afirma el Tribunal Constitucional (STC 292/2000, fundamento jurídico 6) “la función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad” (cita la STC 144/1999, de 22 de julio); en cambio, “el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado”. Como concluye el Tribunal Constitucional, el derecho a la intimidad conlleva “el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida”; el derecho a la protección de datos, “garantiza un poder de disposición sobre estos datos”. Es, recordemos, lo que se denomina generalmente habeas data.

Por ello, el objeto del derecho a la protección de datos es más amplio que el objeto del derecho a la intimidad, aunque ambos pertenezcan al ámbito personal del ciudadano. La distinción está, como sigue afirmando el Tribunal Constitucional, en que “el derecho a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar o cualquier otro bien constitucionalmente amparado”.

Es interesante, sin duda, las reflexiones que pese a lo dicho justifican la distinción entre ambos conceptos (aun cuando reconoce que la traducción de privacy es intimidad) por la mayor amplitud del primero respecto del segundo y que hace CONDE ORTIZ; “La protección de datos personales. Un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad”. Dykinson, 2005; págs. 23 y ss. También acude a la definición de la RAE que justifica también como más restrictivo que el de intimidad. Empero, en nuestra opinión, una cosa es la definición del objeto del derecho de protección de datos y otra su fundamento (originalmente al menos idéntico) y otra distinta el establecimiento de límites como vamos a ver a lo largo de este trabajo (y como destaca la autora respecto los derechos de intimidad y honor personal: op. cit. pág. 30).

Como decimos, esta distinción ha adquirido especial relevancia en el ámbito laboral por cuanto se ha construido una doctrina que aporta resultados diferentes: a) desde la perspectiva del derecho a la intimidad, porque en ella sí se ha intentado delimitar el objeto de este derecho con concurrentes intereses (y derechos) constitucionalmente protegibles (también relacionando los niveles individual y colectivo)²²; pero, b) desde la perspectiva de la protección de datos, en cambio, porque el amparo constitucional se ha centrado principalmente en el análisis de la pertinencia (del respeto al principio de finalidad si se prefiere) en la recogida de datos (realmente uno de los aspectos más importantes, pero previo en todo caso) no aceptando limitación alguna al derecho del trabajador por su inclusión en la estructura organizativa que es la empresa ni en los supuestos derivados de derechos de otros sujetos como los representantes de los trabajadores.

A nivel legal (con alguna particularidad, a nivel reglamentario²³) sólo se ha atendido la exigencia o no de consentimiento expreso previo del trabajador en la recogida o cesión de datos. Por tanto, no se ha producido un estudio más pormenorizado (o una regulación de supuestos más específicos) que tuvieran en consideración la extensión del objeto del derecho de protección de datos ni, por supuesto, la extensión del contenido del derecho (de la aplicación, por ejemplo, de los denominados derechos de las personas del Título III de la LOPD) en conexión con otros derechos o intereses (empresariales o de los representantes de los trabajadores) constitucionalmente protegibles.

Ejemplo reciente de ello es que, cuando el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la extensión del derecho a la protección de datos en una relación de trabajo (como, por ejemplo, en la reciente sentencia 29/2013, de 11 de febrero), ha partido de la distinción, en cierta medida forzada, de los supuestos ligados a este derecho y de los ligados a la tutela de los derechos de intimidad, aun cuando se planteen en casos concomitantes si no iguales²⁴.

²² Confr. con claridad el planteamiento de la sentencia del Tribunal Constitucional 142/1993, de 22 de abril, recurrente en este tema por contener una doctrina que contrasta con la mantenida respecto al derecho de protección de datos y por ser reiteradamente utilizada por la jurisprudencia ordinaria precisamente en relación este derecho.

²³ Donde se incluye alguna particularidad en la medida en que excluye del ámbito objetivo de aplicación los ficheros de identificación de personas que presten sus servicios en personas jurídicas (art. 2.2 del Real Decreto 170/2007).

²⁴ De tal forma que llega a distinguir la solución según fuera el derecho fundamental alegado en los respectivos recursos de amparo (confr. fundamento jurídico 6), para de esta forma discriminar la solución a que llegan distintos pronunciamientos (la sentencia 98/2000, de 10 de abril, frente, por ejemplo, a la doctrina contenida en la sentencia 292/2000, de 30 de noviembre). Muy interesante, al respecto, el voto particular planteado por el magistrado Sr. Ollero Tassara.

Por eso, la distinción de ambos objetos (el propio del derecho a la intimidad y el del derecho a la protección de datos) ha representado una cuestión clave en el ámbito laboral (que derivará a alguna incoherencia o incongruencia destacable, como en nuestra opinión sucede con el cuestionamiento o discusión sobre la propia delimitación del derecho y del concepto de dato personal, aspecto esencial en este tema).

Esta cuestión se revela como esencial a los efectos del análisis que proponemos, teniendo siempre en consideración la complejidad del tema, si la aproximación se hace *sensu contrario*. Es decir, desde la perspectiva negativa del contenido y extensión de ambos derechos fundamentales en la relación laboral; o, si se quiere, desde la perspectiva de cuál es la amplitud con la que podrían entenderse las limitaciones en el ámbito del derecho de protección de datos, tal como ocurre respecto al derecho a la intimidad.

Si se han permitido ciertas dosis de injerencia en el ámbito de la intimidad del trabajador en la relación laboral (incluso desde la perspectiva legal –art. 18 del Estatuto de los Trabajadores como ejemplo paradigmático–), en qué medida pueden establecerse las mismas en relación con el derecho de protección de datos si el objeto de este derecho fundamental –además de su carácter instrumental respecto de aquél– es más amplio (la privacidad) que el referido derecho a la intimidad.

Este es un tema particularmente importante en relación con los derechos de información de los representantes de los trabajadores. Baste para ello contrastar la doctrina contenida en la STC 142/1993, de 22 de abril. Dicha sentencia justificó la constitucionalidad de la remisión de la copia básica de los contratos –obligación ahora contenida en el art. 8.3 del Estatuto de los Trabajadores–, admitiendo que no había vulneración del derecho a la intimidad de los trabajadores por la remisión de dicha copia básica aunque en la misma se contuvieran los datos sobre la retribución del trabajador que debían constar en la citada copia básica. El Tribunal Constitucional rechazó en ese momento –sin plantear la cuestión desde la perspectiva de la posible afectación de datos de carácter personal, que efectivamente podían contenerse si la aproximación se hubiera hecho desde la perspectiva de este derecho–, la preferencia del derecho individual del trabajador. Precisamente esta es la doctrina de base que ha sido reiteradamente citada por la jurisprudencia ordinaria cuando la misma ha admitido, mayoritariamente podríamos apuntar, el derecho de acceso a la información por parte de los representantes de los trabajadores²⁵.

²⁵ No es el único caso, también si nos atenemos a la propia jurisprudencia constitucional citada en la reciente STC 29/2013, de 11 de febrero, nos encontramos con aproximaciones donde el propio Tribunal Constitucional muestra cómo la solución llega a ser claramente distinta cuando se plantea desde la perspectiva del derecho a la intimidad o desde la perspectiva del derecho a la protección de datos en supuestos de control de la actividad empresarial, aunque los casos sean sustancialmente iguales.

Aquí se pone de manifiesto, en gran parte, la posible contradicción que traemos a colación (por consiguiente, la necesidad de concordancia) y que puede derivar de la aproximación desde distintas perspectivas (derecho de protección de datos, derecho a la intimidad) de un mismo derecho de información de los representantes.

Esta cuestión, que se extiende, como vemos, en relación con los mecanismos posibles de injerencia del empresario a través de sus facultades o potestades de control en el contenido del derecho a la intimidad del trabajador o de la protección de datos según los casos²⁶, plantea una derivada interesante: si la doctrina existente permite cierto debilitamiento del derecho a la intimidad a favor de estos otros derechos o intereses, ¿debe ocurrir de igual forma respecto al derecho de protección de datos si atendemos la mayor extensión objetiva del mismo?; y si no fuera así, ¿qué justificación tendría impedir el acceso a la información a los representantes de los trabajadores?; ¿dónde está la distinción entre uno y otro fundamento para admitir en casos similares soluciones distintas?

Nos encontramos, evidentemente, ante una cuestión de límites; pero también, con los antecedentes reseñados, ante una cuestión de concreción del objeto de los derechos fundamentales en juego –y, como veremos, de consideración de los propios sujetos intervinientes–.

Empero, no se trata de una cuestión resuelta; antes, al contrario.

Desde distintas instancias se ha llegado a soluciones divergentes que, además, y quizá esto sea lo más destacado, ponen el énfasis en diferenciar aspectos sustanciales en la propia conformación de los derechos en cuestión y en su relación de límites o preferencias.

Puede ser complejo llegar a conclusiones definitivas; pero al menos es imprescindible, en nuestra opinión, intentar situar lo más precisamente posible el ámbito correcto de protección de ambos derechos (protección de datos e intimidad) en relación con otros derechos e intereses concurrentes (como en el caso que analizamos, el derecho de información de los representantes de los trabajadores).

²⁶ Es más, esta pregunta alcanza una mayor magnitud cuando se constata que aquella doctrina constitucional y jurisprudencial se refiere a supuestos de utilización de mecanismos de videovigilancia o de control electrónico en el lugar de trabajo o de las comunicaciones del trabajador; supuestos especialmente considerados como posible afectación del derecho de protección de datos de carácter personal. Baste contrastar, a estos efectos, el documento específico del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos creado a tenor de lo dispuesto en el art. 29 de la Directiva 95/46 relativa “a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo”. Vid. a este respecto la cuestión que deriva de la distinta doctrina del propio Tribunal Constitucional según el supuesto analizado sea referido a la protección del derecho a la intimidad o a la protección de datos. Así es interesante la reciente STC 29/2013, de 11 de febrero, antes citada y los esfuerzos de la misma por justificar la propia diferencia de aproximación a la cuestión.

En este sentido, habría que relativizar la distinción de fundamentos de protección de uno y otro derecho. Es cierto que el derecho de protección de datos responde a una nueva necesidad, que amplía las posibilidades de intromisión en la esfera personal del trabajador; pero ello no quiere decir indefectiblemente que el ámbito, o, mejor, el fundamento, de protección de ambos derechos sean necesariamente distintos. Simplemente exige una mayor amplitud en la comprensión del objeto del derecho de protección de datos, no que sus límites sean distintos de los admitidos para el derecho a la intimidad del que, además, proviene.

Lo contrario supone llegar a soluciones divergentes que pueden proporcionar elementos de distorsión e incluso incongruencia importantes (y que se destacan en el presente trabajo), tales como una diferente definición de qué sea dato de carácter personal, de cuándo se entiende vulnerado el derecho a la intimidad y no el derecho a la protección de datos. Por tanto, soluciones divergentes e incongruentes cuando ante supuestos iguales se aborda la concurrencia de estos derechos fundamentales (de idéntico origen por lo visto) con otros derechos e intereses constitucionales también dignos de protección.

Efectivamente y de manera muy particular, muchas de estas cuestiones de relación y de límites se plantean, como decimos, cuando el objeto del derecho a la protección de datos, de claro contenido individual por su carácter personalísimo, concurre con otros derechos e intereses constitucionalmente protegidos que afectan a los representantes colectivos de los trabajadores. Concretamente respecto a los derechos de información de estos en la medida en que el contenido de ésta puede colisionar con los derechos asociados al “habeas data” del trabajador individual. Si la garantía que para los trabajadores puede suponer el ejercicio por parte de los mismos de las funciones que legalmente tienen reconocidos (y que entroncan directa e indirectamente con algunos derechos fundamentales de estos mismos trabajadores –libertad sindical, pero también participación y, en la medida en que sea un instrumento para garantizarla, igualdad de trato-) coincide con el derecho individual a la protección de datos de carácter personal se plantean cuestiones que no toma nunca en consideración la ley, que exige una aproximación adecuada y que requiere evitar la que entendemos es una falta de coincidencia importante entre aquellos quienes en última medida tienen la potestad de aplicar la norma.

Que el legislador no haya tenido en consideración esta peculiaridad es un débito importante de éste, sobre todo porque, como hemos destacado (y como contempla la dicción del texto constitucional), la construcción del derecho a la protección de datos tiene un claro componente legal. Por ello, se han planteado problemas como los que destacamos en el presente trabajo. Por ello, también, se requiere una solución coherente que contemple efectivamente la extensión de los derechos individuales en juego con la amplitud que se exige para los nuevos riesgos ante los que pretende dar respuesta y protección, pero sin obviar que

estamos ante un derecho que comparte fundamento con el derecho a la intimidad, que sí se ha construido teniendo en cuenta la concurrencia con otros derechos e intereses constitucionalmente protegidos. Si existe un antecedente, si la distinción entre uno y otro ámbito se basa esencialmente en la necesidad de ampliar el objeto de protección del derecho a la protección de datos por los nuevos riesgos frente a los que sirve de respuesta pero no modifica su fundamentación, y si el legislador no ha tenido en cuenta la concurrencia con otros derechos e intereses constitucionales (en este caso de carácter colectivo, que tienen además una perspectiva diferencial) es evidente que hay que plantear una (nueva) construcción del derecho que tome en cuenta estas consideraciones, que huya de planteamientos relativamente simplistas y que de partida aplique la doctrina sobre contenido esencial de los respectivos derechos concurrentes. No ha sido así como veremos. Se han acudido a cuestiones como la discusión sobre el concepto de dato personal (que no debería ser plantada), la consideración de los representantes de los trabajadores como terceros o la aplicación, a estos efectos, de las normas sobre cesión o transmisión de datos; pero no se ha planteado con claridad una doctrina general sobre la eficacia de los derechos de información de los representantes que no afectara al contenido esencial del derecho a la protección de datos y a la intimidad de los trabajadores individuales.

En las siguientes líneas vamos a poner de manifiesto algunos de los aspectos que estamos apuntando. Veremos cómo la jurisprudencia, ordinaria y constitucional, ha llegado a soluciones diferentes para intentar coherencia, con perspectivas muy distintas, la cuestión de límites entre derechos fundamentales que está en juego. La divergencia y la que hemos llegado a calificar como incongruencia de planteamientos se pone de manifiesto para concluir en soluciones distintas que habría que evitar en lo posible.

3. DERECHOS DE INFORMACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES Y DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

3.1. Un tema recurrente, la difícil relación entre derechos de información de los representantes de los trabajadores y protección de datos de carácter personal

Muchas de las cuestiones planteadas anteriormente con carácter general se encuentran en los supuestos en que determinados derechos de información de los representantes de los trabajadores (expresamente reconocidos en algunos casos) tienen por objeto contenidos que afectan a trabajadores individuales (como su propia retribución) y, por tanto, pueden concurrir e incluso colisionar con aspectos del derecho a la protección de datos de éstos.

Como hemos venido diciendo, dicha colisión no es sólo de intereses entre sujetos concurrentes (que por el propio carácter de representantes de aquéllos podría cuestionarse o relativizarse) sino también de contenidos. De aquellos contenidos que conforman el conjunto de derechos que configura aquel genérico de protección de datos, por una parte; y, por otra, de aquellos que conforman la propia efectividad del derecho de representación colectiva de los representantes (y del derecho a ser representados de los trabajadores o profesionales individuales); también de aquéllos que se refieren a los deberes que corresponden al empleador en cuanto que garante necesario de unos y otros derechos e intereses (como tal, en su caso, a la administración pública, cuyos gestores deben encontrarse especialmente sometidos a un principio de legalidad y de juridicidad).

Siendo así, la “litigiosidad” que deriva de la efectividad de estos derechos de información reclamados en su caso por sus propios titulares frente a la necesidad alegada de protección de datos personales ha sido evidente. Tanto que, en nuestra opinión, refleja con meridiana claridad los problemas de (falta de) delimitación correcta –y necesaria- del ámbito de protección de datos en la relación de trabajo de manera –ya lo hemos dicho- paradigmática²⁷.

Efectivamente, en determinados casos, la ley, o la negociación colectiva, han contemplado el derecho de acceso a determinadas informaciones por parte de los representantes de los trabajadores. En particular sobre las retribuciones o sobre algunas partidas retributivas de los trabajadores. Este deber de información correspondería obviamente al empleador (concretamente se planteaba con especial incidencia respecto a la administración pública, en su momento, por la propia disposición legal al respecto) y sería necesaria para asegurar la propia función de los representantes de los trabajadores de control y fiscalización del cumplimiento de las normas reguladoras de las condiciones de trabajo laborales por parte del empleador, dado que la motivación de tales derechos de información solo conseguiría su efectividad si se concretaba la misma individualmente²⁸. En estos casos, se

²⁷ Un análisis previo sobre la cuestión Apilluelo Martín; “Derecho de información del delegado sindical a las retribuciones de los trabajadores y derechos a la libertad sindical y a la protección de datos de carácter personal”; Aranzadi Social 28/2011 (BIB 2011/1037).

²⁸ El caso más concreto se refería a los supuestos de información sobre las partidas devengadas y abonada en concepto de productividad. Al tratarse de una única partida a repartir –de conformidad con los distintos criterios de cumplimientos de objetivos, evaluación del desempeño...- entre los profesionales concurrentes, la labor de fiscalización efectiva sólo era posible con una concreción lo más precisa posible de las informaciones. Este era además el sentido de la norma contenida en el art. 9.4 de la Ley 11/1987, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las administraciones públicas a que después nos referiremos.

planteaba, por parte del empleador en primer lugar, si no se estaría vulnerando los derechos de protección de datos de los trabajadores individuales cuando tal información se requería individualizada respecto de los trabajadores o profesionales concretos. Asimismo se cuestionaba hasta dónde llegaría, en su caso, el derecho de los representantes; si podrían recibir la información y si podrían transmitirla a sus representados. Por supuesto, se cuestionaba también hasta dónde llegaba, y cómo se haría efectivo, el derecho de control sobre los datos en cuestión por parte de los trabajadores individuales y cuál podría ser, en su caso, la responsabilidad del empresario –también en un segundo momento de los representantes- como hipotéticos responsables del tratamiento.

Un primer origen de la cuestión (aunque no único ya que se puede encontrar en otros supuestos) se hallaba en la previsión legal contenida originalmente en el art. 9.4 de la Ley 9/1987²⁹. Según establecía el mismo, las juntas de personal y los delegados de personal tendrían derecho a “tener conocimiento y ser oídos en las siguientes cuestiones y materias: (...) c) Cantidades que perciba cada funcionario por complemento de productividad”³⁰.

De igual forma, y por asimilación a ésta, se estimaba la existencia del mismo derecho de los representantes de los trabajadores (comités de empresa y delegados de personal) aunque, en este caso, dentro de la facultad genérica reconocida en el art. 64 del Estatuto de los Trabajadores (cuyos derechos de información se extenderían a los delegados sindicales por la propia previsión de la Ley Orgánica de Libertad Sindical); una norma que, con los matices que habría que hacer, se trasladaría al art. 40 del Estatuto Básico del Empleado Público respecto a la representación de los funcionarios. Particularmente, estas previsiones contenían, para los representantes de los trabajadores, el reconocimiento de una labor de “vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral” [art. 64.7.a).1º del Estatuto de los Trabajadores]; y para las juntas de personal y delegados de personal de los funcionarios públicos, similar

²⁹ Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las administraciones públicas; derogada, salvo su art. 7, por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto del Empleado Público. Por tanto, esta previsión fue derogada por la citada norma.

³⁰ Similar previsión se encontraba en el art. 23.3.c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, que expresamente reconocía que “en todo caso, las cantidades que perciba cada funcionario por este concepto (productividad) serán de conocimiento público de los demás funcionarios del Departamento u Organismo interesado así como de los representantes sindicales”. Después volveremos sobre la polémica que crea esta previsión y la doctrina de la AGPD al respecto (que concluye con el mantenimiento del derecho de los funcionarios a tal información y la negativa de la misma a los delegados sindicales por la derogación de dicha norma por el Estatuto Básico del Empleado Público). Confr., por todos, Informe 0137/2010.

función de “vigilar el cumplimiento de las normas vigentes en materia de condiciones de trabajo...” [art. 40.1.e) del Estatuto Básico del Empleado Público]³¹.

Siendo así, en el supuesto concreto que da lugar a la controversia más clara³², que nos sirve de referencia para la construcción de lo que decimos, y que, por tanto, tiene un carácter paradigmático importante, partía de los siguientes parámetros:

- a) nos encontramos con una partida presupuestaria destinada al abono de unas retribuciones vinculadas a productividad, que se medía en función de distintos criterios y que individualmente se trataba de una partida variable de la retribución global del profesional;
- b) dicha partida presupuestaria se encontraba establecida en las normas negociadas (o en las propias leyes de presupuestos si afectaba a una administración pública);
- c) como mecanismo de control y fiscalización generalmente nos encontramos con normas legales o convencionales que reconocían el derecho de acceso a la información correspondiente por parte de los representantes;
- d) se planteaba si dicha información debía descender a los datos precisos sobre la cantidad devengada por cada profesional o, en su caso, si debía disociarse o darse con carácter global;

³¹ Sin embargo, la AGPD, como decíamos, niega la posibilidad de transmitir la información a los representantes de los funcionarios públicos al desaparecer expresamente el derecho concreto a conocer las cantidades percibidas por cada funcionario por productividad y sustituirse (derogarse para la Agencia) por la previsión general señalada. Llega a la conclusión de que se mantienen, conforme al criterio de la Abogacía del Estado, los derechos individuales de los funcionarios del departamento a obtener dicha información. Así confr. el citado Informe 0137/2010 y los Informes 0529/2009 y 0384/2010.

³² Por ejemplo en la planteada en el Auto nº 29/2008, de 28 de enero, del Tribunal Constitucional y en sus antecedentes: sentencia de la Audiencia Nacional (sala de lo contencioso administrativo) de 9 de febrero de 2005 (r. 110/2004). También en el caso enjuiciado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sala de lo social) de 5 de octubre de 2010 (r. 2027/2010). En estos casos, se acepta, de una u otra forma, los reparos a la hora de aportar la información requerida por los representantes de los trabajadores bajo el criterio general de protección de datos de los trabajadores (o, en su caso, la posición previa de la Agencia Española de Protección de Datos). A favor del derecho de los representantes y la limitación consiguiente de una concepción amplia del derecho de protección de datos (en un caso similar) podemos encontrar, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo social) de 19 de febrero de 2009 (r. casación nº 6/2008) o las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia (sala de lo social) de Madrid de 4 de noviembre de 2011 (r. 4448/20119) o del País Vasco de 16 de mayo de 2006 (r. 607/2006). Importante es también la sentencia de la Audiencia Nacional (sala de lo social) de 2 de noviembre de 2010 (nº 105/2010).

- e) en muchos casos, por parte de la representación de los trabajadores se entendía que, por la propia configuración del devengo en sí, sólo a través de un conocimiento preciso y personal de la cuantía en cuestión se podría completar la función de fiscalización y control que correspondería a ésta, tanto en el modo de cálculo –respecto a sus representados– como en la correcta actuación y cumplimiento de sus obligaciones por parte de la empresa o administración pública;
- f) por parte del empleador surgía recurrentemente la duda de si se afectaba el derecho de protección de datos de los propios profesionales si se transmitía la información sobre el devengo de cada uno de ellos a los representantes y por tanto si la propia transmisión de la información podría vulnerar su hipotética posición de responsable de tratamiento de datos de carácter personal de los empleados; asimismo se planteaba si era necesaria o no (conforme lo previsto en el art. 11 de la LOPD) el consentimiento previo de los trabajadores o empleados afectados por las respectivas informaciones (en principio todos);
- g) asimismo se planteaba qué uso podrían hacer los representantes de la información en su caso suministrada y cómo se controlaba una (posible) utilización inadecuada de la misma. En este sentido, el planteamiento fundamental era si la representación de los trabajadores podría acceder a la información pero no podrían transmitirla o, por el contrato, la función de fiscalización que les correspondería se completaba con la información que podrían transmitir a todos sus representados.
- h) finalmente se planteaba cuál sería la admisión posible de los trabajadores individuales respecto al ejercicio de sus derechos de oposición (o cancelación) de los trabajadores en estos casos.

No era el único caso planteado en relación con los derechos de información de la representación de los trabajadores. Se habían planteado cuestiones litigiosas en otros supuestos. Por ejemplo, se había cuestionado el derecho de los promotores de candidaturas a representantes de los trabajadores a acceder en su caso a los censos electorales o laborales³³ o el derecho a acceder a los datos sobre nombramientos o contratos temporales en el ámbito de una administración pública (personal estatutario)³⁴.

De cualquier forma, en todos estos supuestos se vienen a plantear, con carácter general, los mismos problemas: la delimitación de cuál es el concepto de dato personal –que condiciona el propio ámbito legal del derecho–; la consideración de los representantes de los trabajadores a estos efectos (como

³³ Sentencia de la Audiencia Nacional (sala de lo social) de 28 de abril de 2006 (nº 38/2006).

³⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sala de lo social) de 29 de abril de 2009 (r. 914/2008).

terceros, o no, receptores de los referidos datos; como responsables, en su caso, de su posterior tratamiento, y, por tanto, cuestionando su propia posición jurídica al respecto); o, la relación de concurrencia (prevalencia) de unos derechos o intereses constitucionalmente protegidos con otros (incluido, desde la perspectiva que sugeríamos antes, la visión de posible preferencia de lo colectivo sobre lo individual, algo propio de las relaciones laborales pero ajeno a la conformación de los distintos aspectos del derecho a la protección de datos). Todo ello, además, sin perder la vista la aplicación de normas como la contenida en el art. 11 de la LOPD –clave en este sentido- que implica plantear si estamos no ya ante la necesidad de exigir consentimiento previo del trabajador sino si efectivamente la relación laboral en sí misma supone implícitamente la transmisión de datos indefectiblemente, dado que consustancial a la misma el concurso de la representación de los trabajadores y la necesidad de asegurar la efectividad de sus funciones (entre otras de control y fiscalización –que, además, garantizan el cumplimiento de otros derechos a los que acude la doctrina jurisprudencial como puede ser, además de la libertad sindical, el derecho de igualdad entre los afectados).

3.2. Los aspectos fundamentales del tema: la necesaria delimitación de derechos concurrentes

Sin duda la cuestión básica en este tema está en la tantas veces referida concurrencia de derechos en cuestión y, en su caso, en la necesaria delimitación entre los mismos. A ello se une la distinta percepción y comprensión de dichos derechos y, en su caso, de los sujetos titulares (trabajadores y sus representantes) de los mismos.

Como hemos dicho y es conocido, el tratamiento de esta cuestión no ha sido uniforme desde la doctrina jurisprudencial y constitucional. Si tuviéramos además que sistematizar o simplificar dicho tratamiento, podríamos decir que, por una parte, nos encontramos con una doctrina posiblemente mayoritaria –entre la que situar la propia posición del Tribunal Supremo- que sitúa la protección del derecho individual del trabajador en el entorno más próximo a la doctrina preexistente sobre el derecho a la intimidad en la relación laboral que en una construcción específica sobre el derecho específico a la protección de datos; y, por otra, con una doctrina seguramente minoritaria pero en la que habría que situar al propio Tribunal Constitucional –y que podría coincidir con las propias tesis de la AGPD- que pretende dar una mayor extensión al derecho a la protección de datos, en concordancia a cómo la doctrina constitucional ha construido, según hemos visto, el derecho a la protección de datos y lo ha fundamentado en un concepto más amplio (y distinto) que el de la intimidad.

Sobre esta base –que tiene realmente cierta dosis de simplificación pero, al tiempo, cierto valor aproximativo- se han planteado distintos temas en relación con la cuestión.

De esta forma, se ha planteado cuál es a estos efectos el ámbito de aplicación del derecho a la protección de datos (y si, por consiguiente, se están vulnerando otros posibles derechos o intereses constitucionalmente protegibles como el derecho a la libertad sindical -con los que concurrirían- y otros asociados directa o indirectamente a las funciones de control y fiscalización de la representación de los trabajadores como el derecho a la igualdad). En este sentido, se ha cuestionado directamente el propio concepto de dato personal a estos efectos y, por tanto, la propia extensión del derecho de protección.

Pero, además, al hilo de la referida y necesaria delimitación de los derechos e intereses concurrentes (y la distinta aproximación al tema) se ha planteado cuál es la posición de la representación de los trabajadores al respecto; tanto desde la perspectiva de su rol de tutela de los intereses de los propios trabajadores a los que representan como desde la perspectiva de ser destinatarios, en su caso, de los datos que se tratan.

La cuestión no tiene, empero, una única aproximación y, como es obvio, no parece resolverse definitivamente. No ya por la posición divergente que hemos destacado inicialmente, sino por la difícil coherencia entre distintos pronunciamientos jurisprudenciales –del propio Tribunal Supremo o de la Audiencia Nacional- y la doctrina referida antes del Tribunal Constitucional sobre el ámbito y extensión del derecho a la protección de datos.

3.2.1. La extensión del derecho a la protección de datos en la relación de trabajo: ¿un concepto propio de dato de carácter personal?

La primera controversia que se plantea es si el contenido de la información requerida por parte de la representación de los trabajadores (o funcionarios) tiene la consideración de dato de carácter personal. Esta controversia es esencial por el significado y la trascendencia que obviamente encierra. No considerar –como veremos que llega a plantear la jurisprudencia ordinaria- como dato de carácter personal los datos sobre retribuciones de los profesionales concretos, además de condicionar la solución a que finalmente se llega, matiza grandemente, en el ámbito laboral, la extensión del derecho de protección de datos (al excluir, por esta propia consideración, cualquier dato que no afecte a la esfera más íntima del trabajador).

En este sentido, por ejemplo, el Tribunal Supremo (sala de lo social), en su sentencia de 3 de mayo de 2011³⁵, argumenta –en relación con la información requerida por parte de la representación de los trabajadores y que incluía datos

³⁵ R. de casación nº 168/2010.

retributivos- que “los datos solicitados son de carácter esencialmente económico”, distinguiéndolos de datos de carácter personal. Ello, unido al hecho de que, para el Alto Tribunal, “el acceso a la información relativa a la retribución no permite en modo alguno la reconstrucción de datos del trabajador incluidos en la esfera de su intimidad”³⁶, sitúa en este ámbito el límite de aplicación del derecho a la protección de datos, permitiendo, por ello el acceso a la información requerida por parte de los representantes de los trabajadores³⁷.

De esta forma, la doctrina contenida en sentencias como las citadas—que reiteran otras de tribunales superiores de justicia³⁸- se asienta en un concepto de dato personal más restrictivo del que está recogido en la ley (y, por tanto, del que deriva de las normas internacionales y comunitarias de que proviene) para acomodar la posibilidad de admitir límites a este derecho tal como se había previsto en relación con el derecho a la intimidad (y al que, como en la tantas veces citada STC 142/1993, se había acudido en supuestos idénticos a los planteados desde la perspectiva del derecho de protección de datos)³⁹.

Se acude así a un criterio novedoso que es ajeno a la previsión legal y que diferencia explícitamente entre dato de carácter personal, restringido al ámbito de la intimidad, y dato de carácter profesional, social o económico, que quedaría al margen de protección específica como dato de carácter personal (y que se situaría dentro de la relación laboral o de sus confines).

³⁶ Y sigue afirmando: “En este sentido, no puede olvidarse que, por sí solo, el dato de la cuantía retributiva, aparte de indicar la potencialidad de gasto del trabajador, nada permite deducir respecto a las actividades que, sólo o en compañía de su familia, puede desarrollar en su tiempo libre”.

³⁷ La Audiencia Nacional —sentencia de la sala de lo social de 28 de abril de 2006 (nº 38/2006)- ya había afirmado, en relación con los datos contenidos en el censo electoral cuya cesión a las organizaciones sindicales se estaba cuestionando en aquel proceso, que “tales datos de carácter profesional, laboral e incluso social, no pueden integrarse (...) como datos de carácter personal especialmente protegibles en tanto tales”.

³⁸ Por ejemplo, las citadas por el propio Barbancho Tovillas; “Derecho a la información sobre retribuciones de sección sindical versus derecho a la intimidad y protección de datos en la Sociedad Estatal de Correos”; Aranzadi Social nº 30/2007 (BIB 2007/1116).

³⁹ Una sentencia que es recurrente, como hemos venido destacando, para construir en gran medida la relación entre intimidad y derechos de información tal como destaca Barbancho Tovillas; “Derecho a la información...”; op. loc. cit. Sin embargo, no puede olvidarse que, frente a este criterio, presente en las sentencias citadas, la doctrina constitucional insiste en la distinción entre derecho a la intimidad y derecho a la protección de datos, ampliando, como sabemos, el objeto de protección en este segundo caso. Por otra parte, es interesante destacar como siguiendo en gran medida la doctrina antes referida la Audiencia Nacional había afirmado en la sentencia citada que las “cláusulas referidas al contenido de la prestación laboral, a las condiciones de trabajo y a la duración y a la modalidad contractual” son materias que “exceden de la esfera estrictamente personal y entran en el ámbito de las relaciones sociales y profesionales en que desarrolla su actividad” (citando la STC 170/1987, de 30 de octubre en la que se apoya y que analizaba la extensión del derecho a la propia imagen y sus limitaciones dentro de la relación de trabajo).

Sin embargo, esta diferenciación, como decimos, es creación jurisprudencial. Su objetivo es permitir una delimitación de este derecho con otros derechos e intereses concurrentes y en particular con los derechos de información de los representantes de los trabajadores), pero no está presente en la norma, no parece coherente con la previsión legal ni con sus antecedentes europeos y, como hemos visto, no es conforme con la construcción del propio Tribunal Constitucional.

El concepto de dato de carácter personal que maneja la ley es muy amplio y no contempla ninguna excepción o matización para los supuestos derivados de una relación contractual como la laboral o por la inclusión del sujeto en una estructura organizativa compleja como la empresa (con la consiguiente concurrencia de intereses protegidos como pueden ser los propios de los representantes de los trabajadores). Es más, la única excepción que se contempla en este sentido (o en un sentido similar) la encontramos en el Reglamento respecto a los denominados ficheros de personas de contacto en la empresa⁴⁰, que quedan efectivamente excluidos del ámbito objetivo de aplicación de aquél, pero que se refieren exclusivamente a los datos de identificación del personal que presta sus servicios en la empresa⁴¹.

Por tanto, la claridad con que se traslada la amplitud del concepto de dato personal a estos efectos no deja dudas⁴². Ni el legislador nacional, ni el europeo, ni siquiera del gobierno en cuanto que titular de la potestad reglamentaria, han planteado una restricción del concepto de dato personal.

En esta misma línea, el Tribunal Constitucional ha mantenido un concepto amplio de dato personal; no asume ni contempla la distinción propuesta por la doctrina jurisprudencial ordinaria entre dato personal y dato profesional, econó-

⁴⁰ Art. 2.2 del RD 1720/2007, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Según el mismo: “este reglamento no será de aplicable a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas, ni a los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en aquéllas, consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax de profesionales”

⁴¹ Es más, en este concepto amplio de dato personal parece insistir el propio TJCE. Éste (por ejemplo en la sentencia de 6 de noviembre de 2003 –caso Bodil Lindqvist-) afirma con claridad que “el concepto de dato personal que emplea el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 95/46 comprende, con arreglo a la definición que figura en el artículo 2, letra a), de dicha Directiva, ‘toda información sobre una persona física identificada o identificable’. Este concepto incluye, sin duda, el nombre de una persona junto a su número de teléfono o a otra información relativa a sus condiciones de trabajo o a sus aficiones”.

⁴² Sobre la extensión del concepto de dato personal, confr., por ejemplo, APARICIO SOLOM; “Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal”. Aranzadi. 2009; págs.57 y ss.

mico o social; e insiste en la distinción antes referida entre la amplitud del concepto de “privacidad” frente al derecho a la intimidad en la fundamentación del *habeas data*⁴³.

Otra cuestión sea la necesidad de admitir límites en la configuración del derecho a la protección de datos cuando concurre con otros derechos e intereses constitucionales; por ejemplo, cuando se sucede en la inserción del trabajador en una estructura compleja como es la empresa o, como, con mayor claridad, en el caso que estamos tratando, colisiona o confluye con los derechos de información de los representantes de los trabajadores. Pero esta necesidad no debiera confundirse con la definición de la extensión del objeto del derecho de protección de datos. La definición de dato personal es amplia, abarca a cualquier soporte y a cualquier información; pero ello no debe excluir que, en determinados casos, este derecho pueda verse limitado por la concurrencia de otros derechos e intereses como los referidos (de naturaleza o fundamento constitucional) y en la medida (y aquí aportamos otra idea también presente en la doctrina constitucional) en que legalmente esté definido.

La importancia de la restricción del concepto de dato personal que aporta la jurisprudencia ordinaria radica no en la solución que aporta, que no es correcta en nuestra modesta opinión, sino en que sitúa los límites entre el derecho de información de los representantes de los trabajadores y el derecho a la protección de datos; unos límites que los sitúa en un ámbito muy próximo a como se había definido para el derecho a la intimidad previamente y en colisión con los mismos derechos colectivos.

⁴³ El Tribunal Constitucional en el auto 29/2008, de 28 de enero inadmite el recurso de amparo presentado por la Federación de Servicios y Administraciones Públicas de Comisiones Obreras de la Comunidad de Madrid frente a la sentencia de la Audiencia Nacional (sala de lo contencioso administrativo) de 9 de febrero de 2005 (r. apelación 110/2004), que a su vez desestimó la pretensión del sindicato de recibir como información “listado de ocupación de los puestos de trabajo”. Pues bien, recogiendo la doctrina citada de la STC 292/2000, de 30 de noviembre, y ante el argumento de la parte recurrente de que “los datos personales solicitados son datos profesionales y salariales y que, por tanto, no están incluidos en el concepto de intimidad protegido por la Constitución”, el Tribunal Constitucional afirma que el objeto de la protección de datos “no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal”. Y concluye el argumento afirmando que “por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personal públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos”. De esta forma, el Tribunal Constitucional parece asumir la doctrina de la AGPD (que previamente fue aceptada por la propia Audiencia Nacional –sala de lo contencioso- en la sentencia citada objeto del recurso de amparo-) y parte de un concepto amplio de dato personal que confirma, en este auto, la doctrina precedente al respecto, denegando incluso la admisión del recurso de amparo sustentado en una argumentación similar a la planteada por la jurisprudencia ordinaria.

Sólo plantea el Tribunal Constitucional en el Auto 29/2008 citado⁴⁴ una salida no desdeñable cuando inadmite el recurso de amparo y entiende que no hay vulneración de la libertad sindical: que la pretensión de los recurrentes no está prevista en disposición legal. No es obviamente una cuestión menor dado que de la misma depende la propia legitimación (y deriva la regla intrínseca de proporcionalidad exigible) de la transmisión de la información. Y es cierto que la exigencia de una previsión legal puede quedarse simplemente la admisión de los supuestos en que la recogida y, en su caso, transmisión de datos es legítima o pertinente⁴⁵; pero la existencia de un deber legal de información debe limitar necesariamente la amplitud con que puede comprenderse derechos individuales condicionando, por tanto, la extensión de éste.

En todo caso, lo cierto es que el primer argumento recurrente –la extensión del concepto de dato personal y, sobre todo, de su fundamentación– tiene una perspectiva diferente según la doctrina del Tribunal Supremo en la sentencia citada o la del propio Tribunal Constitucional (por no citar la divergencia entre los pronunciamientos de la sala de lo contencioso administrativo y la sala de lo social de la Audiencia Nacional).

En el trasfondo, como vemos, se plantea la misma cuestión de base a que nos referíamos en las primeras líneas del presente trabajo: la asunción del concepto de privacidad como ámbito más amplio al que remitir el ámbito del derecho de protección de datos o la reducción del mismo al concepto más estricto de intimidad, al menos cuando dicho derecho a la protección de datos se da en la relación de trabajo (y, en particular, cuando confluye con otros intereses o derechos como los de información de los representantes de los trabajadores).

Ya se había logrado en cierta medida con el derecho a la intimidad precisar al menos relativamente cuál era el ámbito más concreto de protección del trabajador dada su inserción en una estructura organizativa como la empresa en la que, además, se da una serie compleja de relaciones jurídicas. La extensión del derecho a la intimidad del trabajador sí había tenido un tratamiento –incluso legal– específico en la relación laboral (no exento de problemas, claro está); donde, por ello, se había relativizado su extensión a favor de otros derechos e intereses concurrentes. Claramente en determinados supuestos de potestades

⁴⁴ Auto del Tribunal Constitucional 29/2008, de 28 de enero.

⁴⁵ Tal como plantea la AGDP. Según la doctrina reiterada de la misma, en estos casos serían los únicos supuestos en que podría admitirse la legitimidad de la transmisión de información a la representación de los trabajadores, aunque no evitaría la concepción restrictiva de la protección de datos; por ejemplo, en la exigencia de que los datos objeto de la información fueran disociados salvo que, precisamente, el deber legal exija un grado de concreción e individualización que lo hiciera imposible. Confr., al respecto, por ejemplo, Informe de 9 de abril de 2010 sobre cesión de información al comité de empresa.

empresariales –como las recogidas en el art. 18 del ET-, pero también en relación con los derechos de los representantes de los trabajadores –como en relación con el contenido de la copia básica del contrato que resolvió el Tribunal Constitucional, desde la perspectiva del derecho a la intimidad y no de la protección de datos, en la STC 142/1993 citada.

El mantenimiento de este criterio –relativo a la intimidad y no a la “privacidad”-es el que sirve de fundamento a la doctrina contenida por ejemplo en la sentencia del Tribunal Supremo citada, que de alguna forma asume la doctrina anterior que analizaba estas cuestiones exclusivamente desde la afectación posible de la intimidad del trabajador.

Sin embargo, y ya lo habíamos dicho, puede entrar en contradicción con la doctrina general construida en torno al derecho específico a la protección de datos, cuyo régimen jurídico legal no toma en cuenta la relación de trabajo más que cuando regular como especificidad única el régimen de consentimiento previo.

Ello crea distorsiones sin duda. Una interpretación estricta del derecho a la protección de datos en el sentido expuesto supone limitar o exceptuar el contenido de derechos de información como los recogidos, incluso, legalmente. La solución de la jurisprudencia ordinaria citada partía de una redefinición del concepto de dato personal, pero ya hemos visto que no es acorde a la norma. Por ello, es más correcto situar la cuestión en los límites con que debe aceptarse la extensión del derecho a la protección de datos en la relación laboral o cuando concurren con otros derechos constitucionales y, si se quiere, ante supuestos previstos legalmente.

Por eso, en segundo lugar, era muy importante la consideración de los representantes de los trabajadores y la consiguiente concepción o no como tratamiento de datos (independientemente podríamos decir de su carácter personal o no según lo visto) de la cesión de los mismos dentro del derecho de información que alegan.

Y aquí se plantea otra cuestión interesante: la efectividad de un derecho al control y disposición de los datos de carácter personal (de los trabajadores individuales en este caso) frente a los propios representantes. Y en este sentido, la consideración de los mismos a estos efectos tiene una importancia destacable.

Dicho de otra forma, cómo se considere a los representantes de los trabajadores (o funcionarios) redundará en la concepción que se tenga de la transmisión de información a éstos; de si se entiende, por tanto, que hay tratamiento y cesión de datos por su consideración de terceros (o no) y de si, por tanto, hay afectación del derecho de control y disposición de datos del que es titular el trabajador (algo consustancial al derecho a la protección del mismo). También, de hasta dónde llegan los deberes que podrían atribuirse a éstos como hipotéticos responsables del tratamiento de los datos de los trabajadores individuales.

3.2.2. *La posición de los representantes de los trabajadores*

En el análisis de cuál sea la consideración de los representantes de los trabajadores a estos efectos, se podría cuestionar, de partida, el carácter de tercero de los representantes de los trabajadores. Así lo hace, por ejemplo, la sentencia (ya citada) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 16 de mayo de 2006⁴⁶ que afirma, en un supuesto como el que tratamos, que “los representantes de los trabajadores no son estrictamente terceros respecto a los trabajadores”⁴⁷. Según el Tribunal, desde esta perspectiva les “corresponde... velar por el cumplimiento de la normativa laboral en el seno de la empresa” y de esta función deduce que “no es irrazonable ni desproporcionado que el legislador acuerde determinados derechos de información instrumentales al control aludido que permite llevarlo a cabo en un área de las relaciones laborales particularmente necesitado como es el de la contratación laboral y otros”.

Siendo así, se podría admitir que a los representantes de los trabajadores les corresponde no más (ni menos) que una función de representación y tutela de los propios trabajadores individuales que justifica su acceso a determinada información y que, por tanto, podría relativizar los derechos individuales de los trabajadores frente a sus propios representantes.

Pero aun admitiendo esta consideración, hay una cuestión de base como la que destacábamos antes: la posibilidad de que los trabajadores individuales pueden o tienen derecho a ejercer los derechos de protección de datos frente a estos representantes y en qué medida. Es decir, habría que plantearse si pese a su consideración (particular) de representantes no cabría admitir la necesaria e ineludible obligación de hacer efectivos determinados derechos individuales de los trabajadores y principios básicos en el tratamiento de datos personales también frente a dicha a la representación legal –como, por ejemplo, los referidos al consentimiento previo y los derechos de oposición y cancelación-.

Nos encontramos, pues, ante una posible nueva divergencia, que afecta directamente a la propia comprensión de la representación de los trabajadores, a su rol y a la posición de la misma frente a derechos individuales (y personalísimos) de los trabajadores.

El planteamiento de esta cuestión puede resultar relativamente novedosa porque refleja, si se nos permite la reiteración y tal como hemos venido refiriendo, la construcción de derechos también relativamente novedosos (y cada vez más amenazados ante la progresión y extensión de nuevos desarrollos informáticos y sociales), de carácter marcadamente individual, y cuya confor-

⁴⁶ R. 607/2006.

⁴⁷ Como sigue diciendo: “Por el contrario son una manifestación de una participación de los trabajadores en la empresa a la que alude el artículo 129.2 de la Constitución”.

mación legal ha obviado las peculiaridades propias no ya de la relación laboral (que también) sino la conformación de los instrumentos sobre los que se asienta nuestro propio modelo de relaciones laborales⁴⁸ (y muy particularmente su conexión con los derechos de información de los representantes de los trabajadores).

Además, en nuestra opinión, nos encontramos ante un tema interesante.

Parte de la consideración que, a estos efectos, se otorgue a la posición que tiene la representación de los trabajadores y, en particular, a su demanda de información (que podría afectar a datos de carácter personal de trabajadores individuales). Concorre también con la comprensión de los deberes específicos de protección y tutela de los derechos de los trabajadores individuales en esta materia (sin que se dude sobre la pertinencia de la cesión de estos datos a los representantes). Y puede concluir con la posición en que se puede situar a la propia representación de los trabajadores como hipotéticos responsables del tratamiento de dicha información frente la posible cesión de datos a terceros (otros trabajadores); una cesión que, además, podría entenderse como inevitable para asegurar la efectividad de su propia función de representación y de fiscalización y control que en determinadas ocasiones le es inherente a la misma. Todo esto, como también apuntábamos antes, sin referentes legales que cohonesten la concurrencia de derechos e intereses en juego o que tengan en cuenta las peculiaridades que derivan del desarrollo de la relación laboral (ni más concretamente los derechos colectivos de los trabajadores).

La representación de los trabajadores asume la forma definida legalmente de participación en la empresa que prevé la constitución, cuando no una forma de ejercicio de la libertad sindical⁴⁹. Como canal de articulación, pues, de dicha forma de participación, los representantes asumen un rol de defensa de los intereses de los trabajadores que, en materia laboral, tiene carácter global y son garantía de determinados derechos constitucionalmente protegidos que justifican las funciones que la ley les otorga a los mismos. De esta forma, los representantes no debieran ser considerados como terceros a los efectos del contenido de determinadas informaciones, aunque el objeto de las mismas pueda afectar a datos de carácter personal.

⁴⁸ Y muy particularmente la del derecho de información de los representantes de los trabajadores, en su contenido, su relación con las funciones de control y fiscalización de la propia representación de los trabajadores y su derecho/deber de transmisión de la información al resto de representados. Es verdad, también que, en líneas generales, no se ha puesto en relación con el deber de sigilo o secreto establecido en el art. 65 del Estatuto de los Trabajadores.

⁴⁹ Como destaca Apilluelo Martín; *op. loc. cit.*, aludiendo, además, a la función de representación que exige la Directiva 2002/14/CE, de 11 marzo.

Esta consideración (que tendrá sus consecuencias concretas, por ejemplo a los efectos de lo previsto en el art. 11 de la LOPD, tal como diremos a continuación) no significa que los trabajadores individuales no puedan ejercer sus derechos asociados al de protección de datos frente a sus representantes. El carácter personalísimo del derecho en cuestión, no puede obviar esta posibilidad; simplemente obliga a los representantes a asumir la posición de garantes de la protección de los referidos derechos de los representados. De ahí se pueden derivar determinadas consecuencias, asociadas a su deber de sigilo o a las limitaciones propias de su posición adquirida como responsables hipotéticos del tratamiento.

Por ello, la consideración de los representantes es una cuestión esencial. Tanto desde su perspectiva general, que permite su comprensión o no como terceros a estos efectos (dentro del tratamiento legal de un derecho de marcado contenido individual), como desde la perspectiva más concreta del régimen sobre la transmisión y cesión que regula la Ley de Protección de Datos (lo que supone la admisión como supuesto de cesión y tratamiento de datos –asociada, o no, indefectiblemente al curso de la propia relación laboral- a los efectos de la regulación legal prevista –art.11 LOPD-).

Al respecto ya nos hemos pronunciado, pero es importante destacar este tema porque la confluencia de aproximaciones a la cuestión es evidente y no ha merecido la atención requerida. En la misma, siempre hay, como sustrato de todo, la concurrencia de sujetos e intereses. Como representantes, por todo lo expuesto; pero, también, desde el punto de vista de la efectividad de los derechos en liza, por el distinto rol que puede corresponder a la representación de los trabajadores, donde aún asumiendo la posición de representación de intereses individuales de los trabajadores (sin perjuicio de la propia génesis y particularidad de la representación legal –como representación de intereses colectivos y como forma de participación reconocida constitucionalmente ex art. 129 CE-) confluye en la misma distintos intereses y derechos. Entre ellos debe estar sin duda la efectividad de su función de representación que, en estos casos que analizamos, tiene como pilar fundamental la fiscalización y control de la actuación empresarial en un tema donde, además, pueden estar implicados derechos como los de igualdad de trato en procesos concurrentes (por ejemplo, la determinación de las retribuciones correspondientes a productividad). Y ello sin perjuicio de la efectividad, también, de los derechos individuales de los trabajadores, que, independientemente de la extensión que quiera darse a su objeto, son fundamentales y pueden hacerse valer, incluso, frente a estos representantes legales de los trabajadores.

A partir de aquí, queda plantearse, desde una perspectiva más cerca a la regulación legal concreta, el tratamiento de la información como cesión de datos de carácter personal de los trabajadores. Claro, siempre que se den los

presupuestos de dicha cesión (y, por tanto, que, por ejemplo, el contenido de la información sea individualizado y concreto, y ésta no sea disociada). En este tema se reflejarán algunos de los aspectos conceptuales que hemos visto con anterioridad.

3.2.3. Información a los representantes de los trabajadores y régimen de la cesión de datos

El art. 11 de la LOPD regula la cesión de datos. Posiblemente sin pretenderlo, la ley incluye aquí una previsión que puede guardar relación con los supuestos de concurrencia de intereses (o derechos) y de sujetos en la medida en que puede incluirse en su presupuesto de hecho los casos de transmisión de información a terceros (en este caso, y sin perjuicio de las consideraciones hechas, a los representantes de los trabajadores).

Por tanto, si calificáramos la referida transmisión de información como comunicación de datos (admitiendo por tanto el cuestionado carácter de dato de personal del contenido de la información, en el sentido antes visto, y el carácter de terceros de los representantes de los trabajadores), habría que hacer una aproximación a la misma conforme lo dispuesto en el art. 11 de la LOPD.

Según establece esta norma, en su primer apartado, “los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”.

Esta previsión nos sugiere ya algunas consideraciones (siendo referente en alguna sentencia judicial y, por supuesto, en la doctrina de la AGPD⁵⁰).

Independientemente de la controversia apriorística que hemos planteado (a saber, el carácter de dato personal protegible del contenido de la información o el carácter de tercero de la representación de los trabajadores –y, consiguientemente, la efectividad de los derechos individuales de los trabajadores en esta materia frente a ésta-), la primera cuestión que se plantea es si la obligación de información a los representantes entra dentro de los “fines directamente relacionados con las funciones legítimas de cedente y del cesionario”. De admitirlo así, ello implicaría asumir la obligación de informar y el derecho a recibir la información de una y otra parte como contenido de las funciones legítimas de

⁵⁰ Por ejemplo en la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de junio de 2006. Con mayor profusión, acude a esta norma, aunque según lo visto con distinta aproximación, la propia doctrina de la AGPD; vid. por ejemplo los Informes 0437/2008, 0491/2008, 0524/2004, 0079/2009, etc. siempre con el mismo argumento y partiendo de supuestos de transmisión de información a representantes de los trabajadores.

ambas dentro de la relación jurídica que las vincula y en la que se fundamenta dichos obligaciones y derechos.

Y en este sentido, la cuestión planteada no parece dejar dudas.

Efectivamente, en nuestra opinión, con meridiana claridad (e independientemente de la consideración de la representación de los trabajadores a estos efectos) la transmisión de datos a los representantes, como contenido de su derecho de información, es consustancial a la propia relación que une al trabajador (o funcionario) con el empleador (cedente de datos). Y lo es porque de ahí depende, en gran medida, la propia efectividad de unos derechos colectivos que, aunque desarrollados a otro nivel, al ser parte de derechos fundamentales o siendo instrumentales de los mismos, son indisociables de aquella relación⁵¹.

Esto no se pone en duda, ni siquiera por la doctrina de la AGPD⁵².

Siendo así, es evidente la pertinencia (legitimación y proporcionalidad) de la transmisión de la información.

Aceptado este punto, hay que plantearse además, siguiendo la lógica del propio art 11, si es necesario el consentimiento previo del trabajador antes de que el empleador remita el contenido de la información requerida.

Conforme a la previsión del segundo párrafo del art. 11 no creemos obligado este consentimiento previo. Tal como dispone, dicho consentimiento no será preciso: “a) cuando la cesión está autorizada en una Ley”; “c) cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. En este caso la comunicación sólo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifique”.

Ambos supuestos pueden entenderse concurrentes en los casos que analizamos.

Por una parte, se puede entender que la ley autoriza la citada cesión en la medida que regula la transmisión de la información al reconocer el respectivo derecho que otorga a la representación de los trabajadores o de los funcionarios.

Así efectivamente ocurría respecto las normas citadas con anterioridad; concretamente la Ley de Órganos de Representación, respecto a los derechos concretos de información de los representantes de los funcionarios públicos;

⁵¹ O si queremos considerarlo como hace la sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de abril de 2006 (vid. cita infra), los representantes de los trabajadores son “inmediata, directa, lícita, legal y legítimamente” interesados en la medida en que “su interés viene casualizado por una situación jurídica anterior, asimismo inmediata, directa, lícita, legal y legítima”.

⁵² Vid informes citados, a los que podrían sumarse los Informes 0343/2009, 0604/2009, entre otros (dicho esto sin perjuicio del debate –también planteado en estas páginas– sobre la posición de la AGPD en relación con el derecho concreto de información de las cuantías asignadas por productividad a cada funcionario (vid. infra).

pero se generaliza un tanto en la redacción del art. 40 del Estatuto del Empleado Público, que recoge una previsión más amplia (derecho a recibir información sobre la política de personal, así como datos referentes a la evolución de las retribuciones o vigilar el cumplimiento de la normativa sobre condiciones de trabajo) acorde quizá con la propia previsión del Estatuto de los Trabajadores, respecto al papel que otorga a los representantes de los trabajadores⁵³.

Por tanto, no podemos olvidar algunos aspectos.

En primer lugar, que, respecto los derechos concretos de información, nos podemos encontrar con normas generales (como el art. 64 del Estatuto de los Trabajadores o el citado art. 40 del Estatuto Básico del Empleado Público) que permiten entender, desde dicha perspectiva general, que existe la referida autorización legal que legitima la demanda de información por parte de los representantes. Siendo así, podría, además entenderse que el fundamento legal de esta previsión evita el requisito del consentimiento previo del trabajador o empleado. Pero no se resuelve un problema recurrente sobre la concreción de dicha información, y, fundamentalmente, si dicha información debe ser dissociada o no para garantizar el respeto a los derechos individuales de protección de datos (o, de contrario, para garantizar la efectividad de los propios derechos y funciones de los representantes –que, en definitiva, deberían repercutir en otros derechos e intereses del resto de trabajadores individuales-) ⁵⁴.

⁵³ Otra cosa es qué ocurre cuando la previsión de los derechos de información se contemplan en los distintos instrumentos de la negociación colectiva. Debe entenderse que estaríamos ante un caso de cesión de datos autorizado "por la ley" en la medida en que se pudiera asimilarse a la autorización legal la eficacia de los distintos instrumentos de la negociación colectiva (con diferente grado, según se trate de un convenio colectivo -donde su fuerza vinculante es de rango constitucional- a otros instrumentos como los propios acuerdos o pactos de funcionarios públicos); o, bien, rechazar esta posibilidad dada la imposibilidad de hacer extensivamente cualquier interpretación que afecte a derechos fundamentales. En todo caso, la jurisprudencia ordinaria no cuestiona la posibilidad de remisión de información por que ésta esté prevista en la negociación colectiva. Así puede verse en la sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo social de 3 de mayo de 2011 (r. casación nº 168/2010) que resuelve, a favor de la transmisión de información a los representantes de los trabajadores, un derecho de éstos reconocido en el propio Convenio Colectivo de la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid. De igual manera, aunque de forma indirecta, la Sentencia de la Audiencia Nacional (sala de lo social) de 28 de abril de 2006 (sentencia nº 38/2006) amplía esta posibilidad ya que admite como conclusión "que es factible legalmente que la empresa, bien por su propia y exclusiva voluntad, bien en virtud de acuerdo colectivo..." se comprometa a difundir el censo electoral sin que ello vulnere el derecho a la protección de datos de los posibles afectados.

⁵⁴ Posición en la que insiste la propia AGPD (vid. infra).

Pero, en segundo lugar, tampoco puede obviarse que la referida transmisión de la información a los representantes es elemento consustancial a las funciones que la ley les otorga a los mismos y que dicha forma de representación es, como es evidente, también consustancial a la propia relación laboral (y que, además, tiene carácter indisponible)⁵⁵.

Ello deriva a plantear la cuestión desde la segunda perspectiva. La del citado apartado c) del art. 11.2. ¿Estamos ante una relación jurídica “cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros” y como tal entender la efectividad de los derechos de información de los trabajadores?

Es claro que la ley de protección de datos no está contemplando este supuesto por su propia particularidad; pero, teniendo en cuenta la función de la representación de los trabajadores y el referido carácter esencial y propio para el desarrollo de la relación de trabajo donde se enmarca, parece que es adecuado aceptar que la transmisión de los contenidos de la información es consustancial a la relación laboral. Por tanto, que la conexión de dicho tratamiento con la representación de los trabajadores (como terceros) es necesaria para el desarrollo (por el referido carácter esencial de ésta), cumplimiento (por el carácter necesario legalmente) y control (por las referidas funciones de control y fiscalización de los representantes) de la relación profesional en que se insertan los trabajadores (o funcionarios).

Por tanto, de una forma o de otra, parece que, dada la legitimación de los representantes, y la pertinencia de los datos objeto de la información a que tienen derechos los mismos, es evidente que estaríamos ante un supuesto excluido del consentimiento previo del trabajador. Y no ya (este debate es anejo) por la reglas de preeminencia de unos derechos sobre otros, sino por el carácter consustancial a la relación laboral (o funcional) que tienen los derechos colectivos en general y los de representación en particular.

Ello no evita que, desde esta perspectiva, se puedan encomendar a los representantes de los trabajadores deberes concretos como cesionarios de los datos de que versa la información. Dicho de otra forma, de aceptar el contenido de la información como dato personal, y la posición de los representantes como terceros (algo sobre lo que hemos discutido desde las diferencias de planteamientos doctrinales y jurisprudenciales), correspondería a estos definir su posición como cesionarios y concretar las obligaciones que derivan de dicha posición.

⁵⁵ Y que así ha sido reconocida por la propia doctrina del Tribunal Constitucional. Confr. al respecto, por ejemplo, la sentencia 281/2005 que reconoce el uso de medios electrónicos como instrumentos para hacer efectivo el derecho de información de los representantes sindicales, precisamente, por ser parte del contenido de la libertad sindical (sin perjuicio de los límites que comprende el propio Tribunal Constitucional en su utilización –para los que nunca cita los derechos de protección de datos de los trabajadores individuales-).

En este sentido, y por concretar, como cesionarios, los representantes adquirirían el deber genérico, “por el solo hecho de la comunicación, a la observancia de las disposiciones de la presente Ley”, al que quedan obligados conforme lo previsto en el art. 11.5 LOPD.

Todas las reflexiones anteriores son coherentes con las consideraciones conceptuales previas sobre el carácter de los representantes de los trabajadores a estos efectos, sobre el contenido de la información y sobre la posibilidad de hacer efectivos los derechos individuales frente a los propios representantes, que, por tal, asumen la posición de responsables del hipotético tratamiento. Surgen otras cuestiones interesantes; en algunos casos derivadas de exigencias planteadas por la AGPD, que pueden afectar al desarrollo mismo de la dinámica del derecho de información de los representantes y a su posición como garantes en el sentido expuesto de los derechos de protección de datos de los trabajadores.

3.2.4. A partir de aquí, otras cuestiones no resueltas

Y a partir de aquí, dada la transferencia que hace la ley al cesionario de los datos en cuestión de sujeto obligado y responsable de la garantía de los principios y derechos reconocidos en la misma (cuyos titulares serían los trabajadores individuales en este caso), se puede plantear toda una serie de cuestiones que abren un nuevo debate: cuál es la relación entre trabajadores y representantes a estos efectos y cuál sería la posición de garante del empleador respecto de la información dada y, por tanto, como transmitente original de los datos en cuestión; y, si lo hemos aceptado, como presupuesto, cómo se hacen efectivos (y concordantes) los derechos individuales de los trabajadores con la garantía de efectividad del derecho a la información de los representantes.

En relación con esto, se habían planteado algunas cuestiones: ¿es necesaria la disociación de la información?; en su caso, ¿es exigible, para este contenido, un deber implícito de sigilo a los representantes sobre el contenido individualizado de la información?; ¿puede el empleador declarar el secreto de la información individualizada como garantía de su posición de transmitente de la información y de los datos que conforman la misma?; ¿debe en cambio primar el derecho/deber de transmitir a los representados la información recibida por parte de los representantes como parte de su rol como tales representantes colectivos de los intereses de (todos) los trabajadores?; ¿cómo se hacen efectivos, en su caso, los derechos de oposición, cancelación y rectificación?

De nuevo se plantea la cuestión en términos de concurrencia de posibilidades, de intereses y de derechos.

La doctrina de la AGPD no duda en plantear, en el sentido más favorable a la interpretación de la protección de los datos de carácter personal, la nece-

sidad, por ejemplo, de disociar los datos y sólo admitir la cesión de datos individualizados cuando la función de vigilancia y control hubiera de referirse a un sujeto concreto (sobre la base de que “se entiende por información la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen”)⁵⁶.

Sin embargo, esta información disociada, en algunos momentos, puede no ser suficiente para conseguir la función que pueden tener encomendada los propios representantes. Sobre todo en supuestos donde la concurrencia entre los propios interesados es competitiva y determinante para el propio cálculo, por ejemplo, de las partidas retributivas en cuestión (tal como hemos expresado).

En este caso puede plantearse la necesidad de individualizar la información en la medida en que la disociación de la misma no pueda (aun con el carácter restrictivo que se quiera) dar cumplimiento a la función de control y fiscalización (en conexión con los principios de igualdad que se pretenden garantizar con dicha función, además de los asociados a la propia acción sindical correspondiente)⁵⁷. Concurre, pues, de forma no pacífica el criterio general de exigencia de disociación que parece, al menos implícita, en los distintos informes de la AGPD, con el contenido del derecho de información de los representantes (y que, en sentido completamente opuesto, resuelve la jurisprudencia ordinaria negando el carácter de dato personal del contenido de la información)⁵⁸.

⁵⁶ Y entendiendo por disociación de datos aquel procedimiento del que “resulte imposible asociar a una persona determinada con el dato que se comunica”. Así lo afirma, por ejemplo, en el Informe 0196/2010, que cita otro anterior de 10 de marzo de 2009 y en relación con el conocimiento, por su carácter precisamente público, de las propias relaciones de puestos de trabajo (lo que da idea del carácter restrictivo de la propia doctrina de la Agencia). De esta forma, concluye la Agencia en este informe: “A la vista de todo ello, cabe concluir que no es posible una comunicación masiva a los órganos de representación de los empleados públicos, sean estos funcionarios o laborales, sino que únicamente será posible, en caso de que resulte necesario para el ejercicio de su función de control, el acceso a los datos referidos a un empleado concreto que haya planteado una queja ante la misma”. Además del informe citado anteriormente, confr. por ejemplo, también el Informe 0327/2010.

⁵⁷ Como dice la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 16 de mayo de 2006 (nº r. 607/2006) “dicha exigencia de información constituye instrumento básico de la acción sindical prevista”.

⁵⁸ Puede resultar absurdo o incoherente, quizá por demasiado apegado a un criterio estrictamente formal, la posición de la AGPD sobre la pervivencia de los derechos de información sobre las cuantías destinadas a productividad de cada funcionario. Los informes citados antes (vid. nota supra) admiten un derecho mantenido de información de los funcionarios individuales y se niega su acceso a los representantes.

¿Qué debe primar en este caso?

Como en todas las cuestiones que estamos exponiendo, es recurrente la diferencia de aproximaciones.

En todo caso, la disociación de la información no debería admitirse, en nuestra opinión, si está en juego (como lo es en el caso que hemos relatado en las páginas anteriores y que sirven de paradigma para presentar la problemática) la propia efectividad no ya de los derechos de información, que también, sino la función de control y fiscalización de los representantes de los trabajadores (además de la libertad sindical). Y no sólo porque pudiera estar en cuestión el rol o función de la representación colectiva sino porque no puede olvidarse que estos derechos o intereses son instrumentales de otros derechos reconocidos a los trabajadores individuales: participación, igualdad e interdicción de trato discriminatorio (o arbitrario si se trata de una administración pública).

Por ello, la disociación de la información no debiera ser una regla general que se quiera exclusivamente cuando hay una previsión legal (que no se entiende cuando la referencia es genérica como hace tanto el Estatuto de los Trabajadores o el Estatuto Básico del Empleado Público), sino que estas normas ya habilitan a un conocimiento concreto e individualizado por parte de los representantes cuando ello sea necesario para la propia efectividad de sus funciones, de sus derechos y, por tanto, para los derechos e intereses de otros trabajadores representados.

Pero no es la última cuestión que podría traerse a colación. Podríamos plantear también si es exigible un deber de sigilo concreto sobre este contenido de la información a los representantes de los trabajadores.

La exigencia de secreto podría también servir de salvaguardar la cuestión, dado que si admitiera, como hemos expuesto, el derecho de los representantes a recibir la información y comprendiendo la misma (y su contenido) como consustancial a la relación jurídica que le une al empleador (laboral o administrativa según el supuesto), está claro que la transferencia a aquéllos de los deberes y principios de protección de datos supondría la posibilidad de extender a este ámbito (o de imponer por parte del propio empleador) mecanismos suficientes de garantía para no permitir la transmisión de la información recibida. Y ese mecanismo es el previsto legalmente en el art. 65 del Estatuto de los Trabajadores.

Pero, aun en este caso, ¿es compatible con la función de representación y de fiscalización?, ¿no conlleva la misma también un deber para con los otros representados de informar concreta e individualmente de los contenidos de la información? Es evidente que ello depende de qué información se trate; pero, ¿no tiene completo sentido esta pregunta cuando se trata, por ejemplo, de cuestiones que tienen o pueden tener carácter concurrente o competitivo?

Dicho de otra forma, puede resultar evidente que una utilización ilegítima de los contenidos de la información (por ejemplo, su difusión excesiva o a través de canales no adecuados –la prensa-) conlleva un abuso de la posición del receptor de la información (y ahí deben tener plena eficacia los derechos individuales de cancelación, rectificación y, en su caso, la exigencia de responsabilidad); pero, si esta no se da, y los receptores de la información son otros trabajadores interesados, se puede plantear el problema que estamos exponiendo.

Como vemos, pues, la construcción actual del derecho a la protección de datos, con su extensión –que va más allá de la prevista para el derecho a la intimidad de que procede- exige un ejercicio muy difícil de delimitación precisa entre derechos concurrentes que, cuando menos, obliga a una concreción sobre en qué supuestos se dan todos los elementos que habría que considerar para mantener la delimitación de un derecho como éste en clave de proporcionalidad, legitimación y pertinencia de las actuaciones que podrían demandarse.

Y todo esto sin tener en consideración otro aspecto nada desdeñable: la efectividad, a posteriori, de los derechos de acceso, cancelación y rectificación que en su caso cabrían corresponder a los trabajadores individuales.

Por esto, la doctrina de la jurisprudencia ordinaria parece optar simplemente por no admitir la existencia de este derecho en estos casos, limitando, desde el inicio, su propio objeto y negando –frente a la doctrina, ya reiterada, del propio Tribunal Constitucional- la consideración de dato personal de estos objetos de información.

En todo caso, es evidente que el ejercicio de tales derechos es claro en los supuestos de extralimitación de los representantes de los trabajadores que, por la propia transferencia de la información, son responsables de su tratamiento y de los derechos de los titulares de los datos objeto de la misma.

Por tanto, respecto a los derechos individuales de oposición y cancelación, de nuevo deberíamos verlo en el contexto general de la concurrencia con otros derechos. Hemos admitido, frente a la discusión sobre el carácter de la representación de los trabajadores a estos efectos, la posibilidad de ejercerlos; pero al tiempo hemos admitido la necesidad de que la información sea suficiente para garantizar la efectividad de la función (y los derechos asociadas a la misma) de los representantes de los trabajadores. Los representantes asumen el papel de responsables de los datos transferidos y por tanto garantes de la efectividad del cumplimiento de los principios y derechos que afectan a los mismos.

No estamos ante un tema resuelto pero sí podríamos aportar una serie de ideas que nos parecen oportunas, siquiera como pequeña contribución a un debate que debería plantearse sobre la peculiaridad del ejercicio y extensión del derecho a la protección de datos en la relación laboral, dado que, partiendo de su obvia exigencia, debe, como con otros derechos fundamentales, tener los límites propios de la concurrencia con otros derechos e intereses protegidos constitucionalmente.

4. CONCLUSIONES A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

Como hemos venido viendo son distintas las aproximaciones a un problema que plantea distintas aristas, que tiene un componente plural importante y que parten de la siempre difícil delimitación en caso de concurrencia de derechos; particularmente en este caso porque a la natural dificultad de comprensión de los derechos e intereses en juego se une que pueden desarrollarse en planos diferentes.

Decíamos también, que nos parecía interesante, a modo de modesta colaboración a un debate que entendemos necesario, concluir con una serie de ideas que no son más que eso, aportaciones a un problema jurídico que debería tener una actuación concreta y específica desde la propia actuación legislativa. Entre estas ideas podríamos concretar las siguientes:

1.- El derecho a la protección de datos es obviamente aplicable a la relación laboral. No obstante, deberíamos ser conscientes de que la inclusión en la estructura organizativa que es la empresa y la concurrencia con otros derechos e intereses protegidos constitucionalmente (y cuyos sujetos son otros trabajadores y sus representantes) debería permitir cierta matización en la extensión con la que acríticamente se está aceptando el derecho a la protección de datos en este ámbito. Dicha matización debe centrarse en la admisión de límites. Como ocurre con el derecho a la intimidad, con quien comparte fundamento.

2.- En este sentido, siendo el derecho a la protección de datos en gran medida un derecho de conformación legal (y jurisprudencial), es evidente que uno de los problemas de base deriva de que la ley reguladora del mismo no aporta regulación que tome en cuenta supuestos especiales, como es la relación laboral donde la concurrencia con otros derechos e intereses constitucionalmente protegibles es paradigmática. Es más, cuando la ley pretende recoger alguna especificidad al respecto, se queda exclusivamente en el ámbito del desarrollo del contrato (o precontrato si nos atenemos a su propia redacción) y referido, de manera casi exclusiva, a los principios del tratamiento de datos y muy particularmente a la exigencia de consentimiento previo (en la recogida o, en su caso, en la cesión de datos).

3.- Este vacío legal ha podido ser suplido por la jurisprudencia. Pero como hemos visto a lo largo del trabajo, las soluciones que la misma ha dispuesto no son homogéneas. Ni en la conclusión de las cuestiones planteadas (muchas veces de forma parcial), ni en los argumentos en que se fundamenta –algunos de los cuales afectan a la propia comprensión del derecho en cuestión-. En este sentido, la separación completa entre derecho a la intimidad y en derecho a la protección de datos ha creado en este ámbito alguna distorsión, en nuestra opinión. Fundamentalmente por la diferencia de tratamiento entre uno y otro derecho en la relación laboral. La construcción de las limitaciones que afectan

al derecho a la intimidad cuando se plantea en la relación laboral no son admitidas por la doctrina constitucional respecto a la protección de datos (pese a que éste derecho es instrumental de aquél). Como hemos dicho, la ampliación de ámbitos de protección ante las nuevas formas de amenaza a que responde el derecho de protección de datos no debe confundirse con una fundamentación distinta del derecho a la intimidad (donde el concepto de privacidad no es sino una traducción del origen de éste). Si es así –e independientemente de la mayor amplitud del objeto de protección necesario-, deberían admitirse supuestos similares a la hora de establecer límites cuando concurren con otros derechos e intereses constitucionalmente protegidos.

4.- Es más, la divergencia de posicionamiento entre la doctrina constitucional (y de la AGPD) y la jurisprudencia ordinaria responde a la distinta aproximación a uno y a otro derecho conforme la citada separación. Cuando la doctrina ordinaria se ha aproximado al derecho a la protección de datos en relación con los derechos de información de los representantes de los trabajadores no ha dudado (y ha sido recurrente) en aplicar la doctrina sobre información y derecho a la intimidad del propio Tribunal Constitucional. En cambio éste ha mantenido la referida distinción y la diferencia en la concepción de la extensión de los respectivos objetos protegidos por sendos derechos.

Por ello, entendemos que esta es una primera línea de actuación necesaria. En la relación laboral se puede cuestionar la distinción en los términos planteados. Y para llegar a esta solución no debería hacer falta matizar el concepto de dato personal (como hemos visto que hace la jurisprudencia ordinaria), sino simplemente cohesionar los derechos en juego; aceptar, como es general, la limitación de unos y otros (dentro del respeto a su respectivo contenido esencial); relativizar si es necesario la extensión de los mismos; y, evocar, para ello, la propia relación entre protección de datos y derecho a la intimidad como antecedente que no debería obviarse.

5.- Ello no significa que se relativice la protección de los trabajadores ante los nuevos riesgos derivados de la protección de datos; pero tampoco que la (obvia) existencia de estos nuevos riesgos –que los son también del derecho a la intimidad- pueda condicionar la comprensión de la necesaria especialidad que el derecho a la protección de datos pudiera tener en la relación laboral en general y respecto a otros derechos fundamentales en particular (y muy concretamente derechos de carácter colectivo).

6.- En este sentido, es importante no olvidar la propia esencia y especialidad de la relación de trabajo y la particularidad de los denominados derechos colectivos que, en algún caso, llegan a imponerse sobre la esfera individual del trabajador. Si no se toma en cuenta esta especialidad nos encontraremos siempre con problemas de articulación y concurrencia de derechos que producirán la falta de una comprensión correcta de la cuestión (con derivaciones extrañas y, como hemos visto, de difícil corrección legal).

Esto no significa que los derechos fundamentales de marcado carácter individual no puedan hacerse efectivos frente a los sujetos colectivos o ante el ejercicio de funciones o derechos de esta naturaleza colectiva. Dentro de la especialidad a que nos referimos y teniendo en cuenta estos nuevos riesgos deberíamos tener presente la posibilidad de que un trabajador individual pueda hacer efectivos sus derechos individuales. Ello no debilita la posición de los representantes de los trabajadores como tales; simplemente sitúa en su correspondiente ámbito (distinto, pues) cada uno de los derechos e intereses en juego.

7.- En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, hay que preservar las funciones de la representación de los trabajadores. El ámbito legal (y constitucional) en que se fundamenta esta actuación justifica que la información a que tienen derecho sea adecuada a la misma no requiriendo, por sistema, que pueda ser dissociada. Ahora bien, en la medida en que se le transmita la información asumirían el rol de garantes de los derechos de los trabajadores respecto a su posible tratamiento de los datos objeto de la información

En definitiva, se han planteado a lo largo de este trabajo cuestiones que, sin duda, son complejas; que no están resueltas y donde a la natural dificultad que deriva de la concurrencia de derechos se une la dificultad en la construcción de un derecho, como el de protección de datos, que es progresiva, de marcado carácter constitucional pero sin olvidar su conformación legal, y que no es ajena a alguna discusión, y de claro contenido individual.

Es necesario, en nuestra opinión, un intento de aproximar las posturas hacia una mejor compatibilidad entre derechos e intereses constitucionalmente protegidos; que tome en consideración la particularidad de las relaciones colectivas, consustanciales, pero especiales, a la relación laboral. Una mayor aproximación a la doctrina entre derechos a la intimidad y derechos a la protección de datos en la relación laboral podría aportar soluciones adecuadas. La diferenciación entre ambos derechos tiene un componente importante de evolución en la construcción doctrinal de los mismos (en particular, del derecho a la protección de datos) que no ha hecho falta a la hora de conformar los límites de otros derechos fundamentales (comenzando por el derecho a la intimidad, o a la protección del honor, propia imagen, etc.) cuando se desarrollan en una estructura organizativa como es la empresa y cuando concurren con otros sujetos que también son titulares de derechos fundamentales o tienen encomendadas funciones que pretenden garantizar derechos que tienen la misma consideración.

Además de los distintos estudios doctrinales al respecto, cabría citar en este sentido la Guía de “la protección de datos en las relaciones laborales” de la propia Agencia Española de Protección de Datos (http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/comon/Guias/GUIA_RelacionesLaborales.pdf).

MOVILIDAD GEOGRÁFICA Y MODIFICACIONES SUSTANCIALES TRAS LA REFORMA DE 2012: ¿UNA MAL ENTENDIDA FLEXISEGURIDAD?

JOSÉ M. MORALES ORTEGA

Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

EXTRACTO

Palabras clave: Flexiseguridad, reforma, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo

La Ley 3/2012 ha confirmado, en casi su totalidad, el RDL 3/2012, convirtiéndose así en un importantísimo punto de inflexión para la disciplina del Derecho del Trabajo, puesto que se la debe configurar como una de las grandes reformas del mercado de trabajo. Ahora bien, su intensidad no necesariamente tiene que estar vinculada con su efectividad, ni tan siquiera con su adecuación a la realidad. Con este doble objetivo se van a analizar dos instituciones básicas como son las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y la movilidad geográfica.

Se han llevado a cabo incorporaciones, eliminaciones y alteraciones en dos preceptos estatutarios que tienen una enorme relevancia como instrumentos de gestión de la organización productiva pero que, no por ello, tienen que diseñarse en atención exclusiva a dicho interés en detrimento del de los trabajadores. La búsqueda de un equilibrio entre ambos, objetivo capital de la reforma, es el núcleo duro de este trabajo. Es más, ese equilibrio concretado en la nueva regulación de aspectos, entre otros, como la incorporación de la cuantía salarial al elenco de condiciones sustanciales o el acortamiento del plazo de decisión del trabajador ante una decisión empresarial de esta naturaleza. Junto a estos, y al mismo tiempo, se han producido otras modificaciones, cuya incorporación parece responder a unas pretensiones distintas. En definitiva, una compleja materia que requiere de una atenta mirada para evitar soslayar una realidad con peligrosas consecuencias para los protagonistas del sistema de relaciones laborales.

ABSTRACT

Key Words: Flexicurity, reform, substantial working conditions change

Law 3/2012 has confirmed, in almost its entirety, its precedent Royal Decree-Law 3/2012, thus becoming a very important turning point for the discipline of the labour law, since you need to configure it as one of the great reforms of the labour market. Now, its intensity does not necessarily have to be linked with their effectiveness, or even its adaptation to reality. With this dual objective will be to analyse two basic institutions such as substantial working conditions change and geographic mobility. It has been carried out additions, deletions, and alterations in two statutory precepts, which are of enormous relevance as instruments of management of the productive organization but, nonetheless, have to design in exclusive attention to such interest at the expense of the workers.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. TENDENCIAS LEGALES EN LOS ARTÍCULOS 40 Y 41 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES
3. MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO
 - 3.1. Modificaciones individuales y modificaciones colectivas: criterio distintivo
 - 3.2. Plazo de notificación de la decisión empresarial: implicaciones personales y procesales para el trabajador
 - 3.3. Un breve apunte sobre los medios extrajudiciales en este procedimiento de flexibilidad interna
 - 3.4. Causas justificativas de esta medida de gestión de los recursos humanos
 - 3.5. Cuantía salarial: una nueva incorporación al art. 41 del ET
4. ¿ALTERACIONES MENORES EN EL ART. 50.1.A) DEL ET?
5. MOVILIDAD GEOGRÁFICA
 - 5.1. Eliminación del control por parte de la autoridad laboral
 - 5.2. Los criterios de preferencia de permanencia en la empresa ante supuestos de movilidad geográfica
 - 5.3. Las nuevas incorporaciones nacidas de la Ley 3/2012: discapacitados y víctimas del terrorismo
6. FLEXISEGURIDAD Y REFORMA DE LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO: ¿REALIDAD O FICCIÓN?

1. INTRODUCCIÓN

Bajo la rúbrica de la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo se incorpora, con el RDL 3/2012 –de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 11 de febrero)- y se ratifica con la Ley 3/2012 –de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 7 de julio)-, una serie de alteraciones en instituciones básicas del Derecho del Trabajo; entre las que se encuentran las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y la movilidad geográfica.

Unas alteraciones de un profundo calado orientadas a dotar de la necesaria flexibilidad, que permita al empleador, siguiendo las prescripciones comunitarias¹ así como la tónica iniciada con la reforma de 1994, adaptar y acomodar la realidad de la empresa, en cualquier situación –es decir, no es necesaria la existencia de la correspondiente crisis, aunque así se pudiera pensar por el contexto

¹ En concreto, la Comisión afirma que la flexibilidad es algo más que la libertad empresarial para contratar o para despedir, ésta “*es característica de una organización del trabajo flexible, capaz de responder rápida y eficazmente a nuevas necesidades y de dominar las capacidades necesarias para aumentar la producción, y es la que facilita la conciliación del trabajo y las responsabilidades privadas*”, “*Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad*”, COM (2007) 359 Final de 27 de junio de 2007.

de la reforma-, a las exigencias del mercado². Se supone, y al menos ese ha sido el espíritu de esta última reforma que, de este modo, el empleador, en tales ocasiones, optará por medidas menos traumáticas que la extinción contractual. Así pues, se entiende que se consigue el ajuste de las relaciones de trabajo en la empresa evitando, al menos en teoría, el aumento de la tasa de desempleo.

Con esta doble intencionalidad, se ha rediseñado los artículos 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET); dando lugar a una nueva redacción clara y diáfana a la hora de indicar qué puede hacer el empleador y cómo lo puede hacer, así como las posibles reacciones del trabajador ante estas decisiones empresariales de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y de movilidad geográfica. Posiblemente esta claridad –no exenta, eso sí, de dudas técnicas; algunas de las cuales son de cierta intensidad, y que se arrastran desde anteriores reformas estatutarias- es lo verdaderamente preocupante de la nueva configuración de estos preceptos estatutarios.

Preocupación fruto de unas consecuencias, como se verá a lo largo de estas páginas, no especialmente favorables para los trabajadores pero que podría, pese a ello y en un alarde de buena intencionalidad, justificarse de lograrse unos resultados positivos en materia de empleo; esto es, el mantenimiento –que no, lamentablemente, la creación- de los puestos de trabajo. Este va a ser el principal objetivo de este trabajo, averiguar y determinar si los criterios de política de empleo, en el ámbito de la flexibilidad interna, han primado sobre la pérdida y el retroceso de los derechos de los trabajadores o, si por el contrario, se ha producido una dejación gratuita de los mismos en aras a un irreal y ficticio mantenimiento del empleo, cuya génesis se encuentra en la atribución, en unos casos, y, en la consolidación, en otros, de las facultades de actuación empresarial. En definitiva, la cuestión se centra, una vez más, en la sempiterna idea de flexiseguridad.

Al margen, por ahora, de cualquier debate doctrinal, lo cierto es que la misma se ha convertido en el núcleo duro de las medidas reformistas de los Estados miembros de la Unión Europea que, en este punto, están muy condicionados por las directrices para el empleo. Y, por estarlo, resulta sumamente llamativo y sorprendente que el Programa Nacional de Reformas de 2012 reduzca las referencias a esta flexibilidad interna a la siguiente idea: la reforma ha ampliado *“los mecanismos de flexibilidad interna, que permitirán que en el futuro los ajustes se realicen vía horas trabajadas y/o salario...suponen*

² Esta adaptabilidad es el leitmotiv de la reforma; por consiguiente y como es natural, ha alcanzado a otras instituciones que, con los mismos argumentos, han visto modificada su fisonomía. Es el caso de la negociación colectiva que, según la Exposición de motivos de la Ley 3/2012, tiene como objetivo *“procurar”* que ésta *“sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa”*.

además un avance en la correlación entre la productividad y los salarios con consecuencias positivas sobre la actividad y el empleo". A partir de ahí, las alusiones a las modificaciones sustanciales son inexistentes. Quizás, sus artífices no han considerado que las medidas adoptadas en esta dirección —excluida la salarial y una mención, casi de pasada, a la movilidad geográfica— vengán a cumplir los objetivos marcados por las Orientaciones comunitarias pues, no debe olvidarse, que se está ante el documento presentado ante las instancias europeas en aras a demostrar lo que se está haciendo en los Estados miembros, con el propósito de dar cumplimiento a tales Orientaciones; o sea, siguiendo al Programa, éste sienta *"las bases para el cumplimiento de los objetivos de la Estrategia Europea 2020"*. Pero, de ser así, es decir, de no estimarse cruciales para alcanzar los fines comunitarios, no se justificaría dichas modificaciones, que deberían responder a la voluntad expresada en el señalado Programa de que *"el mercado de trabajo español presenta deficiencias estructurales que explican el elevado coste de la crisis en términos de destrucción de empleo"*.

Hecha esta relevante consideración, hay que continuar indicando que el señalado objetivo de este trabajo, lógicamente, va a condicionar su estructura, que va a responder, en un primer momento y como es natural, a las innovaciones introducidas en estos institutos jurídicos para, a continuación, examinar si dichas innovaciones han conseguido alcanzar el ansiado equilibrio entre flexibilidad y seguridad, siempre con el necesario aliciente de asegurar los puestos de trabajo. De este modo, se podrá juzgar las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 cuando afirma que *"esta es una reforma en la que todos ganan, empresarios y trabajadores, y que pretende satisfacer más y mejor los legítimos intereses de todos"*.

2. TENDENCIAS LEGALES DE LOS ARTÍCULOS 40 Y 41 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Se va a partir de las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, cuando indica que el objetivo de las modificaciones operadas en los artículos 40 y 41, no es otro que *"fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviesa la empresa"*. Con este propósito y en términos generales, se ha adoptado una serie de cambios, con los que facilitar a la empresa la adopción de medidas de flexibilidad interna y, por lo que aquí interesa, de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y de movilidad geográfica.

Antes de continuar se quiere aclarar que ello, en cambio, no ha ido acompañado, en todo caso, de un perfeccionamiento técnico de todos los elementos conformadores de estos preceptos legales. Todo lo contrario. Muchas de sus deficiencias y puntos oscuros han permanecido; cuando no se han acrecentado,

lo que puede ser un lastre³, aunque también es cierto que no de la suficiente entidad, como para que las empresas decidan poner en marcha estas medidas.

Dicho lo cual, hay que afirmar que las novedades han tenido, fundamentalmente, tres tendencias. Por un lado y con una vocación claramente flexibilizadora, se ha eliminado, de una parte, los objetivos a los que debían tender las causas permisivas de las modificaciones, y se ha relativizado, de otra y consecuencia de la precedente, las propias causas. Íntimamente conexionado con esto, se ubicaría las facilidades de procedimiento y la agregación, al elenco del art. 41 del ET, de la cuantía salarial, lo que amplía, de manera sustancial, la incidencia de estas decisiones empresariales en la esfera del trabajador.

En definitiva, una tendencia flexibilizadora que vendría a contrarrestar, al menos a juicio del Gobierno, la rigidez precedente. Sin embargo, esta premisa no es del todo cierta. De hecho, y con respecto a la reforma de 2010, ALFONSO MELLADO cuestionó su necesidad, puesto que el régimen nacido de la reforma de 1994 ya era, para este autor, suficientemente flexible⁴. De ahí que resulte llamativo que los empleadores hayan optado, en materia de flexibilidad interna, por “*otros instrumentos; y muy especialmente, [por] la contratación temporal injustificada*”, es decir, por otras “*vías de escape*”⁵. De hecho, el Programa Nacional de Reformas así lo entiende cuando afirma que las medidas de flexibilidad interna tienen como objetivo reducir “*el recurso a la contratación temporal*”. Por lo que para la clase empresarial y, por ende, para el Gobierno, estos preceptos estatutarios requerían de unas mayores dosis de flexibilidad.

Por otro lado, y en esta ocasión con una intencionalidad técnica, se ha sistematizado y simplificado la distinción entre modificaciones individuales y colectivas; al tiempo que se ha precisado, añadido y eliminado aspectos puntuales, pero no de segundo orden, en la regulación de las modificaciones sustanciales, en sentido amplio, de las condiciones de trabajo –es decir, incorporando la movilidad geográfica, ya que no es más que una modificación cualificada–.

Y en una tercera tendencia habría que incluir las incorporaciones de las víctimas del terrorismo así como de las personas discapacitadas en el derecho preferente al traslado del art. 40 del ET. Esta última tendencia supone, a juicio

³ En este sentido, San Martín Mazzucconi, “*La modificación de condiciones de trabajo tras el RD-Ley 10/2010*”, en “*Reforma de 2010*”, Pamplona, 2010, p. 324.

⁴ “*Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna*”, Valencia, 2010, pp. 88 y 89 y, de forma parecida, Ramírez Martínez, “*Algunos problemas interpretativos planteados por la regulación de la flexibilidad interna en las reformas laborales de 2010 y 2011*”, *Actualidad Laboral*, nº 5, 2012, p. 524.

⁵ Cruz Villalón, “*La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010*”, en “*La reforma del mercado de trabajo y la Ley 35/2010*”, Madrid, 2011, p. 128.

de CASAS BAAMONDE y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, que “*el lenguaje y el contenido del Derecho del Trabajo, de las leyes laborales, cambia, acercándose progresivamente al derecho de las personas y abandonando el núcleo duro de las relaciones de producción*”⁶.

En cualquiera de estas tendencias, por tanto, quedan enmarcadas las innovaciones y alteraciones, a las que se hará referencia a lo largo de estas páginas. Sólo quedará excluida de las mismas, la modificación de condiciones contenidas en convenio colectivo estatutario que, conforme al art. 41.6 del ET, se remiten al Título III de este cuerpo legal⁷; esto es, al procedimiento de descuelgue del art. 82.3 del ET. Su exclusión de este trabajo obedece, en exclusiva, a su tratamiento en otro capítulo de esta obra colectiva.

3. MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

3.1. Modificaciones individuales y modificaciones colectivas: criterio distintivo

Comenzando con la diferenciación entre modificaciones individuales y colectivas, hay que aceptar que el precepto estatutario ha mejorado, desde un criterio didáctico, al hacer mucho más comprensible su lectura al eliminar, en este punto, su complejidad interpretativa. Por tanto, y en un primer momento, se puede afirmar que se ha ganado, al dársele una redacción mucho más clara y sistemática. Así, frente al precedente y confuso art. 41 del ET, la redacción actual se ha simplificado; de tal modo que la distinción obedece exclusivamente al número de trabajadores afectados por la medida.

Aunque sea casi anecdótico, se quiere llamar la atención sobre la precisión realizada en relación con los umbrales –tanto en las modificaciones sustanciales como en la movilidad geográfica-. Se ha aclarado que la medida será colectiva –en el tercer umbral- cuando afecte a treinta o más trabajadores en empresas de “*más de trescientos*”. Antes, este umbral se confundía con el inmediatamente precedente, puesto que ambos abarcaban la frontera de los trescientos trabajadores.

Hecha esta precisión, hay que reiterar que el criterio para calificar una modificación de este tipo como individual, plural o colectiva es el número de trabajadores afectados. La elección legal de este criterio numérico elimina la

⁶ “*Las reformas de la reforma laboral de 2012 (la Ley 3/2012 y el RDL 20/2012)*”, Relaciones Laborales, n° 15-18, 2012, p. 3.

⁷ Esta remisión, que se realizó con el RDL 7/2011, ya era reclamada, entre otros, por SAN Martín Mazzucconi, “*La modificación de condiciones de trabajo...*”, opus., cit., p. 294.

significación del soporte jurídico de la condición –excluidos, como se acaba de señalar, los convenios estatutarios-; siendo así indiferente que sea un contrato individual, una decisión empresarial con efectos colectivos o un acuerdo o pacto colectivo no estatutario. Es decir, las condiciones contractualizadas⁸. Ahora bien, no todos estos diferentes instrumentos deberían tener, a efectos de la adopción de la medida, un mismo tratamiento; y muy particularmente, los acuerdos o pactos colectivos. En estos últimos, no se puede perder de vista que se está ante la modificación de una condición contenida en un acuerdo colectivo⁹ y, por ser así, debería asegurarse algún tipo de garantía impeditiva de la decisión unilateral del empleador a fin de salvar concretas dudas sobre la constitucionalidad de esta decisión y, del mismo modo, sobre si puede ser una vía indirecta para que el empleador se sustraiga de lo pactado colectivamente. Sendas cuestiones, por no ser consecuencia directa de la reforma de 2012, no van a ser abordadas aunque sí se quería, como mínimo, llamar la atención sobre ellas.

No se puede terminar este apartado sin indicar que este criterio numérico obliga al empleador a someterse, de superar los umbrales, al trámite del período de consultas cuando la condición esté contenida en contratos individuales de trabajo, lo que de algún modo puede neutralizar el abuso, por su posición, sobre los trabajadores. Pero ello, no obstante, debe admitirse sin grandes esperanzas pues, no debe pasar desapercibido, que la decisión última, en puridad, corresponde al empleador; y, sobre todo, puesto que no se puede olvidar que el tejido empresarial español, como es sabido, está conformado por pequeñas y medianas empresas –y, tras la crisis, por microempresas-, por lo que superar los umbrales, en la generalidad de los casos, va a ser imposible. Siendo así, la mayoría de las modificaciones van a tramitarse como individuales o plurales¹⁰, con todo lo que ello implica como se verá a continuación.

⁸ Así las llama San Martín Mazzucconi, “*La modificación de condiciones de trabajo...*”, opus., cit., p. 291.

⁹ Como defiende Cruz Villalón, esta facultad de actuación del empleador es amplísima, puesto que le permite actuar sobre acuerdos colectivos y convenios extraestatutarios, de empresa o de sector, cualquiera que sea la cláusula modificada y sea con carácter temporal o definitivo, “*La flexibilidad interna en la reforma laboral...*”, opus., cit., p. 163.

¹⁰ Valdés Dal-Ré escribe que, con la reforma, “*el ámbito de las modificaciones sustanciales de dimensión individual se ha ampliado en la misma dimensión en que se ha estrechado el campo de vigencia de las modificaciones de carácter colectivo*”, “*Flexibilidad interna en la Ley 3/2012*”, Relaciones Laborales, nº 15-18, 2012, p. 4.

3.2. Plazo de notificación de la decisión empresarial: implicaciones personales y procesales para el trabajador

Como es de sobra conocido, en el supuesto de las modificaciones individuales y plurales, la exigencia procedimental queda reducida a la notificación por escrito de la medida al trabajador/es afectado/s y a los representantes legales de los trabajadores¹¹, con un plazo de 15 días de antelación. Con la reforma de 2012, se ha pasado de los 30 días anteriores a este nuevo plazo, lo que tiene importantes consecuencias para los trabajadores.

Esta reducción del plazo de la notificación debe estar justificada en la voluntad de imprimir agilidad a la medida modificatoria; esto es, en la imperiosa necesidad, a juicio del artífice de la reforma, de que la decisión empresarial se haga efectiva a la mayor brevedad posible, lo que pone de manifiesto la prevalencia del interés empresarial sobre el del trabajador. Esta afirmación necesita de una argumentación algo más detenida.

Este plazo ha cumplido, desde siempre, una doble finalidad: una personal y otra procesal. Comenzando con la justificación personal, hay que indicar que este plazo sirve para que el trabajador, conocida la decisión empresarial, tenga el tiempo suficiente para calibrarla y, así, actuar en consecuencia. La reducción del plazo a 15 días supone restarle tiempo para sopesar cómo le va a afectar la medida en su esfera profesional y personal. No es descabellado pensar que, con este acortamiento, el trabajador se puede sentir, de algún modo, presionado; y, en consecuencia, que no siempre adopte la decisión que pueda resultarle menos perjudicial.

Esto no significa, en cambio, que el empleador deba supeditar su decisión a las circunstancias del trabajador. Pero esta no es la cuestión, sino el diseño legal de la medida. Por eso, el legislador sí debería, como garante de todos los intereses en juego, haberlas tenido en cuenta; y no convertir este cambio, que a primera vista puede parecer inocuo, en un elemento en contra para el trabajador. Máxime cuando la decisión empresarial condiciona y compromete inexorablemente el desarrollo personal y profesional del trabajador –le puede conducir, incluso, a renunciar al trabajo-. Hasta tal punto es así que la medida empresarial “*puede producir un cambio en las condiciones de vida del trabajador que, probablemente, de haberse conocido en el momento de la firma del contrato hubiesen conllevado su no celebración, o su celebración en términos*”

¹¹ Para San Martín Mazzucconi, la inexistencia, en estos casos, de representantes legales de los trabajadores hace que “*lo más lógico [sea] mantener que el requisito debería dispensarse*” por su intervención meramente pasiva, “*La modificación de condiciones de trabajo...*”, opus., cit., p. 306.

*distintos*¹²; yendo más allá, dicho perjuicio es “ajeno a la relación laboral. Y además, que esto sólo se puede evaluar desde la posición del trabajador; es más, desde la trascendencia, repercusión e incidencia que causa en su vida personal y familiar”¹³. El hecho de que se haga caso omiso a esta realidad, aunque sea simplemente acortando el plazo, supone ignorar a la figura del trabajador desde la lógica exclusiva de la dinámica empresarial.

Tampoco la desatención legal puede responder a que la medida no provoca ningún perjuicio para el trabajador –aunque el legislador así lo entiende para el caso del art. 41.1.e) del ET, es decir, sistema de trabajo y rendimiento–, ya que, como dice ROMÁN DE LA TORRE, la decisión empresarial juega “*en sentido unidireccional puesto que no se establece en beneficio del trabajador*”¹⁴ o, con palabras de la Sentencia 268/2012 –de 19 de abril– del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (Burgos), “*no puede definirse como modificación sustancial, al no acreditarse perjuicio alguno para los trabajadores ni mayor onerosidad en el desempeño de su trabajo*”. Por tanto, toda modificación encierra y conlleva un perjuicio para el trabajador.

Siendo así, aún cuando la modificación sea aceptada por éste, no elimina el perjuicio. A lo sumo, supondrá un “*acomodamiento –o resignación– a las nuevas condiciones laborales*”¹⁵. No es fortuita la elección del término, ya que dicha acomodación no es resultado de una previa negociación sino, más bien, de la imposición empresarial de la novación contractual. De este modo, el trabajador sólo podrá rechazar o aceptar la medida¹⁶, por lo que este comportamiento se puede calificar de “novación por adhesión” o, si se prefiere, de sumisión a la voluntad empresarial. Máxime en la actual situación de crisis. En consecuencia, la opción rescisoria con indemnización va a tener una escasa incidencia aunque esta indemnización nivele “*el desequilibrio provocado por la modificación, que encuentra como fundamento la primacía del interés empresarial*”¹⁷. Y ello a pesar de la novedad de la reforma, en virtud de la cual el trabajador va a poder acudir a esta opción indemnizatoria casi cualquiera que sea la condición modificada y, por ende, causante del correspondiente perjuicio.

¹² Morales Ortega, “*Perjuicio del trabajador y modificaciones sustanciales: los medios de reacción*”, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 105, 2001, p. 421.

¹³ Morales Ortega, “*Perjuicio del trabajador...*”, opus., cit., p. 423.

¹⁴ Román de la Torre, “*Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Aspectos sustantivos y procesales*”, Granada, 2000, p. 134.

¹⁵ Morales Ortega, “*Perjuicio del trabajador...*”, opus., cit., p. 419.

¹⁶ Siendo esta opción del trabajador, la que salvaría cualquier duda jurídica al respecto pues, como dice Román de la Torre, “*La autonomía individual se modifica a través de la propia autonomía individual, aun cuando la novación formal del pacto tenga su origen en la voluntad unilateral del empresario*”, “*Modificación sustancial...*”, opus., cit., p. 135.

¹⁷ Morales Ortega, “*Perjuicio del trabajador...*”, opus., cit., p. 430.

En definitiva, el acatamiento incondicionado del trabajador de las modificaciones operadas desde la voluntad empresarial va a conducir, por lo que también se dirá más tarde, a un empeoramiento, en muchos casos extremo, de las condiciones de trabajo con el único, y teórico, aliciente, para el trabajador, del mantenimiento del puesto de trabajo.

Siguiendo con la finalidad de carácter procesal, hay que partir de que el anterior plazo de 30 días era superior al de caducidad de la acción para poder impugnar judicialmente la decisión empresarial. Aunque este último empieza a computar desde la notificación del empleador, puede darse, hoy en día, la situación de que el trabajador tenga que acatarla aun entendiéndola que es susceptible de recurrirse, por injustificada, ante los órganos jurisdiccionales. En relación con ello, se puede llamar la atención sobre el art. 138 de la Ley de la Jurisdicción Social (en adelante, LJS) cuando afirma que, en el caso de que la sentencia declarara injustificada la medida, podrá incorporar el *“abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos”*.

Así las cosas, si se unen estas dos consecuencias del acortamiento del plazo, hay que aceptar que el trabajador tiene, en sólo quince días, que evaluar la medida tanto desde criterios personales como, por así llamarlos, judiciales, sino quiere verse compelido a ejecutar una medida que, en el segundo caso, considera no conforme a derecho o injustificada.

En principio, estas consecuencias también proceden cuando la notificación se realiza, por ser colectiva la modificación, tras el fracaso del período de consultas. En este caso, y según el actual art. 41 del ET, la decisión *“surtirá efectos en el plazo de los siete días siguientes a la notificación”*, que deberá, por lógica, realizarse inmediatamente después de finalizar el período de consultas. En estos supuestos, no se está ampliando, en siete, el plazo de los quince días de las modificaciones individuales y plurales, sino que se está reduciendo, en ocho, el tiempo del que dispone el trabajador para realizar el enjuiciamiento personal y profesional de la medida. Es verdad que éste –incluso cabría entenderse como una obligación de los representantes de los trabajadores– puede conocer que se está negociando una modificación de condiciones de trabajo pero puede, de igual forma, desconocer los términos de dicha negociación e, incluso y mucho más importante para él, si está afectado por dicha medida flexibilizadora. Siendo así, lo que no parece desacertado, puede darse la situación de que la apertura del período de consultas –sobre el que desde luego no hay duda alguna de su necesidad– en las modificaciones colectivas va a repercutir negativamente en el trabajador. Si ya se estimaba, como se acaba de indicar, que el plazo de los quince días era demasiado corto; este nuevo plazo es todavía más y, por serlo, afecta muy negativamente al trabajador.

3.3. Un breve apunte sobre los medios extrajudiciales en este procedimiento de flexibilidad interna

Dos supresiones acometidas, primero, con el RDL 3/2012, y después con la Ley 3/2012, justifican este epígrafe. Por un lado, hay que criticar enérgicamente la eliminación de cualquier referencia a la comisión paritaria dentro del período de consultas del art. 41 del ET. Es verdad que esta comisión es contenido mínimo del convenio estatutario, cuya modificación, como se sabe, se deriva al art. 82.3 del ET pero también, en este último precepto, se ha constreñido enormemente la intervención de este órgano mixto. De hecho, ha quedado reducida a la simple notificación del descuelgue o a su intervención –eso sí, siempre que una de las partes solicite su participación- ante la falta de acuerdo en el período de consultas.

Por consiguiente, el papel de la comisión paritaria en las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, tanto si están contenidas en un convenio estatutario como en cualquier otro acuerdo colectivo, queda reducida a lo que pueda disponer el convenio en virtud del art. 41.4 del ET, que indica que el procedimiento legal operará “*sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva*”. Sin embargo, la práctica negocial no parece, hasta el momento, particularmente favorable a conceder un papel relevante a la comisión paritaria en estos procedimientos de flexibilidad interna; lo habitual es que no exista mención a ella –excluido ya el supuesto del art. 82.3 del ET- o, cuando existe, que su intervención sea casi testimonial.

No se entiende las razones, que han conducido al legislador a este cambio –o, si se quiere, pérdida de protagonismo de la comisión paritaria- con respecto a la reforma de 2011. Máxime porque no hay que olvidar que este órgano de gestión convencional puede estar, y es muy normal que esté, presente en un convenio extraestatutario, por lo que no se le debería privar de su posible participación en este tipo de acuerdos de empresa, con los que se altera en sede empresarial el convenio firmado por los sujetos, a los que este órgano representa.

Y por otro, la supresión del contenido mínimo y obligatorio del convenio estatutario de la referencia a los medios extrajudiciales como alternativa a la falta de acuerdo en este período de consultas. El actual art. 85.3.c) del ET sólo alude al procedimiento del art. 82.3 y, por remisión, del art. 41.6, es decir, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo contenidas en un convenio colectivo estatutario, es decir, las que requieren, *a priori*, de

acuerdo¹⁸. Para las restantes, salvo que se indique otra cosa en los acuerdos de solución de conflictos o en los convenios ordinarios¹⁹, se fomenta, desde la norma legal, que sea el empleador quien decida, en última instancia, este sometimiento a las vías extrajudiciales. Una vez más, se está ampliando, de manera considerable, el margen de acción del empleador convirtiéndolo en el verdadero y único promotor, artífice y ejecutor de este tipo de medidas.

3.4. Causas justificativas de esta medida de gestión de los recursos humanos

La reforma de 2012 ha actuado también sobre las causas justificativas de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo o, para ser más exactos, sobre su aspecto teleológico. En verdad, esta reforma ha mantenido las tradicionales causas –económica, técnica, organizativa o de producción– pero ha suprimido la concreción de los fines, a los que tenían que estar dirigidas²⁰; y que, de algún modo, venían a limitar, por muy amplia que fuese la interpretación, el poder de decisión empresarial. Su supresión conlleva, por tanto, que el control judicial, como admite GOERLICH PESET, quede reducido a “*la existencia de la causa, sin permitir que se extienda a la valoración de la razonabilidad de la medida a la luz de las finalidades legales*”²¹.

Las causas, actúen conjunta o independientemente, tienen que servir, en cualquiera de sus expresiones, a los objetivos empresariales. De no ser así, no podrán ser alegadas por la empresa de cara a justificar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo –o una movilidad geográfica–. Sin embargo,

¹⁸ No debe olvidarse que conforme al actual diseño procedimental del art. 82.3 del ET es perfectamente posible que la voluntad de una sola de las partes pueda dar por finalizado el procedimiento, tras el fracaso de los instrumentos previos, mediante la sumisión del conflicto a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o a los respectivos órganos de las CCAA. Esta regla es calificada por Valdés Dal-Ré como “*errática y extravagante*”, “*Hacia un derecho común de la flexibilidad interna*”, Relaciones Laborales, nº 19-20, 2012, p. 16.

¹⁹ Como reconoció Garrido Pérez, en relación con la reforma de 2011, para el caso de los convenios no estatutarios, los “*procedimientos de los Acuerdos Interprofesionales se encuentran al mismo nivel opcional que los recogidos particularmente en el convenio colectivo de aplicación para recurrir a ellos como sustitutos del período de consultas*”, “*Negociación colectiva y sistemas de solución de conflictos*”, Ed. Multicopiada, Ronda, 2011, p. 39.

²⁰ Hay que tener en cuenta que en las modificaciones de condiciones contenidas en convenio colectivo estatutario, la remisión al procedimiento del art. 82.3 del ET hace que se mantenga los fines de las oportunas causas. Siendo así, de nuevo, se está ante un régimen más favorable y más garantista para el trabajador que con respecto al regulado por las condiciones contractualizadas.

²¹ “*El Real Decreto-Ley 3/2012: aproximación general*”, en “*La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*”, Valencia, 2012, p. 34; en términos parecidos y en esta misma obra colectiva, Roqueta Buj, “*Flexibilidad interna*”, pp. 113 y 116.

ello es difícil que se produzca por la sencilla razón de que los órganos jurisdiccionales han realizado una interpretación extensiva de las causas, siendo la económica, la que de modo más claro ha respondido a dicha ampliación²². Tanto es así, que no se ha empleado, en estas páginas, de manera casual la expresión “objetivos empresariales”, puesto que casi cualquiera que sean éstos, se permite la adopción de la correspondiente medida. Así pues, se está tendiendo al macroobjetivo, defendido por LLORENTE RIVAS, de “*necesidades o requerimientos de la organización de la empresa*”²³; esto es, la prevalencia absoluta del interés empresarial –con el agravante, hay que insistir, de que en las condiciones contractualizadas, la decisión última corresponde al empleador-.

A ello hay que añadir esa señalada supresión de los fines o, si se quiere, reformulación al indicarse que las causas deben estar “*relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa*”. El tenor del precepto es tan laxo e impreciso que es casi como no decir nada²⁴, lo que unido a esa citada amplitud de las causas²⁵, permite afirmar, sin ningún género de dudas, que se está ante otra manifestación de la tendencia flexibilizadora.

²² Como recoge Román de la Torre, en relación con esta causa, no es “*necesario que la empresa se encuentre ante una situación de emergencia o esté en peligro de subsistencia... Bastará que la modificación contribuya a mejorar la situación de la empresa en el mercado para que la medida esté justificada, por lo que su adopción cabe aunque el balance económico de la empresa pueda ser positivo o no exista peligro alguno sobre su futura viabilidad*”, “*Modificación sustancial...*”, opus., cit., p. 31.

²³ “*Las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo*”, Madrid, 2009, p. 285.

²⁴ En esta misma dirección, Valdés Dal-Ré sostiene que se trata de un “*criterio enormemente difuso, en buena parte vinculado a factores económicos genéricos, de carácter eminentemente exógenos a la actividad productiva y por tanto al abrigo de controles rigurosos, y dotados de un potencial aplicativo muy favorable para la validación jurídica del ejercicio por el empresario de los poderes extraordinarios que se le han concedido*”, “*Flexibilidad interna...*”, opus., cit., p. 5; menos tajante, pero con igual sentido, se manifiesta la Sentencia de la Audiencia Nacional 61/2012 –de 28 de mayo– cuando afirma que “*la nueva versión del art. 41.4 ET ha limitado, aun más, el nivel de exigencia de la versión precedente*”.

²⁵ Cabría cuestionarse la posibilidad de que la concreción realizada por otros preceptos convencionales, después de la Ley 3/2012, tales como los reguladores de las suspensiones o de los despidos colectivos, pudiese ser aplicada al supuesto de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo; de manera tal que limitase el margen de acción empresarial. Ni que decir tiene que esta no ha sido la voluntad legislativa, ya que la Ley 3/2012 podría, como ha hecho en relación con esos otros artículos, haber concretado las causas; y el no haberlo hecho no entra dentro del descuido sino de la manifiesta e intencionada voluntariedad del legislador. Ahora bien, ello no quiere decir que los órganos jurisdiccionales así como, incluso, los agentes sociales, en sus respectivas esferas, puedan acoger, como mínimo, la ejemplificación legal de los otros preceptos estatutarios de cara a la configuración de las causas de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo –art. 41 del ET-.

Yendo más allá, la parquedad, en este punto, del art. 41 del ET se hace especialmente manifiesta en el término competitividad, que se ha convertido, pese a su indefinición²⁶, en una constante de los documentos económicos y laborales. Un ejemplo de ello es el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014²⁷, en el que se lee que “*tanto los salarios como los beneficios distribuidos deben evolucionar de forma moderada, de modo que permitan dirigir una mayor parte del excedente empresarial a inversiones de reposición y ampliación. Ambos aspectos tienen por objeto fortalecer la capacidad de competir del tejido industrial español*”. Se quiere subrayar que en este Acuerdo se opta por la evolución moderada, no así por la disminución salarial que, no nos debemos engañar, es la que promueve y permite el actual art. 41 del ET, como se verá en el próximo epígrafe.

Exceptuada esta última reflexión, lo cierto es que los interlocutores sociales, aunque sin precisiones, apuestan por esta competitividad, que se ha convertido en la estrella de belén para las empresas, primero, y para el legislador, después. La conversión de la competitividad en el leitmotiv de muchas de las medidas reformistas obliga a entender que se ha producido una pérdida de la competitividad empresarial; y aunque ésta, con la crisis, es obvia –en España, y en cualquier estado–, en términos relativos, dicha pérdida debe aceptarse con enorme cautela.

Como demostró, aunque en el contexto de la reforma de 2010, ALFONSO MELLADO, esa pérdida de competitividad y productividad de las empresas españolas es relativa; es más, para este autor, dicha pérdida “*viene, esencialmente, de aspectos no derivados de la regulación laboral*”, sino de factores ajenos al mercado de trabajo²⁸.

Pero es que además el reciente Programa Nacional de Reformas de 2012 recoge que “*entre 2008 y 2011 se ha recuperado la mitad de la competitividad perdida en los ochos años anteriores*”; es más, continua este documento, “*el*

²⁶ Llorente Rivas vincula la competitividad “*en primer lugar, con que la empresa pueda seguir existiendo y concurriendo a ese mercado y, en segundo lugar, con la obtención de la mayor rentabilidad posible de los capitales puestos en juego*”, “*Las modificaciones sustanciales...*”, opus., cit., p. 284. Pese a ésta, u otra, pretendida definición por objetivos; la misma no aporta especial claridad sobre la conceptualización del término, ya que casi toda pretensión empresarial puede quedar subsumida en esta idea de competitividad.

²⁷ BOE de 6 de febrero de 2012.

²⁸ De acuerdo con los datos aportados por este autor, la productividad en la Europa de los 15 es más o menos similar a la española; el salario está muy por debajo de la Europa de los 15, aunque por encima del de la Europa de los 27 –de ahí que las empresas españolas se marchen a estos otros países–; la media de la jornada es muy parecida a la del resto de los Estados europeos –no así, como es natural, si se compara con Asia o Sudamérica–; y, por último, el gasto en protección social no es especialmente elevado, “*Las actuaciones...*”, opus., cit., pp. 87 y siguientes –en especial, p. 89–.

sector empresarial ha demostrado, a pesar de la crudeza de la crisis, una notable capacidad de adaptación, reorientando con éxito su oferta hacia los mercados internacionales en un entorno marcado por la caída de la demanda de nuestros socios comerciales y el avance de las economías emergentes en el comercio mundial". Y estas afirmaciones casan mal con esa búsqueda, a cualquier precio, de competitividad, por dos motivos. Por un lado, porque el aumento de la competitividad se ha producido en los momentos –excluidos los actuales– más álgidos de la crisis; y por otro lado, porque ha sido ajeno a la última reforma laboral, lo que confirma esa falta de vinculación, que ha justificado muchas de las medidas adoptadas. Por tanto, hay que concluir que dicha pérdida de competitividad no es resultado de la rigidez de nuestro mercado de trabajo; como éste no lo es de la crisis económica²⁹.

Obviamente, la negación de este punto de partida condiciona sobremanera el discurso o, si se quiere, las medidas a adoptar, que no se han orientado, como sí se debía haber hecho, a la modernización y adaptación de las empresas españolas al nuevo modelo productivo. En cambio, se ha preferido actuar sobre la legislación laboral en una clara tendencia flexibilizadora y estructural, que tiene como hilo conductor, y esto es muy importante, que de la satisfacción del interés empresarial se conseguirá, como deriva natural, no la mejora de las condiciones profesionales de los trabajadores, sino una protección de mínimos como es el mantenimiento del puesto de trabajo. Eso sí, sin ningún compromiso por parte del empleador en este sentido, por lo que el trabajador puede aceptar su regresión laboral sin que, por ello, se le garantice, con visos de futuro, su permanencia en la empresa.

Esta primacía total del interés empresarial obliga irremediablemente a fijar, en cuanto a las causas y fines de la medida, unos criterios restrictivos del todo vale, puesto que, en estos casos, la libertad de organización empresarial³⁰ colisiona con los derechos de los trabajadores³¹. Vaya por delante que dichos crite-

²⁹ Del mismo modo, Alfonso Mellado, "*Las actuaciones...*", opus., cit., pp. 81 y 85.

³⁰ Libertad que ha sido interpretada por nuestros tribunales como fundamento del margen de maniobrabilidad empresarial en el caso de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo; exactamente, y como recogen las Sentencias de la Audiencia Nacional 22/2012 –de 2 de marzo– y 61/2012 –de 28 de mayo–, que asumen la doctrina del Tribunal Supremo, "*la distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad reconocidas en el art. 38 de la Constitución, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de reestructuración de la plantilla*".

³¹ Como escribe Roqueta Buj, "*se otorga al empresario un poder prácticamente omnímodo para trasladar a los trabajadores y modificar sustancialmente sus condiciones de trabajo, sin más límites que la buena fe, el abuso de derecho, el fraude de ley y los derechos fundamentales de los trabajadores*", "*Flexibilidad...*", opus., cit., p. 116.

rios no tienen que suponer un entorpecimiento arbitrario, que hagan ineficaz el art. 41 del ET, sino que deben entenderse como impositivos del abuso, del fraude o, sencillamente, de la falta de necesidad de la modificación sustancial por responder al capricho del empleador³². Con otras palabras, la decisión empresarial que, sin duda, va a perjudicar al trabajador, puede que no reporte beneficios empresariales particularmente significativos, ya sea por su dimensión, ya sea por su propia efectividad. Máxime tras la supresión del elemento finalista, que exigía la mejora de la situación de la empresa que, de algún modo, actuaba de freno, pese a su extensiva interpretación, a la discrecionalidad empresarial. Por lo que, en la actualidad, basta, como se ha transcrito al inicio de este apartado, con que la medida, ya de por sí amplia en atención a sus causas –hasta el extremo de que en la Sentencia de la Audiencia Nacional 41/2012, de 23 de abril, se puede leer que se ha producido la “*práctica descausalización de la figura*”–, esté relacionada con la competitividad, productividad u organización empresarial. Una relación que, por supuesto, habrá que probar, ya sea ante los representantes de los trabajadores durante el período de consultas, ya sea ante los órganos jurisdiccionales de impugnarse la medida empresarial³³.

En este último caso y hasta el momento –no existen demasiadas sentencias en esta materia tras la reforma de 2012, ya que la casi totalidad aplica el régimen legal precedente–, como recoge ROMÁN DE LA TORRE, los tribunales “*consideran acreditada la causa que alegó la empresa a poco esfuerzo que ésta haya realizado por demostrar la lógica entre aquélla y la modificación y sin alcanzar mucho más sobre la contribución positiva de la modificación a la situación de la empresa o por qué afecta en concreto a las condiciones de determinados trabajadores*”³⁴. A lo que hay que sumar que los propios órganos jurisdiccionales, desde el punto de vista teleológico, tampoco

³² Como es de esperar, las posiciones doctrinales no son unánimes. Mientras que San Martín Mazzucconi afirma que las causas deben estar vinculadas “*al interés de la organización empresarial, lo que significa que se caracterizan por su objetividad, no respondiendo a la mera conveniencia particular del empresario*”, “*La modificación de condiciones de trabajo...*”, opus., cit., p. 302; Llorente Rivas sostiene que basta la voluntad empresarial cuando ésta tenga como objetivo “*una mejor adecuación a los criterios de concurrencia al mercado*”, “*Las modificaciones sustanciales...*”, opus., cit., p. 275.

³³ En este último supuesto, Goerlich Peset entiende que “*la carga de la prueba empresarial... sin duda, se ciñe, en exclusiva, a las causas*”; ahora bien, este autor añade, aunque en referencia al despido colectivo, que “*la facultad empresarial de despedir debe ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe...* [en cuyo caso], *la carga de la prueba empresarial seguiría siendo la misma y se referiría en exclusiva a los hechos. Deberían ser los trabajadores quienes corrieran con la carga probatoria del ejercicio antisocial de las potestades empresariales, acreditando que sobrepasan manifiestamente su ejercicio normal, bien en términos cuantitativos bien por su uso desviado en cada supuesto en concreto*”, “*El Real Decreto-Ley 3/2012...*”, opus., cit., pp. 35 y 36.

³⁴ “*La modificación de condiciones de trabajo...*”, opus., cit., p. 30.

han sido más restrictivos³⁵; y así, por ejemplo, al Tribunal Supremo le ha bastado que la medida tuviese como finalidad “*la mejora incluso de lo que ya es bueno*” siendo “*indiferente que la empresa no hubiera actuado antes para corregir una situación mejorable, ya que su pasividad inicial no la inhabilita para el futuro*”³⁶. Llegando incluso a que estas medidas empresariales puedan ser adoptadas, siguiendo la tónica precedente a la reforma³⁷, con carácter preventivo; o sea, “*constituyan una actividad ordinaria de carácter claramente preventivo, que se basa en los análisis y previsiones empresariales que reiterativamente aconsejan la adopción de medidas reorganizativas del factor trabajo en la empresa, entre otros, para mantener así los niveles de competitividad exigidos para su permanencia en el mercado*”³⁸.

Estos posicionamientos jurisdiccionales hacen un flaco favor a la depuración de la decisión empresarial y, por hacerlo, ya se está confirmando la tendencia absolutamente flexibilizadora del art. 41 del ET existente con anterioridad al RDL 3/2012 y, por lógica, a la Ley 3/2012; y que ésta ha venido a llevar hasta sus últimas, y posibles, consecuencias legales –excluida, como es natural, la propia eliminación de las causas–.

En consecuencia, la amplitud de las causas y la falta de concreción de los fines pueden desembocar en una objetivación de la relación causa-efecto; esto es, que de la existencia de la causa se derive, automáticamente y sin objeciones, sus efectos.

Claro que evitar este desafortunado resultado exigiría un control de oportunidad, que no siempre ha sido llevado a cabo por los órganos jurisdiccionales³⁹, pero sí, no debe pasar inadvertido, debería hacerse por los representantes legales de los trabajadores. Su exclusión de las modificaciones individuales y de la decisión final en el período de consultas, salvo acuerdo, en las colectivas puede conducir a que se adopte decisiones, cuya necesidad, podría

³⁵ En contra se expresa el Programa Nacional de Reformas de 2012 cuando, en relación con la movilidad geográfica, afirma que se han redefinido sus causas a fin de evitar “*interpretaciones judiciales excesivamente restrictivas sobre las facultades empresariales*”.

³⁶ San Martín Mazzucconi, “*La modificación de condiciones de trabajo...*”, opus., cit., p. 303; y, del mismo modo, Llorente Rivas, “*Las modificaciones sustanciales...*”, opus., cit., pp. 270 y 271. Por parte de nuestros tribunales y por todas, la Sentencia de la Audiencia Nacional 41/2012 –de 23 de abril–.

³⁷ De acuerdo con Cruz Villalón, “*en términos materiales lo que se hace es abandonar a todos los efectos la idea de que se está exigiendo una situación presente de deterioro empresarial, de modo que se concibe la flexibilidad interna como un instrumento preventivo y no meramente reactivo a una situación de declive de la empresa*”, “*La flexibilidad interna en la reforma laboral...*”, opus., cit., p. 145.

³⁸ Llorente Rivas, “*Las modificaciones sustanciales...*”, opus., cit., p. 273.

³⁹ San Martín Mazzucconi, “*La modificación de condiciones de trabajo...*”, opus., cit., p. 304.

decirse, es más que cuestionable; sin que en muchas ocasiones puedan ser depuradas por los órganos jurisdiccionales. Siendo así, lo ideal es que los convenios colectivos adoptasen un mayor protagonismo en relación con este procedimiento; sin que, por ello, se anulase un cierto margen de maniobrabilidad empresarial. Lo más acertado hubiese sido el establecimiento de un sistema de cogestión, dirigido a gestionar responsablemente la flexibilidad interna en la empresa. Pero siendo realistas, cuesta trabajo aceptar que el empleador pacte condicionamientos a su proceder –más con el favorecedor régimen conseguido a lo largo de los años, y que ha culminado con esta reforma de 2012-, que anulen o relativicen su capacidad decisoria en esta expresión de la flexibilidad interna.

3.5. Cuantía salarial: una nueva incorporación al art. 41 del ET

Mayoritariamente se ha aceptado que la enumeración de las condiciones sustanciales del art. 41 del ET no es cerrada y exhaustiva, ya que lo importante es la propia sustancialidad. Por consiguiente, no resulta llamativo que el RDL 3/2012 incorporase, y así queda convalidado por la Ley 3/2012, la cuantía salarial al elenco legal⁴⁰. Esto es, la posibilidad de disminuir el salario, vía modificación de las condiciones sustanciales de trabajo. Quizás, con esta opción, aunque no sólo con ella, se esté eliminando, a juicio del Gobierno, la deficiencia que describe el Programa Nacional de Reformas de 2012 de que *“el sistema de negociación colectiva no ha favorecido la capacidad de las empresas para adaptarse a la coyuntura económica ni ha incentivado ajustes salariales que habrían, en otro caso, moderado la destrucción de empleo”*.

Pero independientemente de esta justificación, por otro lado difícil de entender, lo verdaderamente relevante es la incorporación de la cuantía salarial a las condiciones del art. 41 del ET. Partiendo de su significación, se va a realizar las siguientes consideraciones.

En primer lugar, esta “rectificación” salarial ha sido, de alguna forma, tenida en cuenta por los interlocutores sociales como una manifestación de la flexibilidad interna. De hecho, en el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva se firmó *“que un porcentaje determinado de la cuantía salarial*

⁴⁰ Roqueta Buj, recogiendo a Vallejo Dacosta, escribe que esta incorporación no es tan novedosa, puesto que *“la modificación de las cuantías salariales establecidas en los contratos de trabajo o acuerdos o convenios colectivos no estatutarios, ya se aceptaba por nuestros tribunales”*, *“Flexibilidad...”*, opus., cit., p. 119. Un claro ejemplo de ello es la Sentencia de la Audiencia Nacional 41/2012 –de 23 de abril- (aunque es de fecha posterior a la reforma del RDL 3/2012, aplica la legislación precedente, en la que la cuantía salarial todavía no formaba parte del art. 41 del ET), en la que se lee que al no ser exhaustivo el elenco del art. 41 del ET es *“perfectamente... posible una modificación sustancial de la cuantía con la que se retribuye [en esta caso] el trabajo fuera de jornada”*.

se [hiciese] *depender de la situación y resultados de la empresa*". Por tanto, se apuesta por la variación salarial sujeta a factores empresariales pero, se supone, que dicha variación debe jugar en ambos sentidos, no sólo a la baja. Es más, este Acuerdo se limita a factores económicos y, como se ha visto, casi cualquier situación y circunstancia permite al empleador acogerse al art. 41 del ET –y no necesariamente una situación económica desfavorable-. Así pues, no cabe entender que la incorporación de la cuantía salarial al precepto estatutario responda a la voluntad de los firmantes del Acuerdo sino a una decisión de origen únicamente gubernamental⁴¹.

En segundo lugar, *“la sustancialidad refleja lo esencial y no accesorio, lo que es suficientemente significativo”*⁴²; de tal modo que la modificación de una condición sustancial *“altera o transforma aspectos fundamentales de la relación laboral, pasando aquellos a ser otros de modo notorio”*, así *“lo relevante no es la materia objeto de modificación, sino si aquella queda afectada de manera esencial o no”*⁴³.

Trasladando esta doctrina, recogida a vuela pluma, a la cuantía salarial no parece que pueda dudarse, de ninguna de las maneras, de su sustancialidad –tanto por su naturaleza no accesorio, al ser el núcleo duro de la relación laboral para el trabajador, como porque su modificación, no hay que olvidar que a la baja, altera su propia configuración-. Y, por todo ello, la actuación del empleador queda condicionada a las escasas exigencias estatutarias.

En tercer lugar, se ha dado, con esta incorporación, carta de naturaleza a una disminución salarial que, se supone, permite, por ejemplo, que la empresa alcance unos mayores niveles de competitividad. Así se ha materializado un temor manifestado por ALFONSO MELLADO, ya en 2010, de que el aumento de la competitividad se hiciese reduciendo *“nuestro coste salarial para rebajar el diferencial que tenemos con los nuevos Estados miembros de la Unión Europea...lo que se plantea es una reforma laboral en clave de regresión de los derechos laborales y de incremento del beneficio empresarial, es decir, se cuestiona el reparto de rentas en la sociedad”*, lo que genera injusticia social⁴⁴.

⁴¹ De hecho y aunque no se refieren en exclusiva a este punto, Casas Baamonde, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y Valdés Dal-Ré afirman que el RDL 3/2012 *“no ha asumido, ni tan siquiera de manera parcial, su contenido [el del Acuerdo Interconfederal]; lo ha marginado, dándolo de lado”*, *“La nueva reforma laboral”*, Relaciones laborales nº 5, 2012, p. 4.

⁴² San Martín Mazzucconi, *“La modificación de condiciones de trabajo...”*, opus., cit., p. 300.

⁴³ Son palabras del Tribunal Supremo recogidas por Román de la Torre, *“Modificación sustancial ...”*, opus., cit., pp. 12 y 13. Esta doctrina judicial queda recogida en recientes sentencias como la del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 576/2012 –de 28 de febrero–.

⁴⁴ *“Las actuaciones...”*, opus., cit., p. 89.

Esta fundamental consecuencia hay que analizarla en el contexto estrictamente legal y socio-económico. En el primero, no hay que olvidar que, salvo que dicha cuantía venga contenida en un convenio estatutario, es el empleador, conforme al procedimiento del art. 41 del ET, sobre el que recae, en última instancia, la decisión. Por hacerlo, y para el caso de que con esta decisión se esté inaplicando la cuantía establecida en un acuerdo colectivo, se está admitiendo una especie de descuelgue atípico. O sea, el planteamiento es el mismo que para el supuesto del art. 82.3 del ET, pero sin que el empleador se vea sometido a los controles y, por supuesto, a la necesidad de acuerdo con los representantes legales de los trabajadores.

Ello significa, en definitiva, que la bajada salarial es una cuestión empresarial, en la que al trabajador sólo le cabe, como se ha anticipado, aceptarla o rechazarla -esto es, lo que se ha calificado, en otro momento, como “novación por adhesión”-, lo que repercute, necesariamente, en su estatus personal. Por tanto, la inclusión de la cuantía salarial, en el marco del art. 41 del ET, supone, desgraciadamente, un claro retroceso en los derechos de los trabajadores, salvo que se quiera obviar que la misma condiciona sus vidas al obligarlos, en la casi totalidad de los casos, a rediseñar sus planteamientos vitales así como, normalmente, los de su unidad familiar.

Con esta realidad y la actual crisis, hay que aventurar, aún a riesgo de equivocarnos, que se va a producir un encadenamiento de bajadas salariales aceptadas por los trabajadores a cambio de mantener el empleo pues, de lo contrario, sus opciones son bastante más perjudiciales –o bien, la extinción indemnizada del contrato; o bien, la antesala de un despido; y cualquiera de estas dos últimas son más traumáticas para la vida personal y profesional del trabajador-. Por consiguiente, los trabajadores van a ser los que paguen, con la disminución de sus salarios, la crisis⁴⁵ o, con otras palabras, dicha disminución es el precio que les va a costar el mantenerse en activo. Incluso ello, de algún modo, podría aceptarse; sin embargo, esa misma realidad, de la que no nos podemos desvincular, permite pronosticar que este sacrificio será, en más ocasiones de las deseadas, inútil, ya que no evitará el posterior despido.

Pero las consecuencias van más allá de las puramente personales, ya que esta bajada salarial también repercute considerablemente en el conjunto del mercado de trabajo al favorecer su precarización y, al mismo tiempo, su segmentación. Esto último, puesto que los trabajadores incluidos en un convenio estatutario, gracias, al menos en teoría, a la necesidad de acuerdo, van

⁴⁵ En términos más generales, Casas Baamonde, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y Valdés Dal-Ré escriben que “la nueva reforma ha acentuado ese efecto trasladando riesgos de la evolución de la empresa a los trabajadores”, “La nueva reforma...”, opus., cit., p. 8.

a estar más “protegidos” que los restantes, abarcando incluso a los que tengan mejoras contractuales. Por consiguiente, no se está favoreciendo esa versión de la flexiseguridad, según la cual no se trata de revisar “*los objetivos de flexibilidad sino sus consecuencias sociales*”⁴⁶.

4. ¿ALTERACIONES MENORES EN EL ART. 50.1.a) DEL ET?

A esta altura del trabajo, no es necesario insistir en que las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo redundan, en la generalidad de las ocasiones, en perjuicio del trabajador y, por hacerlo, el legislador previó, desde la redacción originaria del ET, unas vías de reacción ante dichas decisiones del empleador. Tales vías son la reclamación judicial para el caso de que considere injustificada la medida, la extinción del contrato de trabajo cuando la medida redunde en su dignidad o no cumpla los requisitos del art. 41 del ET y, por último pero no en último lugar, la posibilidad de extinguir, con indemnización, el contrato.

De estas tres opciones, que interesan en cuanto que hayan sufrido alteraciones fruto de la reforma de 2012, hay que detenerse en la segunda, puesto que la primera no es más, en muchos casos, que el paso previo a cualquiera de las otras dos; mientras que la tercera no ha sufrido ninguna modificación.

Con respecto a la opción del art. 50.1.a) del ET, hay que comenzar indicando que, como mínimo, resulta sorprendente que se haya eliminado del art. 41 del ET la tradicional referencia, en relación con las opciones del trabajador, de que su reclamación se hará “*sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50.1.a)*” de la norma legal. No es necesario aclarar que pese a esta ausencia, el trabajador, siempre que se den las circunstancias, podrá acudir a la extinción del art. 50 del ET; ahora bien, cuestión distinta es dilucidar cuáles han podido ser las causas de esta supresión. Y pensarlo no es baladí, ya que puede, de algún modo, afectar al régimen de protección del trabajador.

A primera vista, cabe acudir al descuido o al olvido del legislador; sin embargo, la confirmación, en este punto, del RDL 3/2012 por la Ley 3/2012, impide admitir esta posibilidad. Por lo que la única opción imaginable pasa, necesariamente, por una argumentación, en la que la intencionalidad del legislador ha sido bastante más sibilina. Esto es, la omisión del art. 41 del ET podría generar una tendencia hacia, ahora sí, el olvido por el trabajador de la posibilidad del art. 50 del ET y, con ella, evitar la extinción con la indemnización del despido improcedente. O con otras palabras, romper la lectura sistemática y de

⁴⁶ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “*Flexiseguridad: el debate europeo en curso*”, en “*Aportaciones al debate comunitario sobre flexiseguridad*”, Madrid, 2007, p. 7.

conjunto de este instituto jurídico de modo que parezca, aunque sólo sea formalmente, que el trabajador no tiene atribuida esa extinción indemnizada por un previo, grave, contractual y culpable incumplimiento empresarial.

Dicho lo cual, hay que continuar afirmando que, a pesar de los términos empleados en el párrafo precedente, el art. 50 del ET no está concediendo una auténtica opción al trabajador –de serlo, se estaría admitiendo, como posible, decisiones empresariales que vulneran derechos laborales; alguno de los cuales son fundamentales-; en puridad, este precepto legal está arbitrando la instrumentación jurídica necesaria para que el trabajador, simplemente y con todo, pueda reaccionar ante un uso pervertido, por el empleador, de la posibilidad de acometer modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo consistentes en que la medida redunde en su dignidad⁴⁷. No se va a entrar en este perjuicio, llamado por algunos autores cualificado, de la decisión empresarial sobre el que existe una extensa bibliografía sino en el dato, que puede pasar inadvertido, de que se ha suprimido, con la reforma de 2012, la formación del trabajador como esfera de imputación del perjuicio empresarial.

Ello, cuando menos, resulta chocante en una lectura contextualizada de la reforma –enfaticada por las palabras del Programa Nacional de Reformas de 2012-, puesto que ésta propugna un fortalecimiento de la formación del trabajador de cara a favorecer su empleabilidad. Por consiguiente, es sorprendente que, en relación con decisiones empresariales que pueden perjudicar la formación del trabajador, no se contemple esta causa de extinción. Excluido, de nuevo y por los mismos motivos, el olvido, hay que aceptar que esta eliminación debe tener algún tipo de voluntariedad.

En un primer momento, cabe pensar que podría ser coherente con la idea expresada por algunos autores de que dignidad y formación⁴⁸ del trabajador se presentan, con cierta habitualidad, como dos caras de una misma moneda; de tal modo que la vulneración de la segunda conlleva, en la mayoría de los casos, la de la primera⁴⁹. Pese a que esta conexión es una realidad; ello no es óbice

⁴⁷ La dignidad es un derecho de titularidad individual, que está muy comprometido por las circunstancias y condiciones de cada persona. Partiendo de esta premisa, la doctrina judicial ha indicado que “*la dignidad del trabajador equivale al respeto que merece ante sus compañeros de trabajo y ante sus jefes, como persona y como profesional no pudiéndose situar en una posición en que, por las circunstancias que se dan en ella, se provoque un menoscabo en este precepto... [que cree] en los demás una impresión de caída, en desgracia, combinada en el hecho de la degradación efectiva [puesto que todo trabajador] tiene derecho a mantenerse en su puesto de trabajo con la honorabilidad que es debida a toda persona humana y especialmente a quien trabaja*”, a lo que hay que añadir que se trata de un atentado que debe desencadenar sus efectos en el ámbito del contrato de trabajo –tanto es así que se ha acuñado “*la expresión dignidad profesional*”-, Morales Ortega, “*Perjuicio del trabajador...*”, opus., cit., pp. 435 y 439.

⁴⁸ Para una delimitación de estos conceptos, Morales Ortega, “*Perjuicio del trabajador...*”, opus., cit., pp. 432 y ss.

⁴⁹ Así lo entiende Román de la Torre, “*Modificación sustancial...*”, opus., cit., p. 260.

para que en determinados supuestos el perjuicio sobre estas dos esferas del trabajador sea independiente y, por serlo, no tenga sentido, bajo este argumento, esta supresión de la formación del trabajador.

Eliminada esta interpretación, la única posible es la literal. De acuerdo con ésta, se ha excluido la formación profesional a efectos, exclusivamente, de reducir las posibilidades del trabajador de ampararse en esta causa de extinción contractual⁵⁰ que, de probarse, conlleva la indemnización del despido improcedente que, aún con la rebaja sufrida con el RDL 3/2012, sigue siendo muy superior a la que le correspondería de extinguir el contrato, por cualquier causa personal, como consecuencia de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Pero yendo más allá. Si al trabajador no le cabe la vía legal del art. 50.1.a) del ET; de acuerdo con la posición de los órganos jurisdiccionales, tampoco le cabría la extinción indemnizada del art. 41 de la norma estatutaria. Según nuestros tribunales, la formación profesional no puede considerarse incluida en el ámbito del perjuicio personal, que ampara y protege la indemnización del art. 41 del ET. Esto es, no se trata de un perjuicio evaluable conforme a la relación costes-beneficios del trabajador, sino que afecta directamente a su desarrollo profesional⁵¹, al ver cercenadas sus posibilidades y aspiraciones profesionales como consecuencia de una decisión empresarial que, aunque adoptada en el marco del precepto estatutario, repercute negativamente, y no como mera opción, en el trabajador. O sea, que no puede quedar, o al menos debería ser así, violentada por criterios de organización empresarial o, si se prefiere, de flexibilidad interna. Siendo así, la reforma de 2012 obliga a los órganos jurisdiccionales a modificar, de manera totalmente injustificada, su postura o a generar una nueva argumentación que permita, siempre y en todo caso, subsumir el atentado a la formación profesional en la esfera de la dignidad del trabajador.

Pero las novedades del art. 50.1.a) del ET no finalizan con esta importante elusión de la formación profesional, ya que también se ha incluido, como causa para que el trabajador solicite la extinción del contrato, que no se cumplan las exigencias del art. 41 del ET.

⁵⁰ Al tiempo, como afirma Goerlich Peset, que esta desaparición excluye “*el caso más frecuente de modificación sustancial de efectos resolutorios –la vinculada a la extralimitación de la movilidad funcional–*”, “*El Real Decreto-Ley 3/2012...*”, opus., cit., p. 38.

⁵¹ Por daño a la formación profesional, hay que entender “*la obstaculización del ejercicio del derecho establecido con carácter general en el art. 4.2.b) ET, concretado por el art. 23 ET en la obtención de formación fuera de la empresa*”; partiendo de aquí, la doctrina judicial incorpora a este derecho “*la promoción dentro de la empresa*” pero, a continuación, se limita en el sentido de que sólo se considera perjuicio “*específico el que guarda proporción, por su gravedad, con la reacción extintiva a que dará lugar, no siendo suficiente la mera contrariedad en el proyecto profesional*”, San Martín Mazzucconi, “*La modificación de condiciones de trabajo...*”, opus., cit., pp. 322 y 323.

Como se aceptaba por los órganos jurisdiccionales antes de la modificación, el incumplimiento empresarial del art. 41 del ET “denota una conducta prepotente que afecta gravemente a la dignidad de los trabajadores al desconocer por vía de hecho sus más elementales derechos”⁵².

Como es natural, la amplitud del tenor de este precepto hace entender que cualquier incumplimiento permite acudir al art. 50.1.a); sin embargo, la doctrina judicial, cuando formaba, aunque con matizaciones, parte del párrafo tercero de este artículo, había concretado y constreñido esta opción a la inobservancia del correspondiente procedimiento; y muy particularmente el incumplimiento del período de consultas en las modificaciones sustanciales de naturaleza colectiva⁵³. Es más, esta incorporación no va a afectar, en demasía, al desarrollo y puesta en marcha de las correspondientes modificaciones sustanciales, puesto que el procedimiento, tanto para las individuales como para las colectivas –no contenidas en un convenio estatutario- está bastante mermado de requisitos. En consecuencia, la facilidad legal para el empresario a la hora de adoptar estas medidas hace que, en términos cuantitativos, sean escasas las ocasiones, en la que el trabajador podrá acudir a este incumplimiento del art. 50.1.a) del ET.

5. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

5.1. Eliminación del control por parte de la autoridad laboral

Para el caso de la movilidad geográfica se ha suprimido, en esa línea de restringir al máximo el papel de la autoridad laboral, la posibilidad concedida por el art. 40 del ET de que ésta pudiera ampliar y paralizar la medida tras su adopción unilateral por el empleador –ante la falta de acuerdo con los representantes legales de los trabajadores-. No hay que olvidar que esta decisión de la autoridad laboral estaba justificada por “*las posiciones de las partes y siempre que las consecuencias económicas o sociales de la medida así lo justifi[casen]*”.

⁵² Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1987 (5672) y de 13 de junio de 1988 (5279) aunque, en estas fechas, se reconducían al art. 50.1.c) del ET.

⁵³ De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 595/2012 –de 28 de febrero-, “*lo que no se puede es omitir el procedimiento para la adopción de esa modificación logrando acuerdos individuales con los trabajadores... negociándose de modo individual con los trabajadores afectados, lo que no es admisible con independencia de la mayor, menor o total conformidad que éstos tengan ante esa modificación*”, puesto que en tal caso, continúa este órgano, transcribiendo palabras del Tribunal Constitucional, no se puede aceptar, pues sería “*modificaciones unilaterales o acordadas individualmente que por su trascendencia, importancia y significado, supusiesen la introducción unilateral de la regulación colectiva de las condiciones de trabajo, soslayando y evitando la intervención de los representantes sindicales... vaciando sustancialmente de contenido efectivo al convenio colectivo de trabajo*”.

Una vez más, la flexibilidad y la pronta ejecutividad de la medida pueden ser las causas de esta supresión, por lo que se concede primacía a ella sobre cualquier otro de sus aspectos colaterales. Esto es, en más de una ocasión, a pesar de la legalidad en sentido amplio de la medida, puede darse la circunstancia de que ésta genere importantes perjuicios para los trabajadores en particular, y para el ámbito de relaciones laborales en general. En tales ocasiones, no estaba de más algún tipo de control por parte de la autoridad laboral, que actuase a modo de filtro; máxime, en momentos como el actual, en el que la permeabilidad del mercado de trabajo a los cambios empresariales se traduce, en la generalidad de los casos, en destrucción de empleo.

5.2. Los criterios de preferencia de permanencia en la empresa ante supuestos de movilidad geográfica

El art. 40 del ET ha incorporado una apostilla final en la histórica prioridad de permanencia en la empresa. De acuerdo con ésta, junto a los representantes legales de los trabajadores, se incorporan otros colectivos “*tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad*”⁵⁴. No está de más aclarar que el fundamento de esta preferencia difiere del clásico de los representantes de los trabajadores. Mientras que en este último supuesto, lo que el legislador busca es evitar decisiones empresariales que tengan como objetivo perjudicar –sancionar indirectamente– al representante por el desempeño de las funciones que le son propias; en los nuevos criterios de preferencia, lo que se busca es evitar, por diferentes motivos, el traslado de aquellos colectivos, a los que les puede resultar más gravosa la correspondiente movilidad geográfica.

Este añadido comporta dos relativas novedades. Por un lado, que el legislador lo único que ha hecho es dar carta de naturaleza a una opción, que ya formaba parte, aunque también es cierto que no de manera extendida, de la *praxis* convencional. Y por otro lado, que la norma contempla una enumeración abierta –por pura lógica, condicionada por la realidad de la empresa–, que exige de una concreción, cuya sede natural es el convenio colectivo o, en su defecto, el acuerdo de empresa. En caso contrario, es decir, cuando los criterios de preferencia no sean fruto de ninguno de estos dos productos de la negociación

⁵⁴ Esto ha obligado a que se modifique el art. 138 de la LJS; de tal modo que en el caso de que el trabajador impugnase la decisión empresarial como consecuencia de la aplicación de los criterios de preferencia, también deberán ser demandados los sujetos beneficiados por la medida –así como los representantes de los trabajadores cuando la misma haya contado con su acuerdo–, en un claro supuesto de *litis* consorcio pasivo necesario. Ello, de algún modo, ya estaba aceptado para el caso de que las preferencias estuviesen contenidas en convenio colectivo como recoge San Martín Mazzucconi, “*la modificación de condiciones de trabajo...*”, opus., cit., pp. 313 y 314.

colectiva, hay que cuestionarse si la decisión recae, en exclusiva, en el empleador. Siguiendo la tónica de la reforma, la respuesta no puede ser otra que la afirmativa. Así, el empleador decidirá los criterios de preferencia, siempre y cuando no sean de naturaleza discriminatoria, y, probablemente, orientados, pero nada más que eso, por el tenor legal.

Abundando algo más, hay que cuestionarse la posibilidad de que por convenio colectivo –no así por acuerdo de empresa al haber intervenido directamente el empleador afectado o, sencillamente, cuando la medida sea adoptada en solitario por éste- se establezca unos criterios de preferencia, que choquen con la organización empresarial; en tales casos, qué sucede. Dicho de otro modo, la movilidad geográfica perfectamente puede estar fundamentada en razones organizativas, siendo estas mismas razones las que aconsejen que el traslado deba ser del trabajador que, conforme al convenio colectivo, tiene preferencia de permanencia en la empresa. Hay que preguntarse si este último podría hacer valer su derecho con el consecuente perjuicio para la empresa. En principio, la respuesta tiene que ser, otra vez, afirmativa; sin embargo, la importancia, cada vez mayor, del interés empresarial –en el que están insertos estos criterios organizativos- unido al reforzamiento y ampliación de los poderes empresariales puede, en un futuro cercano, cambiar el sentido de la respuesta.

5.3. Las nuevas incorporaciones nacidas de la ley 3/2012: discapacitados y víctimas del terrorismo

Entre los colectivos, que requieren de una especial atención, el legislador ha apostado por los discapacitados y por las víctimas del terrorismo. Por lo que aquí interesa, se ha modificado el art. 40 del ET al tiempo que se ha incorporado un nuevo párrafo con la finalidad de dar cabida a sendos colectivos. Esto es, se ha incluido en el art. 40.3.bis), junto a las víctimas de la violencia de género⁵⁵, a las del terrorismo; mientras que se ha añadido un nuevo párrafo al apartado 3, el actual *ter*, en virtud del cual se concede el derecho preferente al traslado a las personas discapacitadas sometidas a un tratamiento de rehabilitación. Ahora bien, los términos del ejercicio de este derecho son equiparados para los tres colectivos; y sobre los mismos, la Ley 3/2012 no ha acometido ningún tipo de reforma. Así pues, hay que centrarse, fundamentalmente, en la consideración de víctima del terrorismo, de un lado, y, en la configuración del derecho para las personas discapacitadas, de otro.

⁵⁵ La actual referencia a las víctimas de la violencia de género en este precepto estatutario no puede entenderse, pese a su tenor, como neutra pues, como precisan Casas Baamonde y Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, su procedencia de la Ley Orgánica 1/2004 “*obliga a seguir identificando esos trabajadores con las mujeres víctimas de esa execrable violencia*”, “*Las reformas de la reforma...*”, opus., cit., p. 19.

Con respecto a las víctimas del terrorismo, la Ley 3/2012 ha redimensionado el concepto, lo que ha obligado a modificar varios artículos de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo⁵⁶. A partir de ahora y a efectos laborales, víctimas del terrorismo son “*las personas que hayan sufrido daños físicos y/o psíquicos como consecuencia de la actividad terrorista, su cónyuge o persona que haya convivido con análoga relación de afectividad*”⁵⁷ durante al menos dos años anteriores y los hijos, tanto de los heridos como de los fallecidos, previo reconocimiento del Ministerio del Interior o de sentencia judicial firme” –art. 33 de la Ley- y, a la par, las “*personas que acrediten sufrir situaciones de amenazas y coacciones directas y reiteradas, procedentes de organizaciones terroristas*” –art. 5 de la Ley-.

Exactamente, el art. 33, tras su modificación, concede a las víctimas del terrorismo el derecho, junto al de reordenación del tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica –en puridad no se trata de un derecho al traslado sino, simplemente y con todo, de un derecho preferente a dicho traslado-. De ahí la citada incorporación de este colectivo al art. 40.3.bis del ET. No es necesario detenerse, ni un instante, en las razones justificativas de esta medida. Basta con decir que el hecho de ser sujeto pasivo, directa o indirectamente, de la violencia terrorista en cualquiera de sus grados y formas se convierte en argumento, más que suficiente, para que el trabajador-víctima pueda solicitar el traslado.

Como se ha adelantado, el régimen jurídico de este derecho preferente al traslado no se ha visto alterado salvo, en un punto, que puede pasar fácilmente inadvertido pero cuyas consecuencias son inocuas. Este no es otro que la referencia a que el traslado se llevará a cabo siempre que exista una vacante “*del mismo grupo profesional o categoría equivalente*”. Como es sabido por todos, la modificación operada en el sistema de clasificación profesional ha supuesto la desaparición de las categorías profesionales y, por lo tanto, ello no es más que una rémora del pasado, de la que el legislador no ha sido consciente, posiblemente fruto de la propia inercia.

Con respecto a los discapacitados, en dos ocasiones se refiere a los mismos el actual art. 40 del ET. En un caso, la ya estudiada preferencia de permanencia; y en otro, el indicado art. 40.3.ter del ET fruto de la Ley 3/2012.

En este último supuesto, se instituye un derecho preferente de la persona discapacitada a ser trasladada en las mismas condiciones, que las trabajadoras víctimas de la violencia de género y que los trabajadores víctimas del terro-

⁵⁶ BOE de 23 de septiembre de 2011.

⁵⁷ Un derecho que ya estaba disciplinado en la Ley 29/2011 –art. 35- para los “*cónyuges o personas vinculadas por análoga relación de afectividad*” de los empleados públicos; siempre y cuando hubiese una vacante, para estos últimos, en la misma localidad.

rismo. Por lo que existe una remisión en cuanto al ejercicio de este derecho; y no, como es natural, en relación con los requisitos necesarios para que el discapacitado lo haga valer, y que son los siguientes.

En primer lugar, que el trabajador discapacitado debe acreditar “*la necesidad de recibir fuera de su localidad un tratamiento*”. Ello se convierte, al menos en teoría, en el presupuesto básico para proceder al correspondiente traslado. Es el discapacitado sobre el que recae la obligación de constatar –y casi demostrar– dicha necesidad cuando, en principio, debería bastar la declaración del órgano sanitario. Pero en la medida en que no es especialmente costosa la demostración, no debe entenderse como un obstáculo arbitrario al ejercicio de este derecho. No obstante, el problema se suscita cuando es el discapacitado el que opta, por los motivos que sean, por un centro ubicado en una localidad distinta a la del centro de trabajo. Probablemente, es el único supuesto, en el que la acreditación, por el discapacitado, tendría que ir más allá de la mera prescripción médica pero, no por ello, debería denegársele el derecho, puesto que sería obstaculizarle la posibilidad de rehabilitación o, si se prefiere, de mejoría en su condición personal. Quizá no resulte forzado entender que la expresión del art. 40.3.ter del ET cuando afirma que se debe tratar de “*una localidad en que sea más accesible dicho tratamiento*”, no está, por pura lógica, referida sólo a impedimentos físicos sino también personales. Es decir, que para el discapacitado el tratamiento sea más asequible por comodidad, por economía, por confianza en el equipo sanitario, etcétera.

En segundo lugar, que debe consistir en un tratamiento “*de rehabilitación, físico o psicológico relacionado con su discapacidad*”. Dos puntualizaciones hay que realizar. Por un lado, hay que cuestionarse, por así decirlo, la naturaleza del tratamiento. O sea, si debe ser prescrito, necesariamente, por los órganos públicos del sistema de salud o, si por el contrario, puede serlo por cualquier facultativo médico. Partiendo de la lógica distinción entre el reconocimiento de la discapacidad –que estaría sujeto al pertinente procedimiento– y el tratamiento; este último podría provenir de cualquier instancia médica, ya que, en muchas ocasiones, es fruto de la decisión del discapacitado por mejorar en su estado. No es descabellado pensar que hay casos, en los que su empeño excede la diligencia médica pública, así como hay tratamientos, que no siempre son ofrecidos por el sistema público de salud, que cada vez está viendo más recortadas las opciones de asegurar el derecho constitucional de protección a la salud, que es el fundamento del art. 40.3.ter del ET. Por tanto y en coherencia con el grandilocuente –porque no siempre se garantiza desde las instancias públicas– argumento utilizado por la norma legal, hay que aceptar que la persona discapacitada, cualquiera que sea el origen y características del tratamiento, debe asegurársele el ejercicio de este derecho. Bastando, a estos efectos, con la simple posibilidad de que el mismo mejore su condición o, al menos, le permita desarrollar su vida con mayor dignidad.

No debe perderse de vista, y sería la segunda observación, que el tenor del precepto indica que el tratamiento debe ser de rehabilitación. Acudiendo al diccionario de la Real Academia de la Lengua, la rehabilitación supone el “conjunto de métodos que tiene por finalidad la recuperación de una actividad o función perdida o disminuida por traumatismo o enfermedad”; es más, el art. 40.3.ter del ET añade rehabilitación física o psicológica, con lo cual se está ampliando, de manera considerable, las opciones de rehabilitación. Ahora bien, la empresa podría ampararse, siguiendo el concepto, en que cuando el tratamiento no conlleve una recuperación de la actividad o de la función –y, en muchos supuestos, no será posible por el grado de discapacidad, por las condiciones propias de la persona e, incluso, por el fracaso del tratamiento- no tiene por qué conceder el derecho al traslado. Ni que decir tiene que este entorpecimiento al ejercicio del derecho, además de mermar las posibilidades de normalización del discapacitado en el entorno social y laboral, resultaría totalmente contradictorio con el fundamento, ya señalado, del art. 40.3.ter del ET.

En tercer lugar, que el puesto vacante sea del mismo grupo profesional que el que ocupa el discapacitado en el centro de origen. Se debe considerar una exigencia lógica. En la medida en que la reforma ha instituido el sistema de grupos profesionales, la adscripción del trabajador a un grupo va a permitir una mayor movilidad funcional que, en este caso y paradójicamente, puede beneficiar a la persona discapacitada, al haber más oportunidades para el correspondiente traslado.

En suma, el art. 40.3.ter del ET presenta importantes deficiencias nacidas de la limitación del supuesto de hecho, de la oscuridad de determinadas exigencias y de la naturaleza preferente del derecho, que unidas a la realidad de las personas discapacitadas en el mercado de trabajo –no está de más recordar sus altas tasas de desempleo fruto, en gran medida, del incumplimiento de la cuota de reserva, incluso por las propias administraciones públicas-, permite afirmar que este precepto puede que se convierta en una mera declaración de intenciones o, siguiendo un símil, en una mera labor cosmética.

6. FLEXISEGURIDAD Y REFORMA DE LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO: ¿REALIDAD O FICCIÓN?

Tras el análisis del nuevo régimen jurídico, nacido de la reforma de 2012, de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y de la movilidad geográfica, se va a proceder a estudiar si éste responde a la exigencia que, conforme a la propia normativa, debe presidir la reforma que no es otra, que la conocida flexiseguridad. Y que no por conocida, está exenta de discrepancias y debates muy condicionados por posturas de muy distinto sesgo e intencionalidad.

En una ligera aproximación a la idea de flexiseguridad, hay que partir de que son muchos los documentos, a todos los niveles, referidos a ella pero, principalmente, destacan los de ámbito comunitario y, entre ellos, dos. En primer lugar, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones denominada *Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad*⁵⁸. Aunque desarrolla el tema, lo cierto es que su concepción de flexiseguridad puede calificarse, como mínimo, de ridícula, ya que simplemente la define “*como una estrategia integrada para potenciar, a un tiempo, la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral*”; o sea, que es casi como no decir nada⁵⁹. Y en segundo lugar, por su proximidad temporal y conexión con el tema del empleo, las Orientaciones para el empleo (2010-2014)⁶⁰. En éstas, se recomienda a los Estados miembros la integración “*en sus políticas de mercado laboral de los principios de flexibilidad y seguridad laboral*” a fin de “*augmentar la participación en el mercado laboral y a luchar contra la segmentación, la inactividad y las desigualdades entre sexos, reduciendo a la vez el estructural*” –Orientación nº 7-; pero no se especifica los términos de dicha integración.

En consecuencia, en estas orientaciones, y en particular en la trascrita, no está presente, lo que no significa que no pudiera ser una expresión de la misma, la necesidad, en términos tan amplios como se ha hecho con la reforma española, de adaptación de las condiciones de trabajo a los requerimientos y necesidades de la empresa. Quizás, la razón de ello se encuentre en la idea de flexiseguridad, de la que parte la Unión Europea. En virtud de ésta, la seguridad, como elemento integrante del binomio flexibilidad-seguridad, está referida al mercado de trabajo⁶¹, y no al puesto de trabajo⁶², que es la que interesa e importa en el contexto de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

⁵⁸ Véase nota nº 1.

⁵⁹ Es más, como sostiene Ojeda Avilés, “*sin duda el entusiasmo de la Comisión Europea sobre las posibilidades de la flexiseguridad ha rayado con los límites de lo ingenuo*”, “*La deconstrucción del Derecho del Trabajo*”, Madrid, 2010, p. 574.

⁶⁰ Decisión del Consejo de 21 de octubre de 2010 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (2010/707/UE) -DOUE de 24 de noviembre de 2010-.

⁶¹ O sea, “*la idea común es reducir el “daño” producido por la pérdida del empleo cuando ésta deviene inevitable, y centrarse en facilitar la vuelta pronta al trabajo, mediante políticas activas y prestaciones generosas de desempleo, pero que no desanimen la vuelta al trabajo*”, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “*Flexiseguridad: el debate europeo...*”, opus., cit., p. 11. Resulta curioso que la Comisión Europea afirme, al referirse a esta idea, que “*los ciudadanos necesitan cada vez más la seguridad del empleo, y no la del puesto de trabajo, ya que cada vez son menos los que conservan el mismo puesto de trabajo de por vida*”, “*Hacia los principios comunes de la flexiseguridad...*”. Aunque esta realidad es cierta no debe anular, de ninguna de las maneras, la seguridad en el puesto de trabajo que, aún hoy y hoy más, requiere de unos férreos mecanismos de protección.

Ahora bien, este posicionamiento comunitario puede conducir, acogiendo las palabras, en absoluto voluntaristas, de LOI, a que “*la pretensión de “proteger a los trabajadores en el mercado y no en la relación de trabajo” se mostraría únicamente como un eslogan que –en ausencia de una serie de intervenciones importantes en el sistema de asistencia económica en caso de desempleo involuntario, un sistema efectivo de formación profesional y una red eficiente de servicios para el empleo- se convertiría en un caballo de Troya para destruir los sistemas que articulan la seguridad, incluyendo la relativa al puesto de trabajo, sin contrapartida alguna*”⁶³; esto es, puede desencadenar unas consecuencias muy peligrosas al desatenderse esa otra necesaria esfera de la protección, que es la del puesto de trabajo.

Rechazada, desde estas páginas, la limitación y simplificación de la seguridad en el mercado y extendiéndola, *a sensu contrario*, al puesto de trabajo, el problema no acaba. Todo lo contrario. Se hace sumamente complejo, y de ahí los debates, lograr el equilibrio reclamado por la flexiseguridad. Con otras palabras, el objetivo debe ser nivelar las dosis de flexibilidad empresarial y de seguridad de los trabajadores –también, se reitera, en el puesto de trabajo-. Esta pretensión, *a priori* y en teoría, asequible se encuentra con un enorme handicap a vencer: los posicionamientos ideológicos, que han deambulado, como es natural, en un doble sentido, dando lugar a lo que se ha llamado flexiseguridad neoliberal y flexiseguridad garantista⁶⁴. Cada una de las cuales, ni que decir tiene, se inclina hacia uno de los dos elementos compositivos de la flexiseguridad.

Aun aceptando estas reglas del juego, se quiere hacer un paréntesis, quizás atrevido, consistente en que esta dicotomía lo único que pone de manifiesto, y basta a estos efectos con remitirse a los hechos y a las medidas existentes hasta el momento, es que la flexiseguridad es una falacia edificada sobre débiles cimientos en cuanto que sus materiales son posicionamientos y tendencias político-ideológicas. Si a ello se suma que, desgraciadamente, la batalla entre flexibilidad y seguridad siempre tiene vencedores y vencidos, parece casi imposible lograr la flexibilidad empresarial sin que existan recortes en los derechos de los trabajadores o, en caso contrario, que esa seguridad impida al empleador aportar su necesario grado de flexibilidad en la gestión de su organización.

⁶² De hecho, entre los ejes de actuación contenidos en la mencionada Comunicación de la Comisión no hay referencia alguna a esta seguridad en el puesto de trabajo.

⁶³ “*La función del riesgo en el paso de la seguridad a la flexiseguridad*”, en “*Aportaciones al debate comunitario sobre flexiseguridad*”, Madrid, 2007, p. 87.

⁶⁴ Sobre estos términos, MORENO VIDA, “*La flexiseguridad en la ordenación de las políticas de empleo*”, en “*Trabajo, contrato y libertad. Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol*”, Valencia, 2010, p. 573.

Hecho este paréntesis, por otro lado clave, hay que continuar, como se ha anticipado, con las reglas del juego –curiosamente aceptadas mayoritariamente con total naturalidad⁶⁵–; siendo éstas, las que van a servir inexorablemente de barómetro a la reciente reforma española, que parte, según la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, de que con ella se “*trata de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social*”.

No debe pasar desapercibido que el Gobierno ha utilizado, con sumo cuidado, las palabras referidas a la seguridad de los trabajadores; de tal modo que ha reconducido el concepto –o, si se prefiere, ha desviado la atención del lector– al ya señalado de seguridad en el empleo o, si se quiere, en el mercado de trabajo, obviando cualquier referencia a la seguridad en el puesto de trabajo. Dos consideraciones merecen esta intencionada reconducción.

Por un lado, que España, a diferencia del país de referencia en esta dirección que es Dinamarca, no posee, hoy por hoy, una estructura formativa y de prestaciones sociales que, ni de manera mínima, garantice esta seguridad en el mercado de trabajo y, por no tenerla, la voluntad de la norma es una entelequia. Pero, aún teniéndola, no se debe caer en el engaño, que genera la idea de seguridad en el mercado de trabajo. Y ello porque la relación entre empleabilidad –nacida de un aprendizaje a lo largo de la vida– y empleo no es tan automática como se quiere hacer ver. La actual crisis corrobora esta afirmación, ya que ha puesto de manifiesto, de manera palmaria, la absoluta vinculación del empleo a las circunstancias económicas. Tanto es así que trabajadores, correctamente cualificados y competentes, están acusando, de manera significativa, el desempleo. Por lo que conducir la seguridad únicamente hacia su manifestación de seguridad en el mercado de trabajo es muestra, sencillamente del liberalismo imperante en nuestro país en la actualidad, puesto que se traduce en la negación a los trabajadores de toda seguridad, al no poder garantizárseles un empleo, ni presente ni futuro, ni una formación adecuada e idónea⁶⁶, ni unas prestaciones sociales garantizadoras de unos mínimos durante todo el período de transición –como lo pone de manifiesto las últimas decisiones, contenidas en el RDL 20/2012⁶⁷, que vienen a mermar la capacidad adquisitiva de las personas desempleadas beneficiarias de la prestación por desempleo–.

⁶⁵ Lo que no significa que no haya, como indica Ojeda Avilés, posiciones doctrinales en contra como la de los profesores Rodríguez-Piñero o, fuera de nuestras fronteras, Romagnoli, “*La deconstrucción...*”, opus., cit., p. 583.

⁶⁶ El Programa Nacional de Reformas de 2012, cuando alude a las políticas activas de empleo, afirma que su revisión “*se efectuará progresivamente, en un contexto de restricción presupuestaria, lo que incrementa las exigencias de eficiencia de estas políticas*”. Ello va a redundar, inevitablemente, en la calidad y la cantidad de la oferta formativa.

⁶⁷ RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (BOE de 14 de julio).

Y por otro lado, que la ausencia de alusiones, en la reforma, a la seguridad en el puesto de trabajo deja abierta la puerta a diferentes y muy variadas intervenciones, no necesariamente supeditadas a garantizar la protección del trabajador en su puesto de trabajo. De hecho, así ha sido, por lo que hay que aceptar las palabras de GOERLICH PESET de que “*la flexiseguridad a la española resulta tener poco de seguridad y mucho de flexibilidad*”⁶⁸. Ello es lo que ha permitido el amplísimo margen de maniobrabilidad empresarial en las instituciones, que se están estudiando. Basta, a estos efectos, con recordar la desaparición del componente teleológico de la medida, la inclusión de la cuantía salarial o el acortamiento del plazo de notificación. Por tanto, el empleador ha consolidado una posición totalmente hegemónica y protagonista en el ámbito de la flexibilidad interna⁶⁹.

Este posicionamiento gubernamental no es incoherente con la intencionalidad mostrada por la reforma de 2012; de ahí que la primacía del interés empresarial ha condicionado, como se ha visto, la actual regulación. Eso sí, una primacía que tiene como deriva, a juicio de los artífices de la reforma, el mantenimiento del puesto por el trabajador⁷⁰. Dicho de otro modo, el espíritu de la norma es que salvaguardando el interés empresarial, se conseguirá el de los trabajadores, lo que no se puede ocultar que recuerda a planteamientos de antaño. Quizás, desde esta visión, hay que leer la Ley 3/2012 cuando afirma que la reforma tiene, entre sus objetivos, “*la estabilidad en el empleo*”. La cual debería entenderse en concordancia con el fin último de toda moderna política de empleo; esto es, la calidad en el empleo. De modo que así se diera cumplimiento a la propuesta comunitaria, contenida en la Orientación nº 7, de que los Estados miembros deberán abordar “*la cuestión de la calidad de los puestos de trabajo y de las condiciones de empleo*” –lo que, afortunadamente, se aleja de la idea de seguridad en el mercado-. Siendo así, hay que cuestionarse si la actual regulación de los artículos 40 y 41 del ET permite al trabajador permanecer –haciendo dogma de fe de que así ocurrirá– en su puesto de trabajo en condiciones de calidad.

⁶⁸ “*El Real Decreto-Ley 3/2012...*”, opus., cit., p. 17.

⁶⁹ De hecho, como reconoce Cruz Villalón, “*la flexibilidad interna se concibe exclusivamente como un vehículo para reforzar sus facultades directivas en la empresa, reclamando en ese orden el incremento de sus facultades discrecionales y unilaterales de gestión en el ámbito de la empresa*”, “*La flexibilidad interna en la reforma laboral...*”, opus., cit., p. 127.

⁷⁰ Desde esta configuración, como defienden Casas Baamonde y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “*el trabajo se desprende de su valor propio y es tratado como un factor de la producción y de la economía, partiendo de la premisa de que la eliminación de rigideces laborales favorece a la producción y a la economía y que, por ello, permitirá crear empleo*”, “*Las reformas de la reforma...*”, opus., cit., p. 2. De igual modo, estos autores más Valdés Dal-Ré en “*La nueva reforma...*”, opus., cit., p. 3.

Como mínimo hay que dudar la respuesta pues siendo realistas, con lo visto en estas páginas, no puede negarse que la calidad del puesto de trabajo no es más que un planteamiento teórico y, por tanto, con demasiada frecuencia, irrealizable. Así las cosas, hay que confiar en el otro polo sobre el que se construye los nuevos artículos 40 y 41 del ET, es decir, la simple permanencia del trabajador en su puesto de trabajo. Dicho de otro modo, que la flexibilidad interna juegue, pese a todo, como mecanismo neutralizador de la destrucción de empleo; de tal forma que sirva para ajustar nuestras desastrosas tasas de empleo y de desempleo. En esta dirección parece moverse el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación colectiva cuando indica, aunque sólo se refiere al tiempo de trabajo y a la movilidad funcional, que este tipo de flexibilidad puede desincentivar “*el uso de la extinción de la relación laboral como instrumento para la adecuación de la capacidad productiva al ciclo*”.

Ahora bien, dicho fortalecimiento de la flexibilidad interna, como alternativa a la destrucción de empleo, no puede ir acompañado, de ninguna de las maneras, de un aligeramiento y facilitación de la flexibilidad en la salida -y ello, curiosamente, es lo que ha hecho la reforma de 2012⁷¹- pues, de ser así, la tendencia natural del empleador es decantarse por esta última. Así, la flexibilidad interna se convierte en un objetivo “*utópico cuando el empleador tiene vías mucho más fáciles de ajuste mediante la reducción directa de la plantilla*”⁷².

Si a todo ello se une el retroceso de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores nacido de esta reforma en general, y de estos preceptos en particular, hay que concluir que el equilibrio entre flexibilidad y seguridad se inclina a favor de la primera o, si se prefiere, del empleador, por lo que, como a finales del siglo XIX, se requiere de un fortalecimiento de los elementos esenciales del Derecho del Trabajo, que venga a nivelar el consustancial conflicto patológico de intereses; y no existe, a estos efectos, más fórmula que la pactación colectiva. De ahí que lo deseable hubiese sido que la flexibilidad interna hubiese tenido como soporte jurídico, siempre y en todo caso, cualquiera de los productos propios de la negociación colectiva⁷³.

De este modo, además, se hubiera dado cumplimiento a la Orientación comunitaria n° 7 cuando establece que “*debe prestarse también la adecuada atención, juntamente con los interlocutores sociales, a la flexibilidad interna*”

⁷¹ Así queda puesto de manifiesto en el Programa Nacional de Reformas de 2012 cuando se lee que “*la reforma laboral debe ser interpretada como una medida integral, de forma que el análisis de cada medida debe ser realizado con relación al resto de medidas adoptadas para evitar sacar conclusiones erróneas, dado que unas y otras medidas interactúan entre sí*”.

⁷² Alfonso Mellado, “*Las actuaciones...*”, opus., cit., p. 92.

⁷³ De esta opinión, entre otros autores, ALFONSO MELLADO, “*Las actuaciones...*”, opus., cit., p. 141 y Moreno Vida, “*La flexiseguridad...*”, opus., cit., p. 574.

en el lugar de trabajo” o, en términos más generales, la Comisión, en su momento, indicó que “*la implicación de los interlocutores sociales es fundamental para garantizar que la flexiseguridad redunde en beneficios de todos*”⁷⁴. La imposición gubernativa de la reforma, no sólo ha hecho caso omiso a la indicación europea, sino también al II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, cuyos firmantes “*consideran que los convenios deberían incorporar la flexibilidad interna, particularmente la que opera en espacios temporales reducidos para hacer frente a la coyuntura, como una potente herramienta para facilitar la adaptación competitiva de las empresas, favoreciendo una mayor estabilidad en el empleo, así como la calidad del mismo*”.

Indudablemente, los acuerdos colectivos, como instrumentos de la flexibilidad interna, requieren de un tiempo y de un consenso que, a juicio del Gobierno, no parece que sean necesarios, por lo que basta la voluntad empresarial, como criterio rector de esta flexibilidad –o, acogiendo palabras de nuestra doctrina, se ha desarrollado “*un modelo de flexibilidad unilateral*”⁷⁵–, favoreciéndose así la conocida tendencia a la individualización, que rompe totalmente los equilibrios de fuerza y poder entre las partes de la relación laboral.

A todo lo dicho, cabe objetar que se produzca, consecuencia de la reforma, un cambio radical, aunque sorprendente, en el comportamiento del mercado de trabajo español. Cambio que, hasta la fecha, no se ha producido. Se está ante una reforma de naturaleza urgentísima debido a las particulares condiciones que aquejan a nuestro país –y no sólo en relación con el desempleo–, por lo que debe haberse adoptado medidas de rápida aplicación e interiorización pues, de lo contrario, supondrán un esfuerzo baldío y, como siempre, se esperará a que el empleo vaya a remolque de la economía –siendo la idea inspiradora del Programa Nacional de Reformas de 2012-. Y si la reforma está dando frutos a corto plazo⁷⁶, éstos no parecen que sean los deseados. Según el Ministerio de Empleo y Seguridad Social⁷⁷, en el mes de enero de 2013, al año casi de la entrada en vigor de la reforma, el número de parados está en 4.980.778. Sólo

⁷⁴ “*Hacia los principios comunes de la flexiseguridad...*”, opus., cit.

⁷⁵ Así, se intenta “*reinstalar en nuestro sistema jurídico la concepción de la empresa como un territorio de exclusiva gestión por el empresario, rescatando del baúl de la memoria, a donde le había colocado la cláusula constitucional del Estado social y democrático de Derecho, la figura del empresario como el Señor de su casa... figura ésta ligada a concepciones autoritarias de los sistemas de relaciones laborales*”, Casas Baamonde y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “*La nueva reforma...*”, opus., cit., pp. 8 y 20.

⁷⁶ Según el Programa Nacional de Reformas de 2012, el corto plazo abarca el intervalo 2012-2015; además, por la vinculación con la marcha de la economía, dice este documento, que “*la reforma no surt[irá] el 100% de sus efectividad potencial*” en este período de tiempo.

⁷⁷ Datos del desempleo del mes de enero, www.meyss.es.

con este dato, cabe afirmar que los ajustes necesitados –si es que lo eran– por nuestro mercado de trabajo no han existido, puesto que los pretendidos efectos de la reforma han brillado por su ausencia. Por consiguiente, la valoración de la reforma en materia de flexibilidad interna como instrumento para evitar la destrucción de empleo, y no sólo en este punto, no puede ser más que negativa, ya que el paro sigue en ascenso sin que la regresión en los derechos de los trabajadores esté sirviendo más que para ampliar el margen del poder empresarial.

Se quiere finalizar estas páginas con las palabras de LOY, en 2007, cuando sostuvo, con toda razón, que *“hoy observamos como remedios que recortan “conquistas” del movimiento obrero y sindical y de los movimientos políticos progresistas se definen “reformas”, incluso cuando simplemente restauran situaciones propias del “viejo”, como diríamos, Derecho del Trabajo”*⁷⁸.

⁷⁸ “Apuntes sobre el Libro Verde “Modernizar el derecho del trabajo para afrontar los retos del siglo XXI”, en “Aportaciones al debate comunitario...”, opus., cit., p. 63.

LOS SISTEMAS DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL EN LOS PLANES DE IGUALDAD DE LA EMPRESA PRIVADA Y EL SECTOR PÚBLICO

EVA SALDAÑA VALDERAS

Pfra. TEU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

EXTRACTO

Palabras Clave: Clasificación profesional, planes de igualdad, sector público y privado

El sesgo en los sistemas de clasificación profesional y figuras homólogas, como las Relaciones de Puestos de Trabajo, es una de las causas subyacentes en la situación de inferioridad laboral de las mujeres. Desde esta perspectiva, las singularidades del empleo público frente a las relaciones desarrolladas en el sector privado parecen diluirse, siendo factible un análisis paralelo en el que los Planes de igualdad pueden actuar como hilo conductor. A partir de la constatación de desequilibrios mediante el estudio diagnóstico, la elaboración e implementación de estos instrumentos debería incidir en el establecimiento de medidas orientadas a garantizar la objetividad en los sistemas de ordenación funcional y de fórmulas solventes de seguimiento y evaluación. Sin embargo, la propia existencia de marcos funcionales específicos aplicables inhibe frecuentemente la opción de los Planes de igualdad en favor de este tipo de intervenciones, circunstancia sobre la que parece conveniente alertar.

ABSTRACT

Key Words: Professional classification, equality, public and private sector plans

The bias in the professional classification and homologous figures, such as the positions of labour relations systems, is one of the underlying causes in the situation of labour inferiority of women. From this perspective, the singularities of the public employment front of relationships developed in the private sector seem diluted, a parallel analysis in which equality plans can act as a thread to be feasible. From the finding of imbalances through the diagnostic study, the elaboration and implementation of these instruments should influence the establishment of measures designed to ensure objectivity in functional management and solvent formulas of monitoring and evaluation systems. However, the very existence of applicable specific functional frameworks frequently inhibits option plans in favour of such interventions, circumstance on which it seems advisable to alert.

ÍNDICE

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: EL SESGO EN LOS SISTEMAS DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL Y LOS PLANES DE IGUALDAD COMO HERRAMIENTAS
2. ALGUNAS REFERENCIAS SOBRE LOS SISTEMAS DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL DESDE LA ÓPTICA DE GÉNERO
 - 2.1. La perspectiva internacional de la clasificación profesional en igualdad de oportunidades y de trato
 - 2.2. La aportación comunitaria
 - 2.3. Las referencias internas
 - 2.3.1. El principio de igualdad de oportunidades y de trato en las condiciones de trabajo y también en la clasificación profesional
 - 2.3.2. La estratificación funcional en el empleo público desde la óptica de género
3. LOS SISTEMAS DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL COMO MATERIA PROPIA DE LOS PLANES DE IGUALDAD DE LA EMPRESA PRIVADA Y EL SECTOR PÚBLICO
4. LA ATENCIÓN A LOS SISTEMAS DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL EN LOS PLANES DE IGUALDAD
5. BUENAS PRÁCTICAS EN LOS SISTEMAS DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL
 - 5.1. El estudio diagnóstico
 - 5.2. El diseño de medidas de intervención orientadas a la corrección de sesgos
 - 5.3. La planificación de las acciones
 - 5.4. El control de la ejecución y la revisión de resultados
6. CONCLUSIONES

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: EL SESGO EN LOS SISTEMAS DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL Y LOS PLANES DE IGUALDAD COMO HERRAMIENTAS

Junto a otras desigualdades basadas en el género¹, el sesgo en las clasificaciones profesionales y figuras homólogas es una de las causas subyacentes de la situación de inferioridad laboral de las mujeres. No se puede obviar que las distintas categorías todavía vigentes o los grupos profesionales tienden a estandarizar su carácter masculinizado o feminizado según sectores de actividad, ocupaciones y/o niveles profesionales, de acuerdo con patrones fácilmente verificables². El acantonamiento funcional, las propias descripciones de tareas o funciones, la atribución de rango o, más simplícidamente, las denominaciones de los puestos pueden propiciar discriminaciones de diverso tipo, como las consistentes en el uso sexista del lenguaje y aquellas implícitas que

¹ Por todos, Comisión de las Comunidades Europeas, Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Igualdad entre mujeres y hombres — 2010, {SEC(2009) 1706}, Bruselas, 18 de diciembre de 2009 COM(2009)694 final.

² Entre otros, Ministerio de Igualdad, Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2008-2011.

se canalizan a través de la creación de secciones o estratos laborales ficticios. Consecuentemente, cabe afirmar que la figura puede actuar como soporte de discriminaciones directas e indirectas tanto en el acceso al empleo y la diversificación ocupacional como en la promoción profesional y, de una manera especialmente intensa, cuando se trata de las asignaciones retributivas correspondientes a los distintos estratos funcionales. Por su parte, aunque las relaciones de empleo público están sometidas a ciertas singularidades respecto de las que se desarrollan en el ámbito de la empresa privada, estas parecen diluirse cuando se aborda una problemática como la explicada, siendo factible el análisis paralelo.

Por otro lado, cuando se habla de Planes de igualdad en el contexto de una organización, ya sea de carácter público o privado, nunca hay que olvidar que se trata de instrumentos técnicos de carácter mixto. Participan tanto de la naturaleza de las acciones de mejora empresarial como de una conformación jurídica pautaada normativamente en sus líneas más básicas. A ello cabe unir el deber legal de su elaboración e implementación en todos los sectores de actividad en los casos determinados normativamente. Se trata, por lo tanto, de una herramienta de gestión orientada a la consecución de unos objetivos que, a grandes trazos, delinea la legalidad vigente en materia de igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres. Consiguientemente, este tipo de intervenciones habrá de obedecer a una estrategia tendente a la eliminación de los obstáculos que menoscaban la igualdad³. La consecución de este propósito implica necesariamente la existencia previa de un programa de actuaciones asumido y suficientemente sólido. Estas acciones, tanto preventivas como reactivas, habrán de incidir en algunas políticas de empresa, normalmente mediante el rediseño de los procesos de RR.HH., como ocurre, entre otras, con las orientadas a garantizar la neutralidad de los sistemas de clasificación profesional desde el punto de vista de género.

³ Parlamento Europeo, Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de junio de 2010, sobre la dimensión de género de la recesión económica y la crisis financiera (2009/2204 (INI)), DOCE C 236 de 12 de agosto de 2011, apartado J.

En este mismo sentido, Martínez Costa, C. Y AA.VV., Planes de igualdad por ley: ventajas de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres para las empresas, *Intangible Capital*, Vol. 5 N°. 2, 2009, pg. 178.

2. ALGUNAS REFERENCIAS SOBRE LOS SISTEMAS DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL DESDE LA ÓPTICA DE GÉNERO

2.1. La perspectiva internacional de la clasificación profesional en igualdad de oportunidades y de trato

Dentro de las intervenciones de nivel internacional acerca de las clasificaciones profesionales en igualdad de oportunidades y de trato es posible reseñar, entre otros, algunos instrumentos de diversa naturaleza y grado de especificidad.

a) Al respecto, entre los de carácter más genérico hemos de destacar el Convenio N.º 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958⁴. A su tenor, los Estados ratificantes están obligados "...a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto..." (art. 2). En consecuencia, únicamente se admitirán como criterios diferenciadores no discriminatorios aquellas "...exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado...". Estas referencias han de conectarse con la posterior Convención de las Naciones Unidas para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), de 18 de diciembre de 1979, y especialmente con sus previsiones legitimadoras de las medidas temporales destinadas a acelerar la igualdad (art. 4). Asimismo es destacable su consagración del derecho a la igualdad de oportunidades en el empleo, inclusive la aplicación de los mismos criterios de selección y a la libre elección de profesión (art. 11.1. apartados b y c).

En relación con ambas reseñas, se debe insistir en la interpretación de los términos "empleo y ocupación", que incluyen también las condiciones de trabajo⁵, con lo cual sus previsiones resultan aplicables al encuadramiento profesional y la estratificación funcional que le sirve de base. Este comentario también ha de extenderse al tenor de la mencionada Convención de las Naciones Unidas, para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)⁶.

⁴ Adoptado el 25 de junio de 1958.

⁵ Según se aprecia en el art. 1.3 en relación con lo dispuesto en el art. 2 del instrumento mencionado en primer lugar.

⁶ Concretamente a lo señalado en su art. 11.1.c.

b) Igualmente, en una línea también bastante general, habría que recordar las aportaciones de la IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre las Mujeres, celebrada en Beijing en el año 1995, y sus diversas ediciones e instrumentos de seguimiento. Ente éstos, cabría destacar el documento titulado “Beijing +15”: Evaluación de los avances”⁷, enmarcado en la iniciativa “Beijing + 15: la Plataforma de Acción y la Unión Europea”. En este nivel, la promoción profesional en igualdad de oportunidades ha de vincularse con el tema de la mujer y la economía, que constituye una esfera de especial preocupación para la Plataforma de Acción Beijing⁸. Al respecto y en lo que interesa a este estudio, es necesario recordar que, dentro de los objetivos estratégicos de esta iniciativa, se previó con carácter general la eliminación de “...la segregación en el trabajo y todas las formas de discriminación en el empleo”.

c) Finalmente, habría que precisar que el marco internacional más específico sobre la interdicción de la discriminación basada en el género originada por las clasificaciones profesionales se halla vinculado al principio de igualdad retributiva para trabajos de igual valor. No obstante, es posible hallar algunas previsiones taxativas que, en cualquier caso, necesitan ser interpretadas, como la contenida en la Recomendación N°. 90 de la OIT, sobre la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor⁹, que acompaña al Convenio N°. 100, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, adoptado en 1951¹⁰. Al respecto, este instrumento técnico prevé que cada Estado Miembro “...de acuerdo con las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores, debería establecer métodos (...) o bien (...) fomentar el establecimiento de (...) métodos, para clasificar los empleos independientemente del sexo...” (art. 5).

2.2. La aportación comunitaria

La igualdad entre mujeres y hombres es un valor y un principio fundamental de la Unión Europea, que se reconoce y promociona mediante instrumentos de diversa naturaleza, en los que se aboga a favor de la integración explícita de la perspectiva de género en las políticas institucionales y de los Estados miembros. Por lo demás, son reiteradas las intervenciones acerca del

⁷ Bruselas, 18 de noviembre de 2009 ((26.11) (OR. en) 15992/09, especialmente el Anexo I.

⁸ Según puede constatare documentalmente en el instrumento “Beijing +15”: Evaluación de los avances”, Bruselas, 18 de noviembre de 2009 ((26.11) (OR. en) 15992/09, especialmente el Anexo I.

⁹ Adoptada el 29 de junio de 1951.

¹⁰ Adoptado el 29 de junio de 1951.

carácter vital de las políticas de igualdad de género para el crecimiento económico y la necesaria amortiguación de los efectos de la crisis sobre la población femenina.

a) En este sentido, parece obligado comenzar recordando que el Tratado de Lisboa de 2007 (TCE) contiene disposiciones que proclaman la igualdad entre mujeres y hombres como una misión compartida por todos los Estados Miembros, al tiempo que impone la obligación positiva de su promoción¹¹. Específicamente, la Unión se fija para todas sus acciones "...el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer..." (art. 8 (antiguo art. 3 del TCE). Conexamente, asume como directriz la lucha contra toda discriminación por razón de sexo en la definición y ejecución de sus políticas y actuaciones.

El fundamental art. 157 (antiguo art. 141 TCE) hace referencia específica a la igualdad de trato y de oportunidades para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación y al principio de acción positiva. En particular, indica que "El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación..." (apartado 3). Además, establece que "Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales" (apartado 4), lo cual significa la compatibilidad del citado principio con las medidas o acciones positivas destinadas a eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la sociedad.

b) En el Derecho Derivado, el instrumento básico es la Directiva 2006/54, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación¹². Como indica taxativamente, el objetivo de esta norma es garantizar la aplicación de dicho principio (art. 1). A tal fin, contiene disposiciones en lo que se refiere al acceso al empleo, la promoción y formación profesional; las condiciones de trabajo, incluida la retribución; y los regímenes profesionales de la Seguridad Social. Detalla además, a través del medular art. 14, que "...no se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos en relación con: a) Las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación,

¹¹ Vid. versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DO L N° 115, de 9 de mayo.

¹² DO L 204 de 26 de julio de 2006.

incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción...“ así como en lo que atañe a “...c) las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido, así como las de retribución de conformidad con lo establecido en el artículo 141 del Tratado;”. No obstante la prohibición de discriminación señalada, se permite a los Estados miembros, “...por lo que respecta al acceso al empleo, incluida la formación pertinente, que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo...” no constituya una actuación discriminatoria cuando, “...debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando su objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”. Conexasmente, la disposición prevé la legitimidad del mantenimiento o adopción de las actuaciones compensadoras correspondientes, de acuerdo con lo previsto en el propio TCE respecto del principio de acción positiva, con el objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad de género en la vida laboral.

En un plano más específico, la Directiva completa la definición y el ámbito del principio de igualdad retributiva con referencias a los sistemas de clasificación profesional. En esta línea viene a señalar que “...En particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema se basará en criterios comunes a los trabajadores de ambos sexos, y se establecerá de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo” (art. 4 segundo inciso).

c) Al lado de estas previsiones, hay que destacar algunas herramientas técnicas e interpretativas de bastante calado. Debido a su estrecha relación con las anteriores, es necesario mencionar una serie de actos no enumerados que muestran el compromiso de garantizar una mejor distribución de los puestos de trabajo entre mujeres y hombres y aumentar la oferta de empleo de calidad a favor de éstas. A tales efectos, estas actuaciones incluyen algunas referencias a las clasificaciones profesionales que, aunque limitadas, conviene reseñar.

En este sentido, cabría citar la Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de noviembre de 2008, sobre la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres¹³, donde, entre otras, se vierten acertadas propuestas para combatir la segregación en el mercado de trabajo y se subraya el papel de la negociación colectiva en este campo, con recomendaciones destinadas a la Comisión¹⁴. Al respecto se indica que “...si se quiere encontrar una

¹³ (2008/2012 (INI)).

¹⁴ Cit.

estrategia para superar...la segregación...vertical y los estereotipos sobre las funciones y los sectores típicamente femeninos, es necesario establecer un marco de acciones, tanto legislativas como no legislativas”. Como se ha apuntado, se destaca además la importancia que revisten tanto la negociación colectiva como los convenios resultantes para la lucha contra la discriminación de las mujeres. Específicamente, exhorta a la Comisión a solicitar de los Estados miembros “...que introduzcan clasificaciones profesionales que respeten el principio de igualdad entre hombres y mujeres...”, indicando que los “...elementos (...) de clasificación profesional deberían ser transparentes y estar a disposición de todas las partes interesadas, las inspecciones de trabajo y los organismos de fomento de la igualdad”, instándoles al análisis y renovación de los sistemas de clasificación profesional a través del recurso a medios que garanticen la neutralidad.

Adicionalmente, no pueden dejar de mencionarse otros instrumentos que contienen orientaciones y propuestas vinculadas al tema que nos ocupa y que expresan la que ha venido siendo línea de tendencia de las correspondientes instituciones y sujetos involucrados. Entre ellos cabría resaltar por su peso específico la Estrategia Marco sobre la igualdad entre mujeres y hombres 2001-2005, que ha tenido su continuidad a través del Plan de Trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010¹⁵, germen a su vez del Pacto europeo por la igualdad 2011-2020 y de la Carta de la Mujer¹⁶, y la Estrategia de la Comisión Europea para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015¹⁷.

Dentro de esta trayectoria, la vigente Estrategia se centra en algunas prioridades muy significativas a los efectos del presente análisis, como el salario igual para trabajo igual o para trabajo de igual valor mientras que en el citado

¹⁵ Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010 (SEC (2006) 275) COM/2006/0092 final. Acerca de la evaluación del mismo, Parlamento Europeo, Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de junio de 2010, sobre la evaluación de los resultados del Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010 y recomendaciones para el futuro (2009/2242 (INI)), DOCE C 236 de 12 de agosto de 2011.

¹⁶ Respectivamente, Consejo Europeo, Conclusiones del Consejo de 7 de marzo de 2011 sobre Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020), DOCE (2011/C 155/02) y Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión, Un compromiso reforzado en favor de la igualdad entre mujeres y hombres, Una Carta de la Mujer, Bruselas, 5.3.2010 COM(2010)78 final.

¹⁷ Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 21 de septiembre de 2010, Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015, COM(2010) 491 final.

Pacto 2011-2020 se recuerda que, “Si bien la Unión Europea posee una amplia serie de normas que promueven el cumplimiento del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en ámbitos como el del empleo y el del acceso a bienes y servicios, los sucesivos informes anuales sobre «Igualdad entre mujeres y hombres» aprobados por la Comisión Europea demuestran que los avances son lentos y que todavía no se ha alcanzado la igualdad de género de facto...”¹⁸. Al respecto, se ratifica el compromiso de “...reducir las desigualdades en cuanto a empleo y protección social, incluidas las diferencias de retribución entre mujeres y hombres, con el fin de alcanzar los objetivos de la Estrategia Europa 2020...”. Con este fin, se insta a que se actúe a escala de los Estados miembros y, según proceda, de la Unión, mediante medidas orientadas a la supresión de las desigualdades de género y la segregación por sexos en el mercado laboral.

d) Tras todo lo anterior y con el correspondiente cambio de perspectiva, se debe señalar que el TJCE ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de los principios referidos en diversos litigios, como, entre otros, los Asuntos 237/85 Dato-Druck, sentencia de 1 de julio de 1986; 109/88 Danfoss, sentencia de 17 de octubre de 1989, y 127/92 Enderby, sentencia de 27 de octubre de 1993. En esta línea, específicamente cabría destacar el Asunto 178/2001, *Brunnhofner*, sentencia de 26 de junio de 2001, acerca del papel de los convenios colectivos en el diseño de las clasificaciones profesionales y el riesgo de discriminación que éstas puedan implicar. Este pronunciamiento interpreta, a partir de la precedente jurisprudencia comunitaria, que “...al tener carácter imperativo, la prohibición de discriminaciones entre trabajadores y trabajadoras (...) se impone no sólo a la actuación de las autoridades públicas, sino que (...) también afecta a la totalidad de los convenios que regulen, con carácter colectivo, el trabajo por cuenta ajena...”. Además, especifica que “...La clasificación de los trabajadores (...) en la misma categoría profesional prevista en el convenio colectivo aplicable a su empleo no basta por sí sola para concluir que realizan el mismo trabajo o un trabajo de valor igual. En efecto, dicha clasificación no excluye que existan otros indicios para apoyar esta conclusión (...). Al tratarse de indicios, las indicaciones generales que figuran en el convenio colectivo deben, en todo caso, ser corroboradas por elementos precisos y concretos que se deduzcan de las actividades que los trabajadores implicados realizan efectivamente”.

¹⁸ Preámbulo, punto 3. Vid. específicamente como más reciente, Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, Informe sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea-2011 de 5 de marzo de 2012 (2011/2244 (INI)).

2.3. Las referencias internas

2.3.1. *El principio de igualdad de oportunidades y de trato en las condiciones de trabajo y también en la clasificación profesional*

a) En lo que atañe al plano interno, de acuerdo con el Acervo Comunitario y la propia CE (arts. 14 y 35), la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (en adelante LOIEMH)¹⁹ señala que el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres se garantizará en los términos previstos en la normativa aplicable tanto en el empleo público como en el privado, incluido el trabajo por cuenta propia (art. 5). En desarrollo de estas previsiones, el Título IV, referido al derecho al trabajo en igualdad de oportunidades, dedica su Cap. I a regular la igualdad de oportunidades y de trato en el ámbito laboral, abordando la necesaria promoción de la paridad y la igualdad real, ofreciendo algunas claves en la materia y herramientas al efecto. Sin embargo, hay que subrayar que la LOIEMH obvia la referencia expresa a la clasificación profesional al consagrar el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el terreno laboral. No obstante, habrá que sobreentender su inclusión, ya que la institución puede insertarse en la expresión “condiciones de trabajo” sin mayor dificultad. Además, por interpretación sistemática, se ha de recordar que la propia norma establece otras referencias al respecto, como cuando prevé el eventual contenido de los Planes de igualdad. Complementariamente, habría que destacar el tenor del art. 42.1, donde se aborda la ineludible necesidad de aumentar la participación de las mujeres en el mercado laboral y avanzar en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, a través de “...la mejora de la empleabilidad y la permanencia en el empleo de las mujeres, potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado de trabajo”, aspectos todos ellos que se encuentran conectados en última instancia con la consecución de un encuadramiento profesional no sesgado, finalidad a la que pueden ordenarse los Planes de igualdad a través de diversas fórmulas.

Junto a lo anterior, hay que remarcar el reconocimiento del principio de acción positiva efectuado por la norma y la adecuación a la legalidad de este tipo de medidas compensadoras, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado. Específicamente, se indica que “...la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en

¹⁹ BOE de 23 de marzo de 2007.

las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate...” (art. 42.4).

b) En el plano de la legislación ordinaria, hay que reseñar que el contenido del art. 22 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 25 de marzo, que aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)²⁰, dedicado a la clasificación profesional, ha atravesado un periodo de inestabilidad normativa que ha afectado a diversos aspectos de la institución, como sucede con el enfoque de género. En la modificación operada mediante la reforma efectuada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo²¹, se prescribía la definición de categorías y grupos profesionales ajustada “...a criterios y sistemas...” que tuvieran “...como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres” (art. 22. 4). Esta iniciativa legislativa hizo desaparecer del precepto la referencia a la necesaria acomodación a “reglas comunes” para uno y otro sexo como criterio rector de las clasificaciones profesionales que ha permanecido vigente durante tantos años. La misma línea dirige el tenor actual del precepto, introducido por el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral²², aunque ahora se plasma la obsolescencia del sistema de categorías en favor de los grupos profesionales. En consonancia con estas premisas, su redacción actual prevé que “La definición de los grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres” (art. 22.3).

De la regulación estatutaria se derivan varias consecuencias que conviene remarcar: en primer término y, por lo tanto, la exigencia de eliminar de las clasificaciones profesionales objetivas tanto los criterios de encuadramiento no neutros como la referencia al género, propia de las definiciones de los puestos de trabajo tradicionalmente desarrollados por mujeres, referencia que puede venir acompañada de discriminaciones retributivas, entre otras afectantes a las condiciones de trabajo. El citado mandato legal, en tanto que también significa la interdicción de discriminaciones fundadas en el género en la configuración de los estratos funcionales, prohíbe, por lo tanto, la masculinización o feminización de éstos como instrumento de discriminación. Como segundo efecto, además, se posibilita la contemplación del esquema legal de las fuentes de la clasificación profesional objetiva (art. 22.1) como uno de los eventuales orígenes de las discriminaciones sexistas, a los que cabe añadir las prácticas

²⁰ BOE de 29 de marzo de 1995.

²¹ BOE de 18 de septiembre de 2010.

²² BOE de 11 de febrero de 2012.

empresariales sesgadas, a veces por aplicación disfuncional de aquella. Desde esta perspectiva, se observa que dichas fuentes pueden actuar como vías jurídicas para la gestación o perpetuación de los desequilibrios discriminatorios. Junto a las políticas empresariales sexistas, los convenios colectivos estatutarios, *ex art.* 82, con independencia de la amplitud de su ámbito territorial, podrían ser el paradigma en esta materia, por obra del citado *art.* 22. 1 y 3, aunque, como puede inferirse, desde esta óptica se impone el análisis de todas las demás posibles fuentes de la clasificación profesional – como los acuerdos colectivos y los acuerdos de empresa –, en tanto que puede ofrecer un principio de prueba de la existencia de discriminaciones fundadas en el género. En esta línea, en tercer lugar, la contravención de las previsiones del reseñado *art.* 22.3 activará el mecanismo reactivo de la nulidad, en cuya virtud: “Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables (...) en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo...” (*art.* 17.1). Finalmente, en cuarto lugar, hay que traer a colación la virtualidad del principio de acción positiva en diversos aspectos de la relación laboral – tanto en su estadio previo como en el de desarrollo –, previéndose taxativamente que dichas acciones puedan referirse al establecimiento de medidas sobre “las condiciones de la clasificación profesional” (*art.* 17.4)²³.

c) Al lado de estas consideraciones y complementariamente, se debe recordar que los sistemas de encuadramiento profesional se hallan íntimamente vinculados a la promoción profesional y los ascensos. Objeto de reforma por la Ley 35/2010, su regulación se ha visto modificada en una línea paralela a la descrita para el caso de la configuración de las clasificaciones profesionales. En su redacción actual, se establece que “Los ascensos y la promoción profesional en la empresa se ajustarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres, pudiendo establecerse medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación” (*art.* 24.2 del ET). Como puede interpretarse, el precepto viene a prohibir la exigencia de requisitos diferentes para el ascenso y promoción profesional en función del género, lo que supon-

²³ Junto a todo a lo anterior, cabría citar la existencia de orientaciones y programas, tanto estatales como periféricos y locales, concernientes al fomento de la igualdad de oportunidades que contienen previsiones relacionadas con la materia que nos ocupa. Entre estos, habría que destacar el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2008-2011, *cit. que*, al lado de otros objetivos, pretende el fomento de la empleabilidad de las mujeres y la calidad del empleo femenino (Objetivo 1, *pg.* 26).

dría la existencia de una discriminación directa si el recurso al elemento sexo es manifiesto, o de criterios que, aun siendo exigidos por igual a candidatas de ambos sexos, provoquen un impacto negativo a un colectivo integrado mayoritariamente por personas de un sexo determinado y carezcan de justificación objetiva y razonable. Conexamente, contempla la posibilidad de establecer medidas compensadoras para combatir la segregación vertical, en clara alineación con el art. 17.4.

d) Por otra parte, es necesario reseñar que la ponderación de los sistemas de encuadramiento profesional desde la óptica de género ha sido objeto de análisis jurisprudencial. En este sentido, el TC ha tenido oportunidad de dictar diversos pronunciamientos acerca de las implicaciones de las clasificaciones profesionales aplicables a las trabajadoras. Principalmente, desde su contemplación como mecanismo discriminatorio que sirve a su vez como cobertura de otras discriminaciones, como las retributivas. Dentro de esta tendencia interpretativa es posible mencionar, entre otras, las STC 58/1994, Asunto Puig, sentencia de 28 de febrero; 147/95, Asunto Gomaytex, sentencia de 16 de octubre, en la que específicamente se establece que “...si bajo una diversa adscripción del personal a secciones con tareas diferentes se está enmascarando una discriminación, la diferencia salarial resultante deberá ser contraria al art. 14 CE” (FJ 3); o la STC 250/2000, Asunto Manipulación y Envasado de Agridos, sentencia de 30 de octubre, donde se aprecia que “...Como elocuente signo de discriminación se destaca (...) la propia masculinización y feminización de las categorías contrastadas...”, indicándose además que la discriminación que denota este dato estaría relacionada con la distinta posición de hombres y mujeres en sus posibilidades de acceso a los puestos retribuidos más ventajosamente (FJ 4). Finalmente, también es posible hallar ejemplos dentro de la jurisprudencia menor, como la STSJ de Cataluña de 15 de mayo de 2008, donde se procede a calificar como discriminación indirecta la práctica “...consistente en el establecimiento de criterios de encuadramiento no neutros, de tal manera que las categorías superiores son básicamente masculinas, realizando empero, ambos niveles trabajos equiparables”(FJ 5).

2.3.2. *La estratificación funcional en el empleo público desde la óptica de género*

En lo que atañe a la garantía de neutralidad de los sistemas de estratificación funcional aplicables en las Administraciones Públicas, se debe comenzar recordando la existencia de previsiones genéricas referidas a la virtualidad del principio de igualdad de oportunidades y de trato en el sector público ya apuntadas, como sucede en el caso de la Directiva 54/2006 (art. 14.1). Además, es imprescindible la referencia al conjunto normativo formado por disposiciones

más específicas, radicadas básicamente en la LOIEMH, en la Ley 7/2007, Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)²⁴ y, para su área, en la normativa universitaria. Este habrá de ser completado mediante las correspondientes normas autonómicas y locales y las disposiciones contenidas en los acuerdos y convenios colectivos que resulten aplicables en los correspondientes ámbitos, cuyo análisis detallado sobrepasaría las pretensiones de este estudio.

Junto a lo anterior, no hay que olvidar que el ámbito de influencia de estas referencias puede verse extendido a las empresas que mantengan relaciones contractuales con el sector público, que establezcan convenios de colaboración o que pretendan optar a beneficios como subvenciones o ayudas públicas. Las candidaturas que demuestren buenas prácticas, como acreditar la obtención de marcas de excelencia en igualdad — que pueden basarse, entre otros aspectos y en lo que ahora interesa, en medidas que tengan como objetivo corregir disfunciones en el encuadramiento profesional — pueden resultar primadas, lo cual supone prolongar la efectividad del conjunto normativo mencionado. En este sentido, la propia LOIEMH prevé fórmulas en materia de contratación pública tendentes a la garantía de estas prescripciones en las cadenas de contratas y subcontratas y proveedores (arts. 33, 34 y 35), que cuentan con la correspondiente normativa específica y con correlatos en diversos niveles, como el autonómico, donde, por ejemplo, es posible hallar declaraciones por las que se excluye automáticamente de tales ayudas a las empresas infractoras.

a) De acuerdo con la citada norma, el deber general de remoción de los obstáculos que impiden la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, tanto en el acceso al empleo público como en el desarrollo de la carrera profesional es uno de los criterios que han de regir la actuación de las Administraciones Públicas (art. 51). Correlativamente, el EBEP contiene como fundamento de esta acción y como derecho de los empleados públicos la igualdad de trato entre mujeres y hombres. Esta previsión ha de ser conectada tanto con los criterios constitucionales imperantes para el acceso al empleo y promoción profesional en la Administración Pública — igualdad, mérito, capacidad (art. 1.3.b y d) —, como con el principio de desarrollo y cualificación profesional permanente de los empleados públicos (art. 1.3.g), que son reconocidos a su vez como derechos de carácter individual en correspondencia con la naturaleza de la relación de servicio (art. 14.a, b y c). Taxativamente, se consagra el derecho a la no discriminación por razón de género y sexo y a la progresión en la carrera profesional y promoción interna según los principios constitucionales ya citados, mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de actuación (art. 14.a). Como puede verse, se trata de una

²⁴ BOE de 13 de abril de 2007.

muestra más de la aproximación y el paralelismo existente entre la regulación laboral y la referida al empleo público²⁵, especialmente relevante a los efectos de este estudio.

b) Finalmente, junto a estas consideraciones, se debe recordar que la estratificación funcional se realiza en el empleo público de manera paradigmática a través de las Relaciones de Puestos de Trabajo (RPT)²⁶. Las RPT son instrumentos técnicos con carácter de norma general e imperativa, a cuyo tenor se crean unos determinados niveles, grupos o categorías profesionales que jerarquizan los puestos estables, tanto si pertenecen al régimen laboral como al funcionarial²⁷. En su virtud, se establecen la denominación y, en su caso, las funciones esenciales de los mismos, así como el régimen jurídico correspondiente en atención al tipo de personal (arts. 74 y 77 EBEP)²⁸. En lo que atañe a este estudio, hay que remarcar que la inserción de esta herramienta en el ámbito de los organismos públicos no puede anudarse automáticamente a la presunción de neutralidad de la misma – aunque fuese lo deseable –, puesto que, en el fondo, nos hallamos ante un medio más de ordenación y gestión de los RR.HH., susceptible de desviaciones similares a las que pueden detectarse dentro de los típicos del sector privado y que, por lo tanto, debe despertar igual prevención. Finalmente y como complemento, baste remarcar que estas mismas cautelas pueden aplicarse también a los sistemas de evaluación del desempeño orientados a la promoción profesional, con bastante arraigo en el ámbito del empleo público.

3. LOS SISTEMAS DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL COMO MATERIA PROPIA DE LOS PLANES DE IGUALDAD DE LA EMPRESA PRIVADA Y EL SECTOR PÚBLICO

A la hora de abordar los sistemas de clasificación profesional como materia propia de los Planes de igualdad en la empresa privada y en el sector público y sus organismos es posible atender a dos líneas de comentario enlazadas entre

²⁵ En esta línea de comentario, Ruano Rodríguez, L., La negociación colectiva en las Administraciones Públicas elemento clave de la transformación e igualdad del empleo público, en AA.VV. (Ruano Rodríguez, L. Dir.), La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del Empleado Público, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2007, pg. 110.

²⁶ Vid. en este sentido los arts. 37.c) y 77 EBEP. Acerca de otros instrumentos, Roqueta Buj, R., El ámbito objetivo de la negociación colectiva funcionarial y laboral en las Administraciones Públicas, en AA.VV. (Ruano Rodríguez, L. Dir.), La negociación colectiva en las Administraciones Públicas..., cit. pgs. 160 y ss.

²⁷ Por todas, SAN de 25 de septiembre de 2009; STSJ de Andalucía, de 10 de diciembre de 2005 y de Cataluña, de 16 de noviembre de 2007.

²⁸ En este sentido, entre otras, STS de 10 septiembre de 2010.

sí: a) primeramente se trata de insistir en la idea de que los sistemas de clasificación profesional aparecen como materias propias de tales herramientas en el tenor de la LOIEMH cuando se delinea su estructura y configuración material, lo cual lleva a afirmar b) que su tratamiento en el sector público obedece a la extrapolación de estas previsiones en conjunción con los principios rectores de la actuación de las Administraciones públicas, Universidades incluidas.

a) Como se ha apuntado, los Planes de igualdad se anudan a la necesaria y exigible materialización del compromiso con la igualdad entre mujeres y hombres en acciones y resultados. Para que tengan validez como herramientas estratégicas, habrán de reunir una serie de elementos materiales y características que los conviertan en estructuras de aplicación eficaces en cualquiera de los aspectos que abarcan, ya se trate del acceso al empleo o de la propia relación de prestación de servicio. Al respecto, para la consecución de los objetivos marcados, se determina legalmente que sus acciones "...podrán contemplar, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo, para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo" (art. 46 en relación con el art. 48).

b) Por su parte, en el ámbito del empleo público, no es posible encontrar referencias expresas que puedan considerarse en paralelo a las mencionadas. No obstante, se debe traer a colación el Título V de la citada LOIEMH, dedicado a la aplicación de la igualdad entre mujeres y hombres en este sector. Al respecto, interesa aquí recordar el establecimiento de una serie de criterios de actuación de las Administraciones Públicas orientados a la remoción de los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación, con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva a las empleadas y empleados públicos (art.51). A estos efectos, específicamente en lo que atañe a la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, resulta imprescindible mencionar la obligación gubernamental de aprobar al inicio de cada legislatura un Plan para la igualdad entre mujeres y hombres, donde se fijarán los objetivos a alcanzar en materia de promoción de la igualdad de trato y oportunidades en el empleo público, así como las estrategias o medidas a adoptar para su consecución cuyo cumplimiento será evaluado anualmente por el Consejo de Ministros (art. 64)²⁹. Este

²⁹ Vid. Resolución de 20 de mayo de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de enero de 2011, por el que se aprueba el I Plan de Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en sus Organismos Públicos, BOE de 1 de junio de 2011.

deber se ha materializado en el I Plan de Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado, dirigido al personal funcionario, estatutario y laboral³⁰. Aun en proceso, este instrumento ofrece algunas manifestaciones de la conveniencia de tratar algunos aspectos de las ordenaciones funcionales correspondientes como área de acción específica³¹.

Además, el EBEP establece sus propias previsiones al respecto como reflejo de las pautas legales referidas. En cumplimiento de las mismas, las Administraciones Públicas destinatarias — y específicamente las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla; las Administraciones de las Entidades Locales; los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones, y las Universidades Públicas³² —, deberán adoptar las medidas adecuadas con la finalidad de garantizar condiciones laborales sin prevalencia de discriminación alguna (Disposición Adicional Octava, apartado 1), entre las cuales habrá que incluir los Planes de igualdad “...a desarrollar en el convenio colectivo o acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario que sea aplicable...”, en los términos previstos en aquellos (Disposición Adicional Octava, apartado 2).

Finalmente, en lo que atañe a las Universidades públicas, no hay dudas acerca de la virtualidad de la LOIEMH en dicho ámbito desde la perspectiva de este estudio. Se trata de reconocer el derecho a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres no solo en un área inserta en el sector público, sino en una institución dedicada a la educación y la investigación que, finalmente, también presenta una vertiente organizativa con sus correspondientes relaciones funcionariales y laborales donde pueden generarse a fin de cuentas los mismos desequilibrios entre mujeres y hombres que en otros ámbitos funcionales. A ello cabe añadir la extrapolación de las previsiones del EBEP que se acaban de mencionar, cuyo cumplimiento habrá de atenerse al esquema pautado por la LOIEMH para los Planes de igualdad, con libertad en la elección de las medidas correspondientes, como puede suceder con las afectantes a la estratifi-

³⁰ Punto 2.

³¹ Dentro del citado I Plan de Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado, puede mencionarse la previsión contenida en su Punto 6, eje 3, Igualdad en el desarrollo de la carrera profesional. A su tenor: “En la denominación de los puestos de trabajo de la AGE se evitará un uso sexista del lenguaje, adaptando para ello las Relaciones de Puestos de Trabajo, incluyendo en ellas las dos fórmulas (masculina y femenina) y posibilitando que en los documentos administrativos se utilice la que corresponda al sexo de la persona que lo ocupa”. Complementariamente, vid. el cuadrante suministrado a efectos de diagnóstico referido a la Distribución de la plantilla por niveles y grupos profesionales, Anexo VI.

³² Vid. su art. 2 acerca de su ámbito de aplicación.

cación profesional aplicable, que en cualquier caso, vendrán determinadas por el oportuno diagnóstico. Conexamente, no hay que olvidar que la Ley Orgánica de Universidades 6/2001, de 21 de diciembre, reformada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril³³, subraya la incorporación de los derechos fundamentales y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres no solo como objetivos propios de la Universidad y de la calidad de su actividad, sino como meta a alcanzar en la estructura interna y procesos de funcionamiento de la institución. En esta misma línea, la Ley 14/2011 de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, de 1 de junio³⁴, viene a concretar estas previsiones taxativamente para su ámbito de aplicación. Al respecto, entre los derechos reconocidos al personal investigador que presta servicios en Universidades públicas y Organismos vinculados, puede citarse el respeto al principio de igualdad de género en el desempeño de sus funciones investigadoras, en la contratación de personal y en el desarrollo de su carrera profesional (art. 14.1.a).

4. LA ATENCIÓN A LOS SISTEMAS DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL EN LOS PLANES DE IGUALDAD

Cuando se trata de realizar una reflexión crítica acerca de la atención prestada a los sistemas de clasificación profesional en los Planes de igualdad, tanto en el sector de la empresa privada como en el empleo público³⁵, hay que partir de la existencia, hoy por hoy, de un condicionante fundamental: se trata, salvo algunas excepciones, de la carencia de ediciones sucesivas del mismo instrumento, lo cual dificulta todavía el análisis evolutivo, dados los plazos temporales que fijaba la LOIEMH para su elaboración. Por esta causa, como sucede con otras instituciones, no puede concluirse la existencia de una línea evolutiva clara en la calidad del tratamiento otorgado a las ordenaciones funcionales. Más bien al contrario, puede percibirse bastante uniformidad con independencia de la cronología de los Planes, en tanto que, salvo casos aislados, cuando se verifica, adopta una forma bastante similar. Esta circunstancia también se manifiesta en aspectos relacionados con el encuadramiento profesional como el acceso al empleo y la promoción profesional.

³³ BOE de 13 de abril de 2007.

³⁴ BOE de 2 de junio de 2011.

³⁵ Estas consideraciones toman como base el examen de los siguientes Planes de igualdad: a) Sector privado: Alcatel-Lucent; Badalona Serveis Assistencials; Caixa Penedés; CajaMar; Carrefour; Danone; El Corte Inglés; Grupo Inditex para sus sociedades de fabricación; Hotels International; Iberdrola; Pelayo. b) Sector público: Adif.; Aena; Ayuntamiento de Benavente; Ayuntamiento de Guareña; Ayto. de Zaragoza; Diputación de Cádiz; ENSA; Ferrocarriles de la Generalitat Valenciana; Metro de Madrid, S.A; Universidad Autónoma de Madrid; Universidad Carlos III.

Por lo tanto, para obtener consideraciones más certeras, habrá que contar con la finalización de la vigencia de cada Plan de igualdad y con la elaboración del correspondiente informe general, en el que deberá ser evaluada la efectividad de las acciones implementadas, según sus repercusiones en la organización, y esperar a contar con una nueva edición del mismo acorde con su trayectoria. En otros casos, habrá de concluir la vigencia del convenio colectivo de aplicación para que la Comisión Negociadora del siguiente convenio revise los contenidos del Plan tras un nuevo diagnóstico de la situación, a fin de concretar qué ejes, objetivos o medidas deberán ser objeto de actuación.

A pesar de todo lo anterior, la observación del tratamiento de la ordenación funcional en los Planes de igualdad permite sugerir ciertas tendencias y la realización de algunas reflexiones. Se pueden resumir, en líneas generales, en la apreciación de propuestas escasas y demasiado sucintas y en la existencia de frecuentes remisiones a la negociación colectiva tanto en el empleo público como en el sector privado. No obstante, aunque esta circunstancia se verifica en no pocos sectores de actividad, hay ejemplos bastante positivos focalizados en algunos ámbitos específicos, como sucede, dentro del sector público, especialmente en el área de las Universidades y en la empresa privada, en áreas como Grandes Superficies de Distribución y Equipos Nucleares.

A grandes trazos, puede decirse que la clasificación profesional es un ítem muy poco visible en los compromisos con la igualdad vertidos en los Planes, no solo respecto de los procesos de gestión de RR.HH. que se llevan a cabo en la propia organización, sino también en su relación con contratas, subcontratas y proveedores. Cuando se incorpora como objetivo, pivota en torno a la garantía genérica de la igualdad de oportunidades y de trato en el encuadramiento profesional, con erradicación de cualquier discriminación existente. Otras veces, su tratamiento tiende a fusionarse con la promoción profesional, siendo contemplada normalmente dentro de la problemática de la necesaria diversificación profesional o incentivación de la movilidad de las trabajadoras a puestos de trabajo y grupos en los que están subrepresentadas y del correspondiente establecimiento de mecanismos de desempate, sobre todo para el acceso a puestos de responsabilidad.

Como se apuntó al principio, el reducido espacio otorgado a estas cuestiones ha de vincularse con el papel primordial que desempeñan los convenios colectivos en la regulación y configuración de las clasificaciones profesionales, y en su ámbito, con los oportunos matices, el peso de las RPT. En este sentido, se debe subrayar la pluralidad de remisiones existentes en áreas de actividad que resultan ser heterogéneas. Algunas previsiones de este tipo llegan al grado de afirmar en el propio Plan que la consecución de la garantía de la igualdad de trato en lo referente a clasificación profesional es cuestión que habrá de asegurarse por convenio colectivo, en vez de propugnar una deseable comunicación entre todas las fuentes para crear sinergias a partir de sus propios roles.

Para la formulación de medidas correctoras y acciones planificadas que sean eficaces es fundamental poseer todos los datos posibles acerca de la estructura funcional existente en la organización: como mínimo, su composición por sexos y la definición y rango de las funciones. En este sentido, es factible encontrar supuestos con un nivel de valoración graduable, tanto en el sector público como en el privado. Normalmente se reconducen al primero de estos aspectos, por ejemplo, mediante el análisis de la distribución de la plantilla por niveles y por grupos de cotización, en detrimento del segundo, mucho más cualitativo. Se suelen centrar en la segregación horizontal y vertical, concluyéndose la subrepresentación de las trabajadoras en determinados grupos y niveles, como se aprecia detalladamente, por ejemplo, en Universidades Públicas, o la ocupación mayoritaria de hombres y mujeres en puestos tradicionalmente masculinizados o feminizados, según puede constatarse en el sector de la Administración Local. Por el contrario, se pueden localizar ejemplos donde no se aporta dato alguno sobre el diagnóstico en esta materia. Esta omisión puede deberse a razones de oportunidad, como la preferencia por otros temas, considerados más prioritarios o menos onerosos para la organización. Sin embargo, interesa destacar como otra posible causa el inmovilismo todavía imperante en el tratamiento de la cuestión de categorías y grupos profesionales, por la inercia de los propios convenios colectivos y de los instrumentos que resulten de aplicación o, como apuntábamos antes, por la percepción por parte de los sujetos responsables de que, si la organización se ajusta al convenio colectivo o RPT de referencia en esta materia, necesariamente se estará de acuerdo con la legalidad, sin que sea necesaria la realización de más indagaciones acerca de la adecuación de los sistemas de clasificación profesional a los principios de igualdad de oportunidades y de trato y no discriminación basada en el género.

Complementariamente, hay que subrayar la importancia de los indicadores de situación, que, para ser merecedores de una valoración positiva, habrán de ser lo suficientemente desagregados y específicos. En lo que atañe a las clasificaciones profesionales, cuando se han seleccionado herramientas adecuadas para la evaluación y seguimiento de las acciones diseñadas, suelen girar en torno al análisis de los puestos de trabajo; la catalogación de éstos o de las funciones desde un punto de vista objetivo y, finalmente, la necesaria neutralidad del lenguaje utilizado en denominaciones y definiciones.

5. BUENAS PRÁCTICAS EN LOS SISTEMAS DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

En materia de encuadramiento profesional, el criterio determinante para calificar como positiva una medida de acción ha de ser su orientación a la objetividad, ya sea como punto de origen de la elaboración del correspondiente sistema de clasificación profesional, caso de ser necesaria su confección, ya sea a partir de los presupuestos del convenio colectivo o instrumento de referencia, mediante el planteamiento de su revisión y, si corresponde, del rediseño de un marco funcional neutro mediante métodos técnicos. Para la eficacia de su implementación y el logro de resultados efectivos, tanto en el sector público como en el privado³⁶, habrá de contar con una buena dinámica, orientada a una serie de vertientes básicas: el estudio diagnóstico; el diseño de medidas de intervención orientadas a la corrección de sesgos; la planificación de acciones; y finalmente, el control de la ejecución y la revisión de resultados.

5.1. El estudio diagnóstico

En términos generales, la actuación frente a la desigualdad exige diagnosticar la situación existente, señalar los objetivos a alcanzar y proceder, una vez fijados estos, a la determinación de las intervenciones que ayudarán a conseguirlos. Como puede deducirse, a estos efectos la información acerca de la realidad de la organización desde el enfoque de género es un elemento neurálgico donde seguramente el sector público muestra una mayor sensibilización. Cuando se trata del examen de las clasificaciones profesionales, esta operación debe poseer además algunos rasgos propios, como, entre otros, la inclusión de todas las áreas de negocio o las unidades administrativas correspondientes, las familias de puestos, la modernidad y la exhaustividad. Sólo si se verifican será factible la identificación de los desequilibrios existentes y la selección de las acciones de mejora más adecuadas. Por estas razones, cabe destacar como buena práctica la llamada de atención contenida en las Universidades Públicas, que, aunque de ámbito general, adquiere una lectura especial en una materia como la que nos ocupa. A su tenor, “La carencia de información debe constituir por sí misma un área de mejora a incluir (...) con el objetivo de seguir profundizando en el conocimiento de situaciones que pueden causar desequilibrios de género, de cara a la posterior elaboración de medidas encaminadas a reducir dichos desequilibrios”³⁷. Es por ello por lo que, de manera específica,

³⁶ Estos parámetros han sido aplicado a todos los Planes de igualdad anteriormente enumerados.

³⁷ Universidad Carlos III.

pueden valorarse positivamente algunas acciones del citado sector³⁸, también presentes en otras ramas, como Grandes Superficies de Distribución. En esta línea, son muy adecuadas las actuaciones orientadas a conseguir la “...Desagregación por sexo de los datos elaborados (...), de manera que se genere información que permita el análisis de género, incidiendo en los datos que no se han podido incluir en el diagnóstico...”³⁹.

Específicamente, puede localizarse algún supuesto en el que se incorpora al cuerpo del Plan una correcta tabla de distribución por categorías profesionales según sexo, como sucede en el servicio público de Transporte Metropolitano de Viajeros⁴⁰. Igualmente, es factible hallar buena praxis en el estudio diagnóstico en el sector de la Administración Local, a cuyo tenor se realiza un análisis de las categorías incluidas en el convenio colectivo de referencia, apreciándose la “...Masculinización y feminización en algunas categorías profesionales... detectándose una presencia mayoritaria de hombres...” en ciertas categorías del convenio que se mencionan expresamente⁴¹.

5.2. El diseño de medidas de intervención orientadas a la corrección de sesgos

Las medidas de intervención de tipo genérico son frecuentes en la empresa privada, aunque también existen en el sector público, y se refieren a las condiciones de trabajo en general⁴². Pueden hallarse en sectores tan heterogéneos como los Seguros, Alimentación, Cajas de Ahorros, Equipos Nucleares y Hostelería, dentro de las cuales puede haber margen, algunas veces, lo suficientemente amplio como para sobreentender la referencia a la materia que nos ocupa, que en algunos casos muy valorables llega a tener su propio desarrollo en el cuerpo del Plan. Desde el punto de vista del tratamiento taxativo de las clasificaciones profesionales como objetivo general, hemos de reseñar el caso de las Universidades Públicas, donde es factible localizar la medida consistente en “...Promover la igualdad en la clasificación profesional y en el sistema de clasificación”⁴³, que indudablemente ha de calificarse como buena praxis. Esta acción se puede orientar a la consecución de otros objetivos generales concatenados, como los señalados en la Administración Local, encaminados a “Favorecer el acceso de mujeres y hombres a todas las profesiones, categorías y funciones”⁴⁴.

³⁸ Por ejemplo, Diputación de Cádiz.

³⁹ Igualmente, El Corte Inglés.

⁴⁰ Metro de Madrid, S.A.

⁴¹ Ayuntamiento de Benavente.

⁴² Pelayo. En la misma tendencia, Caixa Penedés, Hotels International. Dentro de la empresa pública, ENSA.

⁴³ Universidad Autónoma de Madrid.

⁴⁴ Ayuntamiento de Guareña.

Por su parte, las actuaciones detectadas que han de calificarse como modelo de acción específica se enclavan tanto en el sector privado como en el área de lo público. Dentro de esta tendencia se pueden citar las medidas que consisten en el análisis y valoración del sistema de clasificación profesional vigente en la organización, "...adaptándolo a los principios de igualdad de oportunidades...", como se contiene dentro del Sector Seguros⁴⁵. En términos parecidos, en el área de Universidades se especifica como medida la "...Revisión de la definición de los puestos de trabajo para garantizar su neutralidad y transparencia...."⁴⁶. En esta misma línea, se propone como objetivo "Disponer de descripciones de puestos de trabajo (DPT) completamente neutras", como ocurre, por ejemplo, en el sector de la Hostelería⁴⁷. Como matización de lo anterior, es muy favorable desde el punto de vista técnico la propuesta orientada a conseguir en la actividad de Cajas de Ahorros "...una descripción de los perfiles profesionales, requisitos, competencias y funciones de todas las categorías profesionales (...) asegurando criterios objetivos y neutros", vinculable a las prácticas de selección, promoción y desarrollo profesional⁴⁸. Análogamente, como muestra de buena praxis, se introduce también en el antecitado sector de la Hostelería la necesidad de "Elaborar DPTs incorporando competencias y conocimientos para cada puesto"⁴⁹. También en Universidades Públicas se hallan ejemplos de esta tendencia, como la acción consistente en "b) Eliminar, de los requisitos o criterios determinantes en la clasificación de los grupos profesionales, todo elemento que pueda inducir a discriminación directa o indirecta"⁵⁰. Igualmente, con presencia en sectores tan heterogéneos como la Hostelería y la Energía, puede ponderarse la revisión de "...la denominación y la descripción de los puestos de trabajo y de competencias profesionales utilizando un lenguaje neutro..."⁵¹; o, como sucede en empresas públicas de Transporte de Viajeros y de Infraestructuras Ferroviarias, al menos el control y erradicación de la expresión en femenino de las ocupaciones⁵², de manera que sea factible "...avanzar hacia definiciones genéricas de las categorías..."⁵³.

⁴⁵ Pelayo; Danone. También ENSA.

⁴⁶ Universidad Carlos III.

⁴⁷ Hotels International.

⁴⁸ CajaMar. En línea similar, Alcatel-Lucent y ENSA.

⁴⁹ Hotels International.

⁵⁰ Universidad Autónoma de Madrid.

⁵¹ Iberdrola; Hotels International.

⁵² Como sucede en Ferrocarriles de la Generalitat Valenciana, donde con el objetivo de catalogación y valoración de puestos de trabajo con criterios no discriminatorios, se establece que las denominaciones de las categorías contenidas en el acuerdo de clasificación profesional de 21 de julio de 2005, incluirán, en su caso, su forma femenina.

⁵³ Adif.

No puede dejar de mencionarse la práctica localizada en la Industria de Equipos Nucleares⁵⁴, donde se propone el recurso a sistemas técnicos de valoración de puestos y encuadramiento en los siguientes términos: "...Clasificación y Promoción Profesional. I. Objetivo Perseguido: «Garantizar la igualdad de trato y de oportunidades en el desarrollo profesional de mujeres y hombres y promover y mejorar las posibilidades de acceso de la mujer a puestos de responsabilidad contribuyendo a reducir desequilibrios que, aun siendo de origen cultural, social o familiar, pudieran darse en el seno de la empresa». II. Normativa de referencia: Art. 22 y 24 del Estatuto de los Trabajadores. III. Medidas ya implantadas (...) un sistema de Clasificación Profesional estructurado en Grupos Funcionales, Niveles de Calificación y Puestos de Trabajo. En concreto se compone de: 3 Grupos funcionales: técnicos/as, empleados/as y operarios/as. 5 Niveles de Calificación. 29 Puestos de Trabajo. La conjunción de estos conceptos determina la clasificación organizativa de cada trabajador/a y su correspondiente nivel retributivo. De acuerdo a lo establecido en el artículo 12 y siguientes del Convenio Colectivo (...) el personal que preste sus servicios en la Empresa, con independencia de su sexo, será clasificado teniendo en cuenta sus conocimientos, experiencia, grado de autonomía, responsabilidad e iniciativa (...). Al objeto de encuadrar a los trabajadores y trabajadoras de la empresa en esta Organización de Grupos, Niveles y Puestos, (se) (...) implantó en el año 1997 un Sistema de Valoración de Puestos de Trabajo desarrollado por una consultora externa.”

En el plano de las medidas de tipo preventivo resultan valorables las acciones previstas en el área de la empresa pública dedicada al Transporte de Viajeros, en el sentido de que "...En el caso de creación de una nueva categoría, la descripción de sus funciones, su adscripción a un bloque competencial y los requerimientos de acceso serán valorados por la Comisión de Igualdad de Oportunidades antes del acuerdo definitivo con el único fin de constatar que ninguno de estos elementos introduce alguna discriminación por razón de sexo"⁵⁵.

Finalmente, al lado de los ejemplos anteriores, no puede obviarse la imprescindible sensibilización del personal de la empresa — tanto la plantilla como específicamente el área responsable de gestionar la dinámica de las acciones —, acerca de la neutralidad en las clasificaciones profesionales. Es el supuesto de un sector tan feminizado como Grandes Superficies de Distribución, donde se introduce la previsión de "Sensibilizar y formar en igualdad de oportunidades a la plantilla en general y, especialmente al personal relacionado

⁵⁴ ENSA.

⁵⁵ Ferrocarriles de la Generalitat Valenciana.

con la organización de la empresa; RR.HH., personal directivo, mandos, personal técnico y de gestión de equipos para garantizar la objetividad y la igualdad entre mujeres u hombres en la selección, clasificación...”⁵⁶. En lo que atañe al empleo público, aunque posee carácter genérico, es especialmente oportuna la previsión en la que se concluye que “...no es cuestión de sensibilidad personal con la discriminación por razón de sexo, sino que se trata de competencias profesionales que necesariamente han de incorporarse al perfil de los y las profesionales municipales...”, como se aprecia dentro del área de la Administración Local⁵⁷.

5.3. La planificación de las acciones

En relación con lo anterior y aunque son consideraciones de tipo general, se debe destacar como buena praxis aquellos casos en los que se establecen planificaciones temporales realistas, extensivas a las medidas de evaluación y seguimiento del Plan, localizables tanto en el sector privado como en el público. En este sentido, merece una valoración positiva la inclusión del correspondiente calendario para la ejecución de acciones, como en el caso del sector Seguros⁵⁸. En algún supuesto además, se prevén fechas taxativas de ejecución, como sucede en Grandes Superficies de Distribución⁵⁹, así como la frecuencia de las reuniones de evaluación y seguimiento. Por ejemplo, es muy adecuada la actuación donde se señala que “Finalizada la vigencia del Convenio colectivo, la Comisión Negociadora del siguiente convenio revisará los contenidos del Plan de igualdad, tras un nuevo diagnóstico de la situación, a fin de concretar en el siguiente convenio qué medidas, objetivos o áreas deberán ser objeto de actuación”, como ocurre en el área de la empresa pública dedicada al Transporte de Viajeros, aunque también pueden citarse otros casos como el de la Industria Textil y de la Confección⁶⁰. El calendario habrá de ser lo más riguroso posible, según se ejemplifica en las actividades de Servicios Asistenciales y en Seguros⁶¹, subdividido, en su caso, en periodos de planificación que atiendan a los diversos ámbitos de actuación, tales como los diferentes centros de trabajo, categorías y descripción de los puestos.

⁵⁶ Carrefour.

⁵⁷ Ayuntamiento de Zaragoza.

⁵⁸ Pelayo.

⁵⁹ Carrefour.

⁶⁰ Ferrocarriles de la Generalitat Valenciana. De forma similar, Grupo Inditex para sus sociedades de fabricación.

⁶¹ Por ejemplo, Badalona Serveis Assistencials y Pelayo.

Análogamente, desde el punto de vista de la necesaria conexión que debe existir entre los sujetos ejecutores de la medida y los responsables de la implementación del Plan, constituye una práctica imprescindible “Informar a la Comisión de Seguimiento y al Comité (...) de la evolución de la clasificación profesional de la plantilla por sexo”, como acertadamente se prevé en el sector de Grandes Superficies de Distribución⁶².

5.4. El control de la ejecución y la revisión de resultados

Por último, hay que subrayar la importancia de los indicadores de situación de cara al seguimiento del Plan, reflejada acertadamente en áreas de actividad muy dispares aunque con predominio de la empresa privada. Como muestra puede mencionarse lo previsto en el sector de Grandes Superficies de Distribución, donde se opta por el control de la “Distribución de la plantilla por sexos y puestos de trabajo”⁶³. También puede destacarse algún supuesto, como el sector de Servicios Asistenciales, en el que se establecen “Indicadores de Lenguaje no sexista”, referidos a las denominaciones funcionales, con el control del “...Nº de puestos de trabajo y % de la estructura organizativa clasificados sin criterios discriminatorios”⁶⁴. En particular, resulta especialmente valorable la opción que consiste en controlar los elementos de la descripción de puestos revisados y/o modificados por su carácter sexista, como se aprecia en Cajas de Ahorros y en Servicios Asistenciales⁶⁵. Análogamente, en el sector de la Hostelería se instrumenta como indicador el “Número de descripciones de puestos de trabajo elaboradas y revisadas sobre el nº total de puestos”⁶⁶.

6. CONCLUSIONES

Puede concluirse que el sesgo en los sistemas de clasificación profesional y figuras homólogas, como las RPT, es una de las causas subyacentes en la situación de inferioridad laboral de las mujeres, como demuestran, entre otras evidencias, las intervenciones normativas y jurisprudenciales que se han reseñado. Aunque las relaciones de empleo público poseen singularidades respecto de las desarrolladas en el ámbito del sector privado, estas parecen diluirse cuando se aborda una problemática como la que se ha examinado, siendo factible un análisis paralelo como el que se ha verificado en el presente estudio.

⁶² Carrefour.

⁶³ De nuevo, Carrefour.

⁶⁴ Badalona Serveis Assistencials.

⁶⁵ CajaMar y Badalona Serveis Assistencials.

⁶⁶ Hotels International.

A la vista de los resultados arrojados por el examen de las mencionadas referencias y de los Planes de igualdad seleccionados, pertenecientes tanto a la empresa privada como al sector público, pueden realizarse dos tipos de consideraciones acerca de los sistemas de clasificación profesional como materia propia de los mismos:

a) Desde un punto de vista sustantivo, puede afirmarse que el tratamiento de los sistemas de ordenación profesional se viene reflejando en el diagnóstico de situación; en algunos compromisos generales y declaraciones de objetivos; y, más concretamente, en las actuaciones orientadas al necesario análisis técnico de los puestos; la catalogación de éstos y de las funciones; y la imprescindible neutralidad del lenguaje utilizado en denominaciones y definiciones funcionales. Igualmente puede reseñarse la existencia de fórmulas de seguimiento y evaluación de las medidas programadas.

b) Desde una óptica cualitativa, la reflexión se puede resumir, en líneas generales, en la apreciación de propuestas escasas y demasiado sucintas y en la existencia de frecuentes remisiones, tanto en el empleo público como en el sector privado. Puede afirmarse que la dedicación que muestran los Planes de igualdad a las clasificaciones profesionales carece de la amplitud, intensidad y exhaustividad que requiere una materia de esta naturaleza. Esta circunstancia puede deberse a diferentes motivos. Entre ellos habría que destacar en primer término el desconocimiento del papel que juegan los sistemas de ordenación funcional a la hora de erradicar no solo las discriminaciones directas, sino las indirectas, originadas por el impacto negativo que una estructura funcional sesgada puede producir en los derechos de las trabajadoras. Esta afirmación puede fundamentarse en el hecho de que, en muchas ocasiones, cuando la cuestión atrae la atención de las correspondientes Comisiones de Elaboración, lo hace como tema secundario. Igualmente, es factible afirmar, en segundo lugar, que el grado de calidad del tratamiento de la figura también puede obedecer al papel protagonista que tradicionalmente vienen desempeñando los convenios colectivos o los acuerdos correspondientes en el diseño y establecimiento de las ordenaciones funcionales. Esta circunstancia hace que decaiga su análisis en los Planes, puesto que, al cabo, la inclusión de esta materia en los mismos es facultativa, tal y como se prevé en la LOIEMH, hecho que, unido a lo anterior, seguramente desvirtúa la funcionalidad de estas herramientas. Finalmente, interesa destacar como otra posible causa, muy relacionada con las ya explicadas, la eventual percepción por parte de los sujetos responsables de que, si la organización se ajusta al convenio colectivo o RPT de referencia, automáticamente se estará de acuerdo con la legalidad, sin que sea necesaria la realización de más indagaciones acerca de la adecuación de los sistemas de clasificación profesional a los principios de igualdad de oportunidades y de trato y no discriminación

basada en el género. Como puede deducirse, la formación específica de las personas implicadas resulta imprescindible para evitar este tipo de razonamientos. Junto a ello, la correcta ejecución de la labor de diagnóstico se revela indispensable para que el rigor de los datos y su adecuada ponderación ayuden a desmontar los juicios de valor y permitan la adopción de las medidas correspondientes.

ASPECTOS NOVEDOSOS DEL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE TRAS LAS ÚLTIMAS REFORMAS

MARÍA JOSÉ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Pablo de Olavide

EXTRACTO

Palabras Clave: Contrato para la formación y el aprendizaje, formación dual, políticas selectivas de empleo, crisis económica

Frente a las reformas laborales que trataban de fomentar la inserción de ciertos colectivos con dificultades de participación en el mercado, en detrimento del contenido formativo inherente al contrato para la formación y el aprendizaje, las últimas modificaciones legales han tratado de reforzar los elementos formativos, incorporando una nueva definición del ámbito subjetivo, un contenido de la obligación empresarial de formar al trabajador más exigente, nuevos controles para favorecer el cumplimiento de los objetivos marcados, así como nuevos incentivos y técnicas que se dirigen a potenciar el uso de esta modalidad como una herramienta para favorecer la cualificación de los trabajadores carentes de formación. Al mismo tiempo se flexibilizan algunos de los requisitos previstos en las anteriores regulaciones, como los relativos a los sujetos que pueden impartir la formación, la duración máxima del contrato o las prórrogas. Estas modificaciones arrancan en el Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de agosto, marcando un importante hito el Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases para la formación profesional dual, que será objeto de atención prioritaria en este trabajo. Junto a los últimos, los introducidos también por los Reales Decreto-Ley 1 y 4/2013.

ABSTRACT

Key Words: Contract for training and learning, work and learning, selective policy of employment, economic crisis

In the opposite truck to others labour market reforms, targeted to increase the inclusion of some groups with difficulties in labour force participation, the changes has been introduced with the scope of reinforcing the elements of formation in the contract for training and learning, incorporating a new definition of the subjective scope, a new legal scheme of the contract which changes the employers obligations in order to introduce a suitable framework for increasing the workers qualifications, new controls to promote compliance with training objectives that it has been settled, as well as important changes on the incentives aimed at encouraging the celebration of this type of contract. At the same time which make a more flexible legal framework, in relation with whom can be provided the training, the maximum duration of the contract or extensions, to facilitate its celebration. These legal changes start with the Regulation-Law 10/2011, August 26, ending on the Regulation 1529/2012, of November 8, which develops the contract for training and learning and establish the set for the dual vocational training, which will be the subject of priority attention in this work, jointed to the last change operated by the Regulations 1 and 4/2013.

ÍNDICE

1. EL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN EN EL CUADRO DE MODALIDADES CONTRACTUALES: SUS RASGOS ESENCIALES
2. LOS REQUISITOS PERSONALES DEL TRABAJADOR CONTRATADO PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE: UNA NUEVA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO PERSONAL
3. EL CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIO CONCERTADA: DEL BINOMIO FORMACIÓN- EMPLEO A LA FORMACION PROFESIONAL DUAL
4. INCREMENTO DE LOS ESTÍMULOS ECONÓMICOS DE LOS CONTRATOS PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE
5. CONCLUSIONES

1. EL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN EN EL CUADRO DE MODALIDADES CONTRACTUALES: SUS RASGOS ESENCIALES

Con el 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 prestación por desempleo, se introducen cambios relevantes en los contratos formativos regulados en el artículo 11.2 del ET, que pasan a denominarse contratos para la formación y el aprendizaje, con el fin de paliar los resultados especialmente negativos de la participación de los jóvenes en el mercado laboral causados por la presente crisis económica. Tratando de favorecer la inserción laboral de las personas jóvenes mediante la alternancia del empleo retribuido en una empresa con la formación recibida en un sistema de formación profesional para el empleo o en el sistema educativo. A esta reforma, con el objetivo igualmente de potenciar la presencia de los jóvenes en el mercado de trabajo, se suma la Ley 12/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que modifica, en lo que aquí interesa, los contratos para la formación y el aprendizaje, suprimiendo algunas limitaciones en cuanto a su celebración, que resultaban poco justificadas. Como último hito de las reformas en esta materia, el Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual, derogando la regulación reglamentaria anterior de esta modalidad contractual contenida en el Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, incide una vez más en la regulación de los contratos formativos, con la misma orientación que las reformas iniciadas en 2011, de potenciar los elementos formativos de esta modalidad contractual. Introduciendo, como novedad en el marco de las reformas precedentes, las bases de un sistema de formación profesional dual, con el que se pretende avanzar en una orientación más eficiente del sistema de alternancia entre empleo-formación vigente hasta la fecha.

De todo ello se desprende la concurrencia de dos elementos distintos en el diseño legal más reciente de los contratos para la formación y el aprendizaje: Por un lado, se diseña como una modalidad contractual, de carácter temporal, dirigida a fomentar la participación en el mercado de trabajo de los colectivos con especiales dificultades de inserción por su déficit de cualificación académica y/o profesional, particularmente de los jóvenes sin cualificación a los que nuevamente se dirigirá de forma prioritaria el contrato para la formación y el aprendizaje. Por otro lado, la formación profesional dual se inserta como una nueva herramienta dirigida a potenciar el componente formativo inherente al contrato para la formación y el aprendizaje, que ha sido impulsada esencialmente desde la Unión Europea gracias a los resultados obtenidos en Alemania con este tipo de experiencias, siendo uno de los ejes vertebradores de las políticas activas de empleo, por tratarse la formación de uno de los factores decisivos para favorecer el acceso o la permanencia en el mercado de trabajo.

Ambos elementos, contrato temporal como forma de impulsar el empleo y formación, han estado presentes, con más o menos intensidad, en los contratos formativos desde su incorporación plena al Derecho del Trabajo, mediante la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, que regulaba el acceso a los jóvenes sin cualificación profesional al primer empleo, equilibrando la duración determinada del contrato formativo (y su menor coste económico) con la formación¹. Sin embargo, el contrato para la formación y el aprendizaje en su evolución legislativa ha ido perdiendo este carácter selectivo que estaba presente en las primeras regulaciones, especialmente con el impulso de la causa de empleo como justificación de la temporalidad del vínculo de este contrato en perjuicio de la causa de formación, operada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo, que provocó una ampliación del ámbito subjetivo del contrato para la formación y el aprendizaje².

¹ Antes de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, la relación de aprendizaje no se insertaba en el Derecho del Trabajo, o con la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931, se reconoce como relación laboral pero se mantiene la ausencia de retribución. Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, como se ha indicado, reconoce el derecho a la retribución, junto con otros derechos laborales. Sobre la evolución más extensamente, Vila Tierno, F.: *El contrato para la formación en el trabajo*, Aranzadi Social, Navarra, 2008, pp. 31-53.

² Esta pérdida del carácter selectivo se desprende de la regulación legal, particularmente, de algunos aspectos del contrato para la formación que han sido modificados desde su incorporación al Derecho del Trabajo. En primer lugar, la edad máxima exigida a los trabajadores que se dispongan a celebrar el contrato para la formación “desde los dieciséis a los veintiún años con carácter general (y, excepcionalmente, hasta el 31 de diciembre de 2011, desde los dieciséis a los veinticinco años), y desde los veintiuno a los veinticuatro años si el trabajador participa en una Escuelas Taller o en una Casas de Oficio”, nos recuerda que estamos ante una medida origina-

Esta pérdida del objetivo de formación inherente a esta modalidad contractual, junto al escaso número de contrataciones concertadas, caracterizadas siempre por su marginalidad respecto de otras modalidades contractuales, que han tenido una presencia mayor, incluso en los últimos tres años³, tratan de

riamente concebida para fomentar el acceso al mercado de trabajo de los jóvenes (art. 11.2.a) ET). No obstante, la derogación de la edad máxima para celebrar el contrato cuando el trabajador se inserta en un Taller de Empleo o cuando se trata de un discapacitado, ambas en sintonía con la función que cumple la formación como medida para insertar con carácter general a otros grupos poblacionales, ha propiciado que el contrato para la formación se convierta en un instrumento para favorecer la participación en el mercado de trabajo de otros colectivos diferentes a los jóvenes (art. 11.2.a) ET). Segundo, la duración mínima del contrato de trabajo (desde seis meses a dos años, que puede ampliarse por la negociación colectiva a tres años, si resulta necesario en atención al sector, y, a cuatro años, si se concierta con discapacitados), se puede entender como una recuperación del sentido formativo de esta figura (art. 11.2.a) ET. Sin embargo, la prolongación de la etapa formativa retrasa la incorporación al mercado de trabajo normalizado, desbordando el sentido originario del contrato de aprendizaje, concebido más como una modalidad que facilita tanto una formación teórica como una experiencia en el empleo, añadiendo nuevos factores que pueden incidir en el uso abusivo del contrato para la formación. Pues, de nuevo, la duración determinada del vínculo, que se consigue mediante la celebración de este contrato, se puede convertir en un atractivo para el empresario, simplemente porque esta modalidad comporta una vinculación menos estable y más fácil de resolver. Tercero, la sustitución de la formación por la escolarización obligatoria, o en el caso de los discapacitados, por la rehabilitación o ajuste personal/social en un centro psico-social/de rehabilitación sociolaboral (art. 11.2 e) ET), aproxima esta figura más a la inserción que a la formación, al mismo tiempo que su mayor vinculación a actividades formativas públicas, lo desligan de la obligación empresarial de proporcionar formación. Por ello, no es de extrañar que, si se analizan estadísticas de empleo sobre cuáles son los colectivos que acceden por edades a esta modalidad contractual, sólo se pueda destacar que los jóvenes entre dieciséis y diecinueve años celebran el 35% de los contratos formativos; mientras que, en porcentajes similares se encuentran los grupos poblacionales entre los veinte a cincuenta años. Véase, <http://www.sepe.es>.

³ Como se puede extraer de las estadísticas publicadas por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, los contratos para la formación y el aprendizaje formaban entre el 0'42 y el 0'46 de las contrataciones efectuadas, con tan solo diez puntos más de media que los contratos en prácticas. En el año 2012, estos contratos se concentraron particularmente para desempeñar trabajos asalariados en el sector de la restauración o como dependientes en tiendas y almacenes, formando hasta el 37'1% de las contrataciones para la formación y el aprendizaje efectuadas en este período. Los contratos celebrados para cubrir puestos en la construcción tan solo alcanzaron el 7'8 de los contratos para la formación efectuados en 2012, siendo esta contratación de entre el 1'5 y el 4'6% para los puestos de empleado de servicios contables y financieros, administrativos, empleado en agencias de viajes, recepcionistas, telefonistas, vendedor, cajeros, taquilleros, trabajadores cualificados en la agricultura, acabados en la actividad de la industria, soldador, chapista, montador de estructuras, mecánicos y ajustadores de máquinas, electricista. Y quedando por debajo la contratación efectuada para otras profesiones. Incluso, en relación con los jóvenes, la celebración del contrato para la formación y para el aprendizaje, en los períodos del 2010 al 2012, los contratos para la formación y aprendizaje celebrados por los jóvenes, según la actual redacción hasta los 30 años, representaron respectivamente el 0'69, el 0'88 y el 1'2% de las contrataciones efectuadas en los citados períodos. Puede consultarse la información completa en el siguiente enlace, http://www.sepe.es/contenido/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/estadisticas_nuevas.html.

corregirse mediante las reformas iniciadas con el Real Decreto-Ley 10/2011. De hecho, la escasa confianza suscitada en torno al cumplimiento de los objetivos de formación o su eficacia en cuanto a la inserción real de quienes celebran este contrato en el mercado de trabajo, han motivado constantes modificaciones en esta modalidad contractual, prácticamente retocada en casi todas las reformas laborales de los últimos años⁴.

Partiendo de estos presupuestos en las siguientes páginas se analiza las reformas de los contratos para la formación y el aprendizaje, deteniéndonos especialmente tanto en sus elementos esenciales como en las novedades introducidas por las últimas reformas laborales que culminan en el Real Decreto 1529/2012, con el fin de valorar el impacto que estas modificaciones han tenido en cuanto a las finalidades perseguidas por estas modalidades contractuales. Este análisis se detendrá en los dos elementos claves que informan el diseño legal. De un lado, se analizará la funcionalidad del contrato para la formación y el aprendizaje como herramienta para favorecer la participación laboral de los colectivos con especiales dificultades en el mercado de trabajo, especialmente los jóvenes que son actualmente el grupo poblacional elegido por el legislador; con este fin se analiza el ámbito subjetivo del contrato para la formación y el aprendizaje. Por otro lado, el estudio se detiene en el análisis de los elementos de rigidez suprimidos por las últimas reformas, al mismo tiempo que se indican y se valoran los mecanismos creados para garantizar el cumplimiento de la obligación empresarial de formación, así como los nuevos incentivos a la contratación introducidos para potenciar su uso.

⁴ Real Decreto-ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida; Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida; Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad; Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad; Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad; Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo; Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo; 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 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 de los programas de recualificación profesional de las personas que agoten el desempleo; Real Decreto-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.

2. LOS REQUISITOS PERSONALES DEL TRABAJADOR CONTRATADO PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE: UNA NUEVA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO PERSONAL

Con independencia de los requisitos subjetivos que se exigen para la celebración del contrato, como son la capacidad, el consentimiento o la autorización de trabajo, el artículo 11.2 del ET exige la concurrencia de dos requisitos adicionales: la edad y la carencia de formación, en los términos que se estudiarán en los siguientes apartados.

2.1. La exigencia de la edad y sus excepciones: el incremento del límite general de la edad en las reformas de 2012

A diferencia del contrato en práctica donde la regulación legal no establece una franja de edad para su celebración, el contrato para la formación y el aprendizaje, de acuerdo con el artículo 11.2 del ET y el artículo 6 del Real Decreto 1529/2012, únicamente puede suscribirse con trabajadores “mayores de dieciséis y menores de veinticinco años”. De manera que, en sintonía con el Real Decreto-ley 10/2011, se establece un tope superior a los veintiún años que se había mantenido vigente tras la reforma propiciada por el Real Decreto-ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, que redujo la edad desde los veinticinco a los veintiún años. Además, en la misma dirección que el Real Decreto-ley 10/2011, las reformas laborales de 2012, con la redacción dada por el Real Decreto 1529/2012, mantiene la unificación en cuanto a la edad máxima para la formalización del contratos para la formación y el aprendizaje, quedando fijada en los veinticinco años. Con lo que se abandona igualmente los dos tramos de edad distintos, introducidos por el Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, que permitía ampliar la edad, de veintiuno a veinticuatro, cuando se concertara con alumnos procedentes de Escuelas Taller y Casas de Oficios.

El tope máximo de los veinticinco años de edad tiene varias excepciones. En primer lugar, el límite de edad ha quedado establecido, de acuerdo la disposición transitoria 9ª de la Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en los treinta años hasta que la tasa de desempleo general no se sitúe por debajo del 15%, en coherencia con las dificultades de participación que actualmente tienen los jóvenes en el mercado laboral español. Tratándose de una medida deseablemente excepcional, la edad de los veinticinco años establecida para fijar el tope máximo, de acuerdo con lo dispuesto en la redacción del artículo 11.2 del ET, resulta coherente no sólo con las disposiciones de la Organización Internacional del Trabajo que se refiere a las medidas de empleo de los jóvenes sin cualificación profesional marcando

este límite⁵, sino también con la edad establecida en las directrices comunitarias de empleo⁶. Al mismo tiempo que se ajusta a otras normas españolas que han fijado este mismo límite en el terreno del empleo⁷.

En segundo lugar, por lo que se refiere a las excepciones, se deroga igualmente el límite de la edad máxima para celebrar este contrato cuando se realice con trabajadores discapacitados o en situación de exclusión social previstos en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, que regula las empresas de inserción, cuando sean contratados para desarrollar la prestación de servicios en uno de los distintos tipos de empleo protegido que integran las empresa de inserción. En este sentido, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para el mercado de laboral, manteniendo la redacción dada por la Ley 35/2010, que vuelve al texto anterior al Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo, donde la derogación de la edad se había generalizado bastante en lo que hace a la extensión de este contrato para colectivos distintos a los discapacitados⁸, amplía esta derogación también para los excluidos sociales, en coherencia con la idea de proteger a los colectivos más desfavorecidos. Sin perjuicio de que la doctrina ya se mostró bastante crítica con la derogación del límite de edad para los excluidos sociales⁹,

⁵ Recomendación OIT 45 sobre el desempleo de los jóvenes (1934); Recomendación OIT 117 sobre formación profesional (1962); Recomendación OIT 60 sobre el aprendizaje (1939).

⁶ DEMP 1998, DEMP 1999, DEMP 2000, DEMP 2001, DEMP 2002, DEMP 2003, DEMP 2004, STJCE de 1 de abril de 2004 (C-99/2002), STJCE de 7 de marzo de 2002 (C- 310/99) y STJCE de 14 de abril de 2005 (C-110/03).

⁷ Art. 11 LBE; Decreto 1445/1982, de 25 de junio, por el que se regulan diversas medidas de fomento del empleo.

⁸ En efecto, el Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo, derogó el tope máximo en la edad para celebrar el contrato cuando se concertara con “desempleados minusválidos, trabajadores extranjeros durante los dos primeros años de vigencia de su permiso de trabajo, desempleados que lleven más de tres años sin actividad laboral, desempleados en situación de exclusión social, desempleados que se incorporen a los programas de escuelas taller, casas de oficios y talleres de empleo” (artículo 1 del Real Decreto-Ley 5/2001). Con un nuevo retoque, en la Ley 12/2001, de 9 de julio, en cuanto a los colectivos a los que tampoco se le aplica este límite máximo en la edad, igualmente en el sentido de mantener una extensión más amplia de los colectivos a los que no se les aplica el límite de edad: “minusválidos; trabajadores extranjeros, durante los dos primeros años de vigencia de su permiso de trabajo, salvo que se acrediten la formación y experiencia necesarias para el desempeño del puesto de trabajo; aquéllos que lleven más de tres años sin actividad laboral; quienes se encuentren en situación de exclusión social, los que se incorporen como alumnos-trabajadores a los programas de escuelas taller, casas de oficios y talleres de empleo” (artículo 1 de la Ley 12/2001, de 9 de julio). Hasta que nuevamente se modifica por el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, establece un tope de edad para algunos colectivos (desempleados que se incorporen como alumnos-trabajadores a los programas de escuelas taller y casas de oficios), mientras que mantiene la derogación del límite de edad para otros (desempleados que se incorporen como alumnos-trabajadores a los programas de talleres de empleo y discapacitados), según se extrae del artículo 12.1 del Real Decreto 5/2006, hasta que nuevamente se fije un límite de edad, en relación con quienes participan en los Talleres de empleo, en función de la edad que estos programas fijen (artículo 12 de la Ley 35/2010).

por el efecto que provoca este tipo de medidas en la utilización del contrato formativo con una finalidad exclusivamente de inserción en el mercado de trabajo, ya que las dificultades de participación laboral de los excluidos sociales suelen tener un origen distinto a la mera carencia de formación.

Estas excepciones, al margen de la necesaria transitoriedad que requiere cualquier medida acción positiva, especialmente cuando se diseña en el contexto de una crisis económica, son coherentes con el planteamiento de establecer medidas especiales para los colectivos más vulnerables, entre los que se encuentran, de acuerdo con el artículo 19.º de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo, en adelante LE, los jóvenes, con particular atención a aquellos con déficit de formación, los discapacitados o las personas en situación de exclusión social, según la redacción dada a este precepto por el Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo. Sin perjuicio de que, en relación con los trabajadores que tienen entre veinticinco a treinta años, resultaría deseable que realmente la ampliación del límite de edad fuera realmente transitoria, ya que supera mucho los topes de edad dispuestos en relación con las medidas de empleo dirigidas a los jóvenes.

No obstante, el artículo 3 del Real Decreto-ley 14/2011, de 16 de septiembre, de medidas complementarias en materia de política de empleo y de regulación del régimen de actividad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, introdujo otra excepción más a la edad máxima para celebrar los contratos para la formación y el aprendizaje, con la que definitivamente se realiza casi una derogación de la edad máxima. Según esta norma, el límite de edad y de duración para los contratos para la formación y el aprendizaje no será de aplicación “cuando se suscriban en el marco de las acciones y medidas establecidas en el artículo 25.1 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo”. Estas acciones y medidas son las que “impliquen la realización de un trabajo efectivo en un entorno real y permitan adquirir formación o experiencia profesional dirigidas a la cualificación o inserción laboral”. En coherencia con esta idea, la disposición adicional primera del Real Decreto 1529/2012 dispone que el límite máximo de la edad para concertar este contrato no será de aplicación cuando el trabajador se integre en una Escuela Taller, Casa de Oficio o Taller de Empleo. Con lo que se amplía excesivamente el ámbito subjetivo de los contratos formativos, perdiendo prácticamente su carácter de medida selectiva de empleo dirigida a favorecer el acceso de los jóvenes al mercado de trabajo, pese a las constantes reiteraciones sobre el objetivo de impulsar la participación laboral de los jóvenes mediante el contrato para la formación y el aprendizaje que pueden encontrarse en las reformas laborales impulsadas desde 2011.

⁹ Pérez Yáñez, R.: “Adaptaciones en los contratos formativos y de inserción”, en Cruz Villalón, J. (coord.): *La reforma laboral de 2006*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp. 113.

2.2. La carencia de titulación reconocida y relacionada con la actividad como requisito indispensable: el silencio sobre la experiencia profesional y los límites con el contrato en práctica

Según se deduce de la regulación del contrato para la formación y el aprendizaje, la carencia de una titulación que permita la formalización del contrato en práctica es indispensable para la celebración del contrato para la formación y el aprendizaje, como se desprende del artículo 11.2 ET en la redacción dada por el Real Decreto-ley 10/2011, actualmente vigente, donde se exige que los trabajadores “carezcan de la cualificación profesional reconocida por el sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo requerida para concertar un contrato en prácticas”, en la línea con las redacciones que este precepto ha tenido antes de las reformas emprendidas en 2011, mantenidas prácticamente sin alteraciones significativas desde la introducción del contrato para la formación y el aprendizaje como una modalidad específica para fomentar la empleabilidad de quienes suscriben este contrato, exigiendo la carencia de titulación para todos los trabajadores que acceden a esta modalidad contractual. De tal manera que el contrato en prácticas queda reservado para “quienes estuvieren en posesión de título universitario o de formación profesional de grado medio o superior o títulos oficialmente reconocidos como equivalentes” (artículo 11.1 del ET).

Con lo que la reforma laboral de 2012, en la misma dirección que las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 10/2011, abandona la posibilidad de que el trabajador carezca, alternativamente, de titulación, o de certificado profesional, para realizar el contrato en prácticas, que había sido introducida por el Real Decreto-ley 10/2010, y que se mantuvo vigente hasta su derogación el 30 de agosto de 2011. En coherencia con esta idea, la redacción actual del artículo 11.2 del ET, tras la modificación realizada por el Real Decreto-ley 10/2011, indica que el objetivo del contrato para la formación es “la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo”, adecuándose de esta forma a la finalidad del contrato: la cualificación profesional del trabajador¹⁰. A efectos prácticos, esto no se ha traducido, en lo que hace los títulos que impiden el acceso, en una modificación real del objetivo

¹⁰ Moreno Gené, J.: “El contrato para la formación y el aprendizaje: un nuevo intento de fomento del empleo juvenil mediante la cualificación profesional de los jóvenes en régimen de alternancia”, *Temas Laborales*, nº 116, 2012, pp. 48; López Gandía, J.: “Los contratos formativos y a tiempo parcial tras la reforma laboral de 2012”, *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012, pp. 89.

perseguido, pues el contrato para la formación y el aprendizaje ha seguido admitiéndose para obtener alternativamente una titulación del sistema educativo o un certificado de profesionalidad¹¹. Como se extrae del artículo 16 del Real Decreto 1529/2012, que confirma esta interpretación, “la actividad formativa inherente al contrato para la formación y el aprendizaje, que tiene como objetivo la cualificación profesional de las personas trabajadoras en un régimen de alternancia con la actividad laboral retribuida en una empresa, será la necesaria para la obtención de un título de formación profesional de grado medio o superior o de un certificado de profesionalidad o, en su caso, certificación académica o acreditación parcial acumulable”.

De manera que, junto al requisito de la edad antes señalado y con las excepciones que le son de aplicación conforme a lo expuesto hasta el momento, el trabajador debe carecer de la titulación que certifica el conocimiento, al menos desde el punto de vista teórico, de la profesión desempeñada mediante el contrato para la formación y el aprendizaje, pudiendo celebrarse por quienes tienen una titulación distinta al puesto desempeñado siempre que los conocimientos teóricos sean necesarios para realizar la actividad laboral concertada¹². De tal manera que, como aclara la norma resolviendo las dudas entorno a la posibilidad de suscribir esta modalidad contractual por quienes podrían formalizar un contrato en prácticas para adquirir el nivel de cualificación más básica dentro de una profesión concreta, pueden celebrar el contrato para la formación y el aprendizaje, de acuerdo con el artículo 11.2 del ET, quienes cursen formación profesional del sistema educativo, siempre que se respete los límites entre ambas modalidades de contratos formativos. Esto permite a los alumnos que cursen la formación profesional en su fase más avanzada acceder al contrato para la formación, aunque no se indique de forma expresa, incluso cuando hayan celebrado anteriormente un contrato para la formación y hayan obtenido un título formativo en el sistema, siempre que “la formación inherente al nuevo contrato tenga por objeto la obtención de distinta cualificación profesional” (artículo 11.2.c) del ET). Lo que resulta coherente con la redacción vigente del artículo 11.2 del ET hasta el 1 de mayo de 1995, que permitía la celebración del

¹¹ Moreno Gené, J.: “El contrato para la formación y el aprendizaje: un nuevo intento de fomento del empleo juvenil mediante la cualificación profesional de los jóvenes en régimen de alternancia”, ob. cit., pp. 48.

¹² La STSJ de Andalucía, de 5 de noviembre de 1990 (AS 2460/1999) consideró conforme a Derecho el contrato para la formación celebrado por un Licenciado en Ciencias empresariales que realiza funciones de administrativo en una Entidad Bancaria, ya que precisa de unos conocimientos teóricos que no posee. Por el contrario, la STSJ Castilla y León de 29 julio 1996 (AS 2604/1996) calificó como celebrado en fraude de ley el contrato formativo suscrito por una Diplomada en Ciencias Empresariales contratada para desempeñar funciones de auxiliar administrativo, por tener la trabajadora los conocimientos que eran necesarios para desempeñar el puesto de trabajo.

contrato para la formación a quienes tuvieran un título de “formación profesional de grado medio o superior”. Accediendo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11.1 del ET, mediante la modalidad del contrato en prácticas, cuando la experiencia profesional en la empresa se conecte con el nivel de estudios, de grado medio o superior, cursado y acreditado mediante el correspondiente título oficial (artículo 11.1.a) del ET).

De manera que la redacción legal actualmente vigente de este precepto, que no ha sido alterada por las reformas de 2012, han confirmado que el contrato para la formación, en la orientación que venimos analizando, se dirige a los trabajadores carentes de conocimientos teóricos. En este punto, la norma nada indica de la carencia sobre los conocimientos prácticos en las tareas objeto del contrato para la formación y el aprendizaje, cuya ausencia se presume directamente por la carencia del título formativo. Con lo que esta modalidad contractual podría en realidad, de una forma bastante discutible, emplearse cuando el trabajador conoce la profesión, aunque no tiene una titulación oficial acreditativa de estos conocimientos teóricos.

En este sentido, el artículo 11.2.c) del ET prohíbe la celebración de este contrato cuando el puesto de trabajo correspondiente al contrato haya sido desempeñado con anterioridad por el trabajador en la misma empresa por tiempo superior a doce meses, lo que no impide la celebración del contrato cuando se tenga la experiencia profesional. Además, este mismo precepto, con el objetivo de salvaguardar el objetivo de formación inherente a esta modalidad contractual, indica que el trabajador tampoco podrá ser contratado bajo esta modalidad por la misma o distinta empresa, salvo que la formación inherente al nuevo contrato tenga por objeto la obtención de distinta cualificación profesional (artículo 11.2.c) del ET).

Sin embargo, como se ha indicado antes, esto no impide la celebración del contrato para la formación y el aprendizaje por quienes, aun teniendo experiencia profesional, carecieran de un título de formación expedido por el sistema educativo público. Esto desvirtúa la finalidad de este contrato formativo, cuyo objetivo es la adquisición de los conocimientos tanto teóricos como prácticos que son necesarios para el desempeño de una determinada profesión. Como se desprende incluso de algunos pronunciamientos que, sin las exigencias actualmente existentes sobre la necesidad de que la formación se adecue al catálogo de las ofertadas en el sistema educativo, habían rechazado la validez de los contratos formativos concertados para trabajos poco calificados, admitiendo únicamente su celebración con un trabajador cualificado cuando se precisen conocimientos distintos al de su titulación¹³. Con lo que la ausencia de

¹³ STSJ de Madrid de 19 de noviembre de 1988 (SA 6450/1988) -puesto de limpieza-; STSJ de Madrid de 28 abril 1993 (AS 1993\2005) - auxiliar de caja-.

medidas específicas que eviten la suscripción de este contrato por trabajadores con experiencia, pero sin titulación, subraya la finalidad de inserción laboral que precisamente las últimas reformas laborales han tratado de corregir¹⁴. Otra de la manifestación de esta carencia se encuentra en la propia dinámica de la relación. En este sentido, la regulación legal exige que el trabajador carezca de un título formativo, en el momento de la celebración del contrato, sin considerar lo que puede suceder durante su vigencia, incluso en una fecha próxima a la formalización del vínculo contractual.

3. EL CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS CONCERTADA: DEL BINOMIO FORMACIÓN TEÓRICO-PRÁCTICA A LA FORMACIÓN PROFESIONAL DUAL

Partiendo de los requisitos personales exigidos en el artículo 11.2 del ET y en su desarrollo reglamentario que acaban de analizarse en el anterior apartado, el contenido del contrato formativo se encuentra íntimamente ligado al objetivo de proporcionar una formación teórico-práctica para un trabajador sin cualificación alguna. A lo largo de su regulación legal, el contrato para la formación y el aprendizaje, sin embargo, ha tenido distintas prioridades, aunque el objetivo de formación haya estado siempre ligada esta modalidad contractual. De un lado, esta modalidad contractual, particularmente dirigida a los jóvenes, se ha dirigido a favorecer el acceso al empleo de quienes no tienen cualificación mediante el desempeño de un oficio, con una finalidad simplemente de inserción en el mercado de trabajo. Con posterioridad, se enriquece incorporando un sistema de alternancia entre formación-empleo, a los efectos de proporcionar conocimientos tanto teóricos como prácticos a quienes suscribían esta modalidad contractual, con lo que su contenido queda modificado, incorporando herramientas que potencian el objetivo de formación. Sin perjuicio de lo anterior, en las fases de crisis económica, el contrato para la formación y el aprendizaje se ha utilizado como un instrumento de acceso al empleo, matizando el elemento formativo inherente a este contrato, con una reforma de su contenido, que se hace menos exigente en cuanto a los títulos exigidos, la duración de la actividad formativa teórica o del contrato de trabajo, entre otros¹⁵. En las últimas reformas de mercado de trabajo, y particularmente tras el Real Decreto 1529/2012 que desarrolla reglamentariamente esta modalidad contractual, se impulsa nuevamente la finalidad formativa, instaurando las bases de lo que ha

¹⁴ López Gandía, J.: “Los contratos formativos y a tiempo parcial tras la reforma laboral de 2012”, ob. cit., pp. 89.

¹⁵ Más extensamente, Vila Tierno, F.: *El contrato para la formación en el trabajo*, ob. cit., pp. 27-115.

venido a denominarse como formación profesional dual. Inspirado en el ordenamiento alemán, este sistema dual trata de acercar aún más la formación en la empresa con la formación teórica, haciendo que ambas se encuentren más unidas. De ahí que el objetivo del nuevo contrato para el aprendizaje y la formación, como se ha indicado, en el apartado anterior sea: “la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo” (artículo 11.2 del ET).

Para valorar la virtualidad de las modificaciones introducidas en relación con este sistema dual, se precisa analizar el nuevo contenido del contrato para la formación y el aprendizaje, lo que necesariamente exige un análisis de la formación teórico-práctica a la que se dirige esta modalidad contractual tras las reformas realizadas, las garantías legales existentes sobre el cumplimiento de los objetivos formativos fijados, la duración de la relación laboral concertada y las previsiones legales existentes sobre contenido de la prestación de servicio fijada por las partes. Un análisis que no sólo debe hacerse en conexión con el ámbito donde normalmente se ha desarrollado el contrato para la formación y el aprendizaje, sino que también precisa una reflexión sobre la posibilidad de suscribir contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria, a la que se refiere la disposición final tercera y cuarta del Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

3.1. La formación teórica y práctica del trabajador ligada a la obtención de un título, con alternancia en la empresa y en el centro formativo

Según se desprende de la propia regulación en las distintas versiones que ha tenido el artículo 11.2 del ET, los contratos para la formación y el aprendizaje deben tener necesariamente el componente teórico de la formación relacionada con el desarrollo de la prestación de servicios en la empresa. Sin que pueda convalidarse con carácter general la formación teórica con el desempeño del puesto de trabajo, salvo los contenidos esencialmente prácticos que se imparten junto con la formación teórica, donde se ha admitido la convalidación en las enseñanzas integradas en los sistemas educativos cuando se cumplan las garantías mínimas relacionadas con la adquisición de la formación práctica mediante el desempeño de la actividad laboral en la empresa. De acuerdo con esta idea, el artículo 16 del Real Decreto 1529/2012, en coherencia con la idea de instaurar las bases para un sistema de formación profesional dual, indica que “para la exención total del módulo profesional de formación en centros de trabajo de los títulos de formación profesional, la duración del contrato inicial

y sus prórrogas deberá ser como mínimo de un año”, lo que facilita la convalidación de la experiencia profesional adquirida mediante el ejercicio de la profesión con los módulos de enseñanzas prácticas impartidas en el sistema educativo, conectando claramente la formación práctica en la empresa con la formación teórica conducente al título, al mismo tiempo que se facilita la instauración del sistema de enseñanza profesional dual.

Como antes se ha indicado, las reformas introducidas han tratado de potenciar la validez del título formativo, haciendo que esta modalidad contractual, al margen de la adquisición de los conocimientos prácticos, se encamine a la consecución de un título oficial incluido en la oferta académica formativa de carácter oficial. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 16 del Real Decreto 1529/2012, en coherencia con las reformas impulsadas desde 2011, admite que el contrato para la formación y el aprendizaje facilite la obtención de un título de formación profesional de grado medio o superior, o, en su caso, de una certificación académica o acreditación parcial acumulable.

Con el fin de adaptar el contenido de los contratos formativos suscritos desde el 31 de agosto de 2011 hasta el 12 de febrero de 2013 a la regulación vigente tras el Real Decreto 1529/2012, en lo que hace a la exigencia de que los títulos formativos se relacionen con la oferta académica vigente, esta norma introduce una disposición adicional, que reproduce la disposición transitoria 7ª y 8ª del Real Decreto-ley 3/2012, donde se diferencia, en relación con el contenido formativo inherente al contrato para la formación y el aprendizaje, entre si la formación existe o no existe en el catálogo de cualificaciones¹⁶. Las dificultades de adaptar los anteriores contratos para la formación y el aprendizaje al nuevo régimen legal han propiciado una ampliación del régimen transitorio hasta el 31 de diciembre de 2013¹⁷.

¹⁶ Cuando la formación profesional o el certificado de profesionalidad se encuentren disponibles, y existan centros para impartir la formación, se iniciará la actividad formativa, previa solicitud de la empresa a los Servicios Públicos de Empleo. Sin embargo, cuando no exista formación profesional o certificado profesional, la actividad formativa estará constituida por los contenidos mínimos orientativos establecidos en el fichero de especialidades formativas, o en su defecto, por los contenidos formativos autorizados por el Servicio Público de Empleo Estatal (disposición transitoria segunda del Real Decreto 1529/2012). A esta última previsión, se añaden otras específicas, relacionadas con el lugar donde se realiza (admitiéndose que se realice en la empresa o en centros autorizados), la duración de la actividad (que habrá de respetar, en todo caso, el número de horas establecidos por el Servicio Público de Empleo Estatal para las especialidades formativas) y la certificación de la formación (que se realizará, en los casos que no exista certificados de profesionalidad, mediante las acreditaciones totales o parciales de los certificados de profesionalidad, de acuerdo con el artículo 11.2 del Real Decreto 395/2007).

¹⁷ Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero, por el que se prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y se adoptan otras medidas urgentes para el empleo y la protección social de las personas desempleadas. En este caso, cuando no exista título de formación profesional o certificado de profesionalidad relacionados con el trabajo efectivo a realizar o centros formativos disponibles para la impartición de los contenidos

Pese a esta regulación transitoria, se incorporan dos novedades relevantes, en comparación con las redacciones anteriores, que se dirigen a reforzar igualmente la implantación del sistema de enseñanza profesional dual y la formación inherente a esta modalidad contractual, separándose de otras finalidades a las que había atendido el contrato para la formación y el aprendizaje, en concreto su finalidad exclusivamente dirigida al conocimiento sobre una determinada profesión o a impulsar el acceso al empleo. En primer lugar, para facilitar al menos el grado de cualificación más elemental, se disponía, desde las primeras regulaciones, que “cuando el aprendiz no haya finalizado los ciclos educativos comprendidos en la escolaridad obligatoria, la formación teórica tendrá por objeto inmediato completar dicha educación” (artículo 10.6 del Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo). Tras el Real Decreto-ley 10/2011, esta exigencia legal se vuelve más impositiva, “la formación en los contratos para la formación y el aprendizaje que se celebren con trabajadores que no haya obtenido el título de graduado en Educación Secundaria Obligatoria deberá permitir la obtención de dicho título”. Con ocasión del Real Decreto-ley 3/2012, esta obligación desaparece totalmente, sin que se contemple en la nueva redacción legal del precepto dada por la Ley 3/2012 y por el Real Decreto 1529/2012, con lo que se eliminan otras finalidades distintas a las que había atendido esta modalidad contractual, como la corrección del fracaso escolar, centrándose en establecer las bases necesarias para que el trabajador adquiera un título de formación relacionado con la ocupación en la empresa¹⁸. Se advierte así un intento de acercar definitivamente el contenido formativo de este contrato al puesto de trabajo, aunque sea en detrimento de proporcionar la formación básica necesaria para garantizar que el trabajador adquiera en el futuro nuevos conocimientos teóricos relacionados con éste puesto de trabajo o con otro distinto. Esta supresión, no obstante, resulta poco coherente con la finalidad pretendida por el contrato para al formación y el aprendizaje de proporcionar una cualificación a quienes carecen totalmente de formación, ya que muchos de los llamados a celebrar este contrato formativo ni siquiera tienen la cualificación más elemental que acredita el título de graduado en Educación Secundaria Obligatoria¹⁹.

formativos, la actividad formativa inherente a los contratos de formación y aprendizaje que se suscriban en dicho plazo puede estar constituida por los contenidos mínimos orientativos establecidos en el fichero de especialidades formativas del Servicio Público de Empleo Estatal.

¹⁸ Escudero Rodríguez, R.: “Nuevos derechos de formación y el contrato para la formación y el aprendizaje”, *Relaciones Laborales*, nº 23, 2012, pp. 71.

¹⁹ En la misma dirección, Suárez Corujo, B.: “La (pen)última modificación del contrato para la formación y el aprendizaje”, en VV.AA.: *Reforma laboral 2012: análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Lex Nova, 2012, pp. 87, cuestiona que se elimine esta previsión en el contexto de una crisis económica que arrojar resultados tan negativos para los jóvenes sin formación.

Otra de las novedades introducidas, igualmente dirigidas a potenciar el carácter formativo estableciendo las bases del sistema de formación profesional dual, se encuentra en la exención existente para los discapacitados de realizar los contenidos formativos del contrato para la formación y el aprendizaje. En este sentido, de acuerdo con la redacción de este artículo vigente desde el 14 de diciembre de 2002 hasta el 30 de agosto de 2011, cuando el trabajador contratado para la formación fuera una persona con discapacidad psíquica, la formación teórica podía “sustituirse, total o parcialmente, previo informe de los equipos multiprofesionales de valoración correspondientes, por la realización de procedimientos de rehabilitación o de ajuste personal y social en un centro psicosocial o de rehabilitación sociolaboral”, con lo que el contrato para la formación aparecía bastante descafeinado en el cumplimiento de sus objetivos formativos, atendiendo más bien a una finalidad de inserción en el mercado de trabajo. El Real Decreto-ley 20/2011 deroga esta previsión legislativa, en coherencia con esta idea de promover la adquisición de una experiencia profesional respaldada por un título formativo, sin que se haya rescatado esta exención en la reforma laboral de 2012. Con lo que igualmente el contrato para la formación y el aprendizaje se convierte en un instrumento dirigido a instaurar el nuevo sistema formación dual, abandonando otras finalidades a las que había atendido con anterioridad. En efecto, con esta previsión legislativa, al igual que con otras que se incorporan durante las últimas reformas laborales, se trata de garantizar que el contrato para la formación y el aprendizaje no sólo garantice unos conocimientos teóricos-prácticos relacionados con el puesto de trabajo, sino que también se encamine a la consecución de un título del sistema educativo.

También se introducen algunas novedades en relación con los sujetos que pueden impartir la formación teórica, instaurando un sistema dual de formación flexible, donde igualmente se conecta la formación teórica y práctica. A tales efectos, la formación teórica, según se extraía de los textos legales que han venido regulando el contrato para la formación y el aprendizaje, debía realizarse fuera de las instalaciones de la empresa: “el trabajador deberá recibir la formación inherente al contrato para la formación y el aprendizaje directamente en un centro formativo de la red a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, previamente reconocido para ello por el sistema nacional de empleo” (artículo 11.2. del ET en la redacción vigente desde el 31 de agosto de 2011 hasta el 11 de febrero de 2012), en una opción legal respaldada por la doctrina ante las reticencias que siempre ha suscitado la impartición de la enseñanza teórica a cargo del empresario²⁰. Sin embargo, la regulación

²⁰ Vila Tierno, F.: “De nuevo a vueltas con el proceso de cualificación en el contrato para la formación. La ausencia de causalidad en supuestos de enseñanza a distancia”, *ob. cit.*; Suárez Corujo, B.: “La (pen)última modificación del contrato para la formación y el aprendizaje”, *ob. cit.*, pp. 86; Escudero Rodríguez, R.: “Nuevos derecho de formación y contrato para la formación y el aprendizaje”, *ob. cit.*, pp. 78-79.

reglamentaria del artículo 11.2 del ET, donde se contenía el contrato para la formación y el actual contrato para la formación y el aprendizaje, permitía que la formación teórica se realizara en la propia empresa siempre que existiesen instalaciones adecuadas para esta finalidad (artículo 8.2 y 10 del Real Decreto 488/1998).

Ahora bien, la nueva redacción del artículo 11.2 del ET parte de que “el contrato para la formación y el aprendizaje tendrá por objeto la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo”, con lo que podría interpretarse la obligación de realizar la parte formativa necesariamente en un centro formativo. En efecto, de acuerdo con el artículo 18 del Real Decreto 1529/2012, “la formación inherente al contrato para la formación y el aprendizaje deberá ser impartida directamente por un centro de formación profesional de aquéllos a los que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las cualificaciones y de la formación profesional”, ya sea del sistema educativo con la oportuna comunicación al Servicio Público de Empleo competente, o bien de los centros acreditados de acuerdo con la normativa reguladora de los certificados de profesionalidad.

Sin embargo, el Real Decreto-ley 3/2012, en la redacción confirmada por la Ley 3/2012, admite que excepcionalmente el trabajador reciba la “formación en la propia empresa cuando la misma dispusiera de las instalaciones y el personal adecuados a los efectos de la acreditación de la competencia o cualificación profesional” (artículo 11.2.d) del ET). Incluso, cuando el contrato formativo sea suscrito con una empresa de trabajo temporal, de acuerdo con la disposición final tercera y cuarta del Real Decreto-ley 4/2013, se admite que la empresa de trabajo temporal imparta la formación teórica en sus instalaciones. Sin perjuicio de que en ambos casos, con el fin de conseguir la certificación oportuna del sistema educativo, el trabajador realice los períodos de formación complementarios que sean necesarios en los centros educativos autorizados (artículo 11.2 del ET y artículo 18.4 del Real Decreto 1529/2012). Esta modificación legislativa facilita, sin lugar a dudas, la celebración de los contratos para la formación y el aprendizaje, siendo adecuada especialmente cuando la empresa tenga los medios materiales y humanos necesarios para proporcionar la formación teórica que el trabajador necesita²¹. Sin perjuicio de los problemas que se plantean en relación con la certificación de la formación adquirida, salvados en parte por la certificación del título proporcionado por el sistema educativo, se plantean muchas dudas en relación con que sea el empresario

²¹ Sempere Navarro, A.V. y Martín Jiménez, R.: *Claves de la reforma laboral de 2012. (Estudio del RDley 2/2012, de 10 de febrero)*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 187.

quien proporcione directamente los conocimientos teóricos inherentes a este contrato, especialmente estas incertidumbres se relacionan con las dificultades de vigilancia sobre los contenidos formativos de carácter teórico transmitidos por la empresa al trabajador²², a lo que igualmente pueden añadirse otros problemas relacionados con el control sobre la calidad de la formación teórica²³.

Todas estas dudas probablemente causaron que ya el Real Decreto 1529/2012, que desarrolla el artículo 11.2 del ET, incluso restringiera aún esta excepción legal, por la que puede desarrollarse la parte teórica inherente al contrato para la formación y el aprendizaje en la propio centro de trabajo, exigiendo que la empresa se encuentre “autorizada para ofertar la formación de ciclos formativos y/o acreditada como centro para impartir la formación dirigida a la obtención de certificados de profesionalidad, para lo cual deberá reunir los requisitos establecidos en la normativa de aplicación, así como las condiciones que puedan determinar las Administraciones educativas y laborales en el ámbito de sus competencias” (artículo 18.4 del Real Decreto 1529/2012). Ampliándose esta exigencia, de acuerdo con esta la disposición final cuarta del Real Decreto-ley 4/2013, en lo que se refiere a la suscripción de contratos formativos celebrados con trabajadores para ser puestos a disposición de empresas usuarias, cuando la empresa de trabajo temporal opte por impartir la formación inherente al contrato.

Sin perjuicio de las dudas que se plantean sobre la facultad de que una norma reglamentaria (como es el artículo 18.4 del Real Decreto 1529/2012) introduzca requisitos no previstos en la ley, la aclaración de este precepto resulta conveniente, ya que algunos pronunciamientos judiciales han apreciado el incumplimiento de la obligación formativa inherente al contrato para la formación y el aprendizaje cuando el trabajador recibe únicamente los materiales relacionados con los contenidos formativos, sin que se realizara una actividad de vigilancia o de control sobre la adquisición de los conocimientos teóricos²⁴. Algo que parece menos probable cuando la formación se realiza en el sistema educativo o en los sistemas de formación profesional debidamente autorizados.

²² Sempere Navarro, A.V. y Martín Jiménez, R.: *Claves de la reforma laboral de 2012. (Estudio del RDley 2/2012, de 10 de febrero)*, ob. cit., pp. 187.

²³ Escudero Rodríguez, R.: “Nuevos derechos de formación y el contrato para la formación y el aprendizaje”, ob. cit., pp. 78-79.; Moreno Gené, J.: “El contrato para la formación y el aprendizaje: un nuevo intento de fomento del empleo juvenil mediante la cualificación profesional de los jóvenes en régimen de alternancia”, ob. cit., pp. 35.

²⁴ STSJ de Castilla y León, Valladolid de 29 octubre (AS 2796/2008).

Por otro lado, la modalidad presencial era la más común antes del Real Decreto 1529/2012, admitiéndose sólo excepcionalmente que se concertara a distancia cuando en la localidad donde radicara el centro de trabajo no existieran centros formativos (creados por las empresas, las organizaciones empresariales o sindicales, o por las organizaciones empresariales y sindicales de forma mancomunada, o centros públicos de formación o centros privados acreditados), o en estos centros formativos no se impartieran los cursos de formación adecuados al objeto del contrato, o no se proporcionara en horario compatible con la actividad laboral (artículo 10.4 del Real Decreto 488/1998). De acuerdo con el artículo 17 del Real Decreto 1529/2012, sin embargo, la formación podrán impartirse: “en el ámbito de la formación profesional para el empleo, en las modalidades presencial, tele-formación o mixta, y en el ámbito educativo, en régimen presencial o a distancia, de acuerdo, en cada caso, con lo dispuesto en la normativa reguladora de la formación profesional de los certificados de profesionalidad o del sistema educativo”, con lo que igualmente se despeja otra de las dudas relacionadas con la posibilidad de recibir la formación teórica de manera virtual, que ahora no precisa necesariamente la demostración de la imposibilidad de seguir esta formación en la modalidad presencial. Pese a que, en relación con los certificados de profesionalidad, el artículo 25.2 del Real Decreto 1529/2012 exige que los módulos formativos impartidos a distancia, en todo o en parte, sean definidos y evaluados mediante una prueba final de carácter presencial que cumpla con las exigencias del artículo 10 del Real Decreto 34/2008, de 18 de enero, cuya remisión debe entenderse realizada simplemente por un error material al artículo 14 de esta norma donde se regulan los sistemas de evaluación de los módulos formativos. Este precepto exige que los contenidos formativos, cuando se impartan a distancia, sean objeto de una evaluación sistemática y continuada, con objeto de comprobar los resultados del aprendizaje y la adquisición de las competencias profesionales.

Junto al contenido formativo teórico y práctico, el artículo 16.6 del Real Decreto 1529/2012 dispone como novedad que, entre las actividades formativas que realice el trabajador en la empresa puedan incluirse actividades formativas que no se encuentren recogidas en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, con el fin de facilitar la adquisición de los perfiles y de las competencias profesionales que precisan las empresas. De acuerdo con el del Real Decreto 1529/2012, esta formación deberá ser autorizada por el Servicio Público de Empleo competente, aunque el artículo 16.6 de esta norma especifica que el tiempo dedicado a esta formación no se considerará como tiempo de trabajo efectivo. La vaguedad de este precepto probablemente provoque la inaplicación de esta novedad legislativa, ya que se tratará de una formación no computable a los efectos del calcular el tiempo destinado a las actividades teóricas o prácticas exigibles bajo esta modalidad contractual.

3.2. Garantías legales para el cumplimiento del requisito de la formación teórica del trabajador

Para cumplir el objetivo de la formación teórico-práctica, la regulación legal del contrato para la formación y el aprendizaje establece una serie de cautelas o garantías legales para las partes implicadas (trabajador y empresario), así como para quienes colaboran en la formación teórica del trabajador (empresas, centros del sistema educativos o centros autorizados), que se han flexibilizado en la nueva regulación jurídica. A cambio de esta flexibilidad, el Real Decreto 1529/2012, como novedad, establece además ciertos mecanismos de colaboración, vigilancia y control en relación con la formación del trabajador, ejercidos por los Servicios Públicos de Empleo competentes, ya sea el Estado o la Comunidad Autónoma.

3.2.1. Los controles de la adecuación de la formación al puesto de trabajo y la certificación del SPE: el acuerdo para la actividad formativa

Según el artículo 16 del Real Decreto 1529/2012, la empresa debe comprobar, antes de formalizar el contrato de trabajo, que existe una actividad formativa relacionada con un título de formación profesional de grado medio o superior o con un certificado de profesionalidad, que constituirá la actividad formativa inherente al contrato de trabajo, así como que el trabajo efectivo se corresponde con el contenido del contrato para la formación y el aprendizaje. Quedando obligada la empresa a recabar, de los Servicios Públicos de Empleo competentes, la información y orientación sobre los centros de formación disponibles para impartir la formación inherente a este contrato. A tales efectos, de acuerdo con el artículo 16.7 del Real Decreto 1529/2012, la actividad formativa del contrato para la formación y el aprendizaje precisa la autorización del Servicio Público de Empleo competente antes de iniciar la actividad laboral. Con lo que la empresa está obligada a presentar el “acuerdo para la actividad formativa” previsto en el artículo 21 del Real Decreto 1529/2012.

Este acuerdo, que deberá formalizarse como el contrato para la formación y el aprendizaje por escrito y en el modelo oficial, obliga a las empresas que celebren un contrato para la formación y el aprendizaje, como se extrae de su artículo 21, a que suscriban un acuerdo con el centro de formación y con la persona trabajadora, salvo que la formación se realizara en la propia empresa en cuyo caso únicamente se concertaría entre el empresario y el trabajador. Este acuerdo, que se integrará en el contrato de trabajo, deberá identificar al responsable del centro educativo donde se realizará la actividad formativa, al tutor de la empresa y del centro formativo, el título de la formación a la que se encamina el contrato, la modalidad en la que se impartirá la formación, el lugar

donde se desarrollará la formación, la programación y los horarios tanto de la actividad formativa como de la actividad laboral, el calendario y la jornada, así como los criterios para fijar las vacaciones que deberán conciliar el derecho al descanso laboral con los períodos no lectivos del centro de formación (artículo 21 del Real Decreto 1529/2012). Además, como garantía igualmente de control sobre el cumplimiento de los contratos para la formación y el aprendizaje, la empresa debe informar a los representantes de los trabajadores sobre los acuerdos para la actividad formativa suscritos, informando sobre sus aspectos esenciales: las personas contratadas para la formación y el aprendizaje, el puesto de trabajo a desempeñar y el contenido de la actividad formativa (artículo 21.2 del Real Decreto 1529/2012).

Al margen de esta tutela, como se indica en el artículo 25 del Real Decreto 1529/2012, los Servicios Públicos de Empleo son responsables de garantizar todo el proceso de información, orientación, seguimiento de la formación, con lo que adquieren un protagonismo más relevante en esta materia, aunque las competencias sean especialmente intensas únicamente en relación con los certificados de profesionalidad. A estos efectos, el Real Decreto 1529/2012 les atribuye las siguientes competencias a los Servicios Públicos de Empleo que, como puede comprobarse, exceden de la casación entre oferta y demanda de empleo: a) la información y orientación sobre las posibilidades de realizar contratos para la formación y el aprendizaje, tanto a las empresas como a los trabajadores, facilitando la información que ayude a relacionar el puesto de trabajo desempeñado en la empresa con la formación teórica, b) la coordinación de la información sobre las empresas que demandan celebrar contratos para la formación y el aprendizaje, así como los centros formativos reconocidos para impartir la formación vinculada a estos contratos, c) el seguimiento y control de la formación para a la obtención de los certificados de profesionalidad vinculada a los contratos de formación y aprendizaje, d) el desarrollo de los procesos de evaluación que aseguren los resultados de aprendizaje definidos en las capacidades y en los criterios de evaluación de cada uno de los módulos formativos que incluyen los certificados de profesionalidad; sin perjuicio de las acciones de coordinación con otras Administraciones Públicas que se extrae del artículo 18 del Real Decreto 34/2008, de 18 de enero, por el que se regulan los certificados de profesionalidad.

3.2.2. Pluralidad de tutores en el proceso formativo tras la el nuevo desarrollo reglamentario

Tratándose de una actividad formativa, tanto en lo que hace a los conocimientos teóricos como prácticos, la regulación legal ha exigido la designación de un tutor, aunque el nuevo desarrollo reglamentario de los contratos forma-

tivos ha incrementando las exigencias relacionadas con los tutores encargados de garantizar el proceso de aprendizaje. Por un lado, de acuerdo con el artículo 8.3 del derogado Real Decreto 488/1998, el empresario debía tutelar el proceso formativo, ya fuera realizando personalmente esta función, bien designando un tutor con la cualificación o experiencia profesional adecuada. Según este precepto, como máximo cada tutor podía tener asignado tres trabajadores, salvo que se determinara un número distinto por el convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, los convenios sectoriales de ámbito inferior, o los convenios colectivos de las empresas que cuenten con un plan formativo²⁵. El nombre del tutor debía figurar en el contrato para la formación. Con la nueva redacción, se mantiene esta obligación de designar a un tutor con competencias expresas para vigilar el proceso formativo a desarrollar en la empresa, aunque el artículo 20 del Real Decreto 1529/2012 obliga a que el tutor de la empresa (empresario o la persona que éste designe para realizar estas funciones) tenga la cualificación o la experiencia profesional necesaria para la adquisición de los conocimientos objeto del contrato para la formación o el aprendizaje. Además, el artículo 20 del Real Decreto 1529/2012 concreta las obligaciones del tutor, designándolo como responsable del seguimiento de la actividad formativa del trabajador en la empresa, de la coordinación de la actividad laboral con la actividad formativa, y de la comunicación con el centro de formación donde se desarrolle la parte teórica de este contrato. Paralelamente, de acuerdo con este artículo 20 del Real Decreto 1529/2012, el centro formativo designará una persona, profesora o formadora del proceso formativo. Como novedad, este tutor del centro educativo realizará funciones que exceden del control de la actividad teórica desempeñada por el trabajador en el centro formativo, respondiendo a una de las necesidades que planteaba esta figura desde hace años. En efecto, este tutor será responsable de la programación y del seguimiento de la actividad formativa que el trabajador realiza en el centro educativo, coordinará la enseñanza de los profesores o tutores que interviene en el proceso formativo, y actuará como interlocutor con la empresa para garantizar el desarrollo de la actividad formativa y laboral establecida en el contrato (artículo 20 del Real Decreto 1529/2012). De lo que se extrae un incremento cualitativo de los mecanismos de tutorización, vigilancia y control del proceso formativo tras el desarrollo reglamentario de los contratos para la formación y el aprendizaje realizado por el Real Decreto 1529/2012.

²⁵ La ausencia de tutor ha sido uno de los electos para calificar como indefinido el contrato para la formación y el aprendizaje, STSJ de Castilla León, de 25 de octubre de 2004 (AS 3108/2004); STSJ del País Vasco, de 7 de septiembre de 2004 (AS 3566/2004); STSJ de Andalucía, de 24 de junio de 2004 (AS 294/2005); STSJ de Castilla-La Mancha, de 20 de febrero de 2003 (AS 2167/2003).

Este incremento cualitativo de los mecanismos de tutorización, vigilancia y control del proceso formativo igualmente debe extenderse a los contratos de puesta a disposición concertados en el marco de las empresas de trabajo temporal, aunque con las concreciones legales realizadas por la disposición final cuarta del Real Decreto-ley 4/2013. Según esta norma, cuando el contrato formativo se celebre con una empresa de trabajo temporal, se designará a una persona de la empresa usuaria a los efectos de tutelar el desarrollo de la actividad laboral, que actuará como interlocutor con la empresa de trabajo temporal. Pese a que la norma no lo concrete, de acuerdo con la obligación la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 4/2013 que hace responsable a las empresas de trabajo temporal de las obligaciones formativas inherentes a esta modalidad contractual, igualmente será necesario nombrar un tutor o un responsable para vigilar todo el proceso formativo, cuyas funciones serán más o menos intensas dependiendo de si la empresa de trabajo temporal imparte la formación teórica u opta por concretarla con un centro autorizado. Con este tutor se podría salvar en parte la problemática que introduce la disposición adicional tercera y cuarta del Real Decreto-ley 4/2013 en relación con los contratos de puesta a disposición celebrados en el marco de empresas de trabajo temporal, al incrementar la variedad de sujetos concurrentes en el proceso formativo: el trabajador, la empresa de trabajo temporal (que podrá asumir la formación teórica, salvo en la parte que el trabajador deba realizar en el sistema educativo para obtener el oportuno certificado acreditativo de los conocimientos teóricos), la empresa usuaria (que no se concreta en la regulación legal si puede o no desempeñar esta función, aunque no sea la responsable de la formación teórica, cuando la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria lo acuerden) y el centro educativo.

3.2.3. *Incremento de la duración del contrato y flexibilidad como forma de cumplir los objetivos formativos: puntos críticos*

Junto a las garantías analizadas en los apartados anteriores, las últimas reformas laborales que han incidido en el presente contrato han modificado su duración, a los efectos de adecuarla a las necesidades de las empresas. Por un lado, la duración máxima del contrato ha sufrido muchas modificaciones desde la regulación del contrato para la formación y el aprendizaje. Centrándonos en los contratos celebrados fuera de las Escuelas Taller, Talleres de Empleo y Casas de Oficio, cuya duración y prórroga se ajustará a lo previsto en estos programas sin que les sea de aplicación la regulación general²⁶, tras la reforma

²⁶ Disposición adicional primera del Real Decreto 1529/2012.

laboral de febrero de 2012, la duración del contrato no podrá ser inferior a seis meses ni exceder de tres años, con lo que se vuelve a la redacción vigente desde el 1 de mayo de 1995 hasta el 16 de mayo de 1997, que había sido modificada por la Ley 63/1997, con el fin de reducir el tiempo del contrato, quedando fijada la duración mínima en seis meses y la duración máxima en dos años. Con la reforma laboral de 2001, se incrementó el límite máximo a cuatro años de duración, cuando el contrato se concertara con un trabajador discapacitado, teniendo en cuenta el tipo o grado de discapacidad y las características del proceso formativo a realizar.

Sin perjuicio de estos topes máximos y mínimos, la duración del contrato de formación ha admitido siempre modulaciones distintas en función de las características del sector o del puesto de trabajo. De un lado, según la redacción vigente desde el 1 de mayo de 1995 hasta el 16 de mayo de 1997, el convenio colectivo de ámbito sectorial podría establecer una duración distinta, atendiendo a las peculiaridades del sector y de los puestos de trabajo a desempeñar bajo esta modalidad contractual. Tras la reforma laboral de 1997, esta modificación podía realizarse mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, a través de los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior. Además, se podía establecer otras duraciones atendiendo a las características del oficio o puesto de trabajo a desempeñar y a los requerimientos formativos del mismo, sin que, en ningún caso, la duración superase los topes máximos y mínimos dispuestos con carácter general. En este sentido, según se dispone en la regulación legal actual tras las diversas modificaciones introducidas desde 2011, se podrán establecer distintas duraciones de este contrato mediante convenio colectivo, en función de las necesidades organizativas o productivas de las empresas que suscriban esta modalidad contractual, sin que la duración mínima pueda ser inferior a seis meses ni la máxima superior a tres años. Con lo que nos encontramos nuevamente con otra disposición que ha venido a flexibilizar la regulación sobre el contrato para la formación y el aprendizaje, permitiendo que la negociación colectiva, sin imponer el tipo de convenio colectivo que puede regular esta materia, acomode el régimen jurídico del contrato para la formación y al aprendizaje a las necesidades concurrentes en la empresa. Además, la norma permite, con el mismo propósito de flexibilizar su regulación jurídica para facilitar el ajuste de este contrato a las necesidades existentes en la empresa, la prórroga del contrato para la formación y el aprendizaje hasta en dos ocasiones, mediante el acuerdo entre el trabajador y el empresario, cuando el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencional, con dos límites: a) la duración de cada prórroga no puede ser inferior a seis meses, b) la duración total del contrato no puede exceder de la duración máxima prevista. Por lo

que, en definitiva, la reforma laboral de 2012 hace posible la extensión del contrato para la formación y el aprendizaje, facilitando que su duración se ajuste a las necesidades concurrentes en la empresa.

El incremento de la duración del contrato para la formación, al igual que las prórrogas introducidas en las últimas reformas laborales, pueden interpretarse como un intento de reforzar las competencias profesionales del trabajador en formación y aprendizaje, dado que la ampliación de estos períodos facilita la consecución de títulos oficiales más exigentes en cuanto al tiempo de formación. No obstante, la regulación jurídica quizás se centra demasiado en dar respuesta exclusivamente a las necesidades de la empresa, sin facilitar la acomodación a las necesidades formativas del trabajador. Tal conclusión se extrae de la regulación legal que admite únicamente estas prórrogas para atender, como hemos expuesto antes, a las necesidades organizativas y productivas de la empresa, sin tener en cuenta las necesidades formativas del trabajador. De hecho, la única previsión al respecto se encuentra realmente en la disposición adicional segunda del Real Decreto 1529/2012 que, en relación con la duración máxima de los contratos para la formación y el aprendizaje celebrados con trabajadores discapacitados, establece la posibilidad de ampliar la duración del contrato, previo informe favorable del Servicio Público de Empleo competente, hasta el máximo de cuatro años, cuando el trabajador no hubiese alcanzado el nivel mínimo de conocimientos requeridos para desempeñar el puesto de trabajo. Pues la otra previsión existente, que permite ampliar la duración prevista para el contrato para la formación y el aprendizaje a los efectos de que la empresa de trabajo temporal cumpla con la obligación de asegurarse que el trabajador posee la formación teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales antes de la cesión a la empresa usuaria (disposición final tercera del Real Decreto-ley 4/2013), aunque puede cumplir con la misma finalidad de garantizar los períodos formativos previstos en esta modalidad contractual mediante una duración del contrato prolongada en el tiempo, en realidad trata de facilitar que las empresas de trabajo temporal cumplan con sus obligaciones legales en materia de prevención, sin responder en primer término al intento de acomodar la duración del contrato a las necesidades concretas de formación del trabajador.

Tan sólo se establece, en conexión con la garantía de establecer la duración mínima y máxima del contrato para garantizar la formación teórico-práctica del trabajador, la interrupción de la duración del contrato de trabajo en las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad, introducida en toda su extensión por la reforma laboral de 2010, sin que las últimas reformas laborales hayan incidido en esta materia, salvo en lo que hace a su derogación cuando se concierte en el marco de las acciones y medidas establecidas en la

letra d) del artículo 25.1 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo²⁷. En estos casos, las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad no interrumpirán el cómputo de la duración del contrato (disposición adicional decimonovena del ET en la redacción dada por la Ley 3/2012). Con lo que en definitiva, el incremento de la duración del contrato para la formación, al igual que las prórrogas introducidas en las últimas reformas laborales, se encaminan más a atender más las necesidades empresariales que las necesidades formativas de los trabajadores. De hecho, como se acaba de comprobar, cuando se celebre en el marco de una acción de empleo, el contrato adquiere una finalidad más bien de inserción en el mercado laboral en detrimento de su finalidad formativa, como se constata por la inaplicación de la regla sobre la interrupción del contrato en las situaciones antes indicadas.

Sin perjuicio de lo anterior, la reforma laboral de 2012 permite el encadenamiento de distintos contratos para la formación y el aprendizaje, lo que constituye una modificación relevante de las normas que trataban de evitar el uso abusivo de esta modalidad contractual, que habían dispuesto dos limitaciones al encadenamiento: a) expirada la duración máxima del contrato de aprendizaje, ningún trabajador podía ser contratado bajo esta modalidad por la misma o distinta empresa, b) las empresas no podían celebrar contratos de aprendizaje que tuvieran por objeto la cualificación para un puesto de trabajo que haya sido desempeñado con anterioridad por el trabajador en la misma empresa por tiempo superior a doce meses. Tras la reforma laboral de 2012, estas limitaciones se mantienen, aunque se permite realizar un nuevo contrato para la formación cuando tenga por objeto una cualificación distinta. De tal manera que esto permite la reiteración para otra actividad u ocupación distinta, lo que tan solo tiene sentido cuando el trabajador carece totalmente de formación y el puesto de trabajo tiene una alta cualificación profesional. Como esta precisión de la alta cualificación no la realiza la norma, puede que esto provoque el uso abusivo de esta modalidad contractual, convirtiéndose más en una forma de abaratar los costes salariales que en un instrumento real de cualificación del trabajador en la empresa.

²⁷ De acuerdo con la disposición adicional primera del Real Decreto 1529/2012, en el caso de que se concierte en una Escuela Taller, Casa de Oficio o Taller de empleo, tampoco interrumpirán el cómputo las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia natural y paternidad.

3.2.4. El trabajo realizado en la empresa: el incremento de las conexiones entre formación teórica-práctica en el desarrollo reglamentario y la flexibilidad en relación con la fijación del tiempo de formación-trabajo

El trabajador deberá realizar, como se indica desde las primeras regulaciones del contrato para la formación y el aprendizaje, una prestación de servicios que sea acorde con el “nivel ocupacional, oficio o puesto de trabajo objeto del contrato” (artículo 11.2 del ET). Tras el Real Decreto-ley 10/2011 se especifica un poco más su contenido: “la actividad laboral desempeñada por el trabajador en la empresa deberá estar relacionada con las actividades formativas”, a los efectos de reforzar la relación entre la formación y el empleo proporcionado mediante esta modalidad contractual. Con una concreción mayor el Real Decreto 1529/2012 indica que “la empresa estará obligada a proporcionar a la persona trabajadora un trabajo efectivo relacionado con el perfil profesional del título de formación profesional o del certificado de profesionalidad y a garantizar las condiciones que permitan su asistencia a los programas formativos determinados en el acuerdo para la actividad formativa anexo al contrato” (artículo 16 del Real Decreto 1529/2012). De hecho, según este mismo precepto, la actividad formativa inherente al contrato para la formación y el aprendizaje deber relacionarse “con la actividad laboral desempeñada en el puesto de trabajo que ocupe la persona trabajadora”. Y, de acuerdo con el artículo 16.5 del Real Decreto 1529/2012, “la actividad laboral deberá estar relacionada con el contenido formativo del módulo de formación práctica del correspondiente certificado de profesionalidad o del módulo de formación en centros de trabajo del título que corresponda”.

La regulación legal además ha venido estableciendo y establece un mínimo de horas para la formación teórica del trabajador, con el fin de evitar que la presente modalidad contractual no estuviera exclusivamente ligada a la realización del oficio. Con el Real Decreto 10/2011 se incrementa el tiempo dedicado a las actividades formativas, que pasa del 15 por ciento de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, de la jornada máxima legal, en la redacción dada por la Ley 63/1997, al 25 por ciento: “el tiempo de trabajo efectivo, que habrá de ser compatible con el tiempo dedicado a las actividades formativas, no podrá ser superior al 75 por ciento de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, a la jornada máxima legal” (artículo 11.2.f) del ET). No obstante, el Real Decreto 3/2012, en un redacción conformada por la Ley 3/2012 y por el Real Decreto 1529/2012, modifica esta exigencia legal, volviendo en parte a la regulación anterior: “el tiempo de trabajo efectivo, que habrá de ser compatible con el tiempo dedicado a las actividades formativas, no podrá ser superior al 75 por ciento, durante el primer

año, o al 85 por ciento, durante el segundo y tercer año, de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, a la jornada máxima legal” (artículo 11.2.f) del ET).

Al mismo tiempo, con el Real Decreto 10/2011, se prohíbe que se concierte a tiempo parcial, lo que resulta coherente para una modalidad dirigida a potenciar la formación del trabajador. A estas limitaciones igualmente se añade la imposibilidad de realizar horas extraordinarias, salvo las previstas en el artículo 35.3 del ET, que corresponden a las horas destinadas a prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes; lo que despeja las dudas planteadas sobre la realización de las horas ordinarias, pese a que se admitían ante la ausencia de una prohibición legal expresa (artículo 11.2.f) del ET y artículo 8.4 del Real Decreto 1529/2012)²⁸. Del mismo modo, el Real Decreto 10/2011 introduce algunas garantías adicionales relacionadas con la fijación del horario de trabajo, que recuerdan a las normas de protección de los menores de dieciocho años previstas en el ET, como son la imposibilidad de realizar trabajos nocturnos o trabajos a turnos, que las reformas de 2012 y el Real Decreto 1529/2012 igualmente han mantenido, pese a que la doctrina no había encontrado obstáculos al desarrollo de la actividad en estos turnos de trabajo antes de las modificaciones citadas²⁹.

Estas normas tuitivas, de aplicación en la actualidad a los menores de treinta años que suscriban este contrato de trabajo, resultan adecuadas para los trabajadores menores de dieciocho años. No obstante, las prohibiciones introducidas pueden limitar el desarrollo de la actividad laboral, impidiendo la celebración de los contratos para la formación y el aprendizaje sin una justificación sólida, dado que algunas profesiones se realizan precisamente en estos turnos de trabajo. Teniendo en cuenta los amplios márgenes que acertadamente permite la actual regulación de este contrato formativo, en cuanto a la realización de la actividad teórica de forma presencial o en la empresa, resulta quizás poco acertado que se establezcan estas exigencias exclusivamente en relación con el tiempo de trabajo. Cuando lo realmente necesario, según el objetivo de proporcionar formación-trabajo mediante la implantación de un sistema de formación profesional dual, sería establecer una distribución de los tiempos dedicados a la formación y al empleo que garantice no sólo el cumplimiento de descansos mínimos previstos en la legislación laboral, sino también una distribución que permita la recuperación física y mental tras los períodos dedicados a la formación o al empleo.

²⁸ Vila Tierno, F.: *El contrato para la formación en el trabajo*, ob. cit., pp. 306.

²⁹ Vila Tierno, F.: *El contrato para la formación en el trabajo*, ob. cit., pp. 310.

Algo que parece escaparse al control judicial, dado que la omisión de los criterios de distribución de los tiempos de formación y empleo, en los pronunciamientos anteriores a las reformas introducidas, no han servido para dudar sobre la validez de los contratos formativos que no recogían esta distribución del tiempo dedicado a la formación y el aprendizaje³⁰. A este respecto, el artículo 8.3 del Real Decreto 1529/2012 señala que “en los supuestos en que la jornada diaria de trabajo incluya tanto tiempo de trabajo efectivo como actividad formativa, los desplazamientos necesarios para asistir al centro de formación computarán como tiempo de trabajo efectivo no retribuido”, lo que sigue confirmando la desconexión existente entre la formación teórica y el tiempo de trabajo. De hecho, la única referencia que existe sobre la fijación de las horas destinadas a la formación en el Real Decreto 1529/2012, como se extrae de su articulado, se encuentra en el artículo 7.3 de Real Decreto 395/2007, que limita, con carácter general, la participación del trabajador en cualquier acción formativa a ocho horas diarias. Tratándose de un precepto de dudosa aplicación, ya que el Real Decreto 1529/2012 ha suprimido el artículo que regulaba la formación teórica en los sistemas de alternancia entre empleo y formación, donde se inserta el contrato para la formación y el aprendizaje.

Con el fin de garantizar efectivamente el cumplimiento del objetivo de formación inherente a esta modalidad contractual, el Real Decreto-ley 10/2011 dispuso que las actividades formativas debían “comenzar en el plazo máximo de cuatro meses a contar desde la fecha de la celebración del contrato”, ampliándose a cinco meses con 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. Sin embargo, esta previsión legislativa se suprime con el Real Decreto-ley 3/2012, quedando actualmente redactado sin esta exigencia de plazo, lo que concede cierta flexibilidad para realizar este contrato, aunque al mismo tiempo plantea dudas en torno a la posibilidad de una devaluación de la actividad formativa simplemente por su concentración en un determinado año³¹ o al final de la vigencia del contrato³². De hecho, el artículo 17.2 del Real Decreto 1529/2012 aclara que las actividades formativas podrán organizarse con una distribución temporal flexible, derogando el artículo 27 del Real Decreto 395/2007, donde se disponía que “la formación teórica sólo podrá concentrarse en el período final de duración del contrato

³⁰ STSJ de Madrid de 11 de marzo de 1996 (AS 535/1996).

³¹ Escudero Rodríguez, R.: “Nuevos derechos de formación y contrato para la formación y el aprendizaje”, ob. cit., pp. 82.

³² Suárez Corujo, B.: “La (pen)última modificación del contrato para la formación y el aprendizaje”, ob. cit., pp. 86; Escudero Rodríguez, R.: “Nuevos derechos de formación y contrato para la formación y el aprendizaje”, ob. cit., pp. 82.

cuando así se hubiera acordado en el convenio colectivo aplicable” (disposición derogatoria única del Real Decreto 1529/2012). Además, el artículo 19 del Real Decreto 1529/2012 dispone que “la duración de la actividad formativa será, al menos, la necesaria para la obtención del título de formación profesional, del certificado de profesionalidad o de la certificación académica o acreditación parcial acumulable, y se especificará en el acuerdo para la actividad formativa anexo al contrato”, imponiendo únicamente las siguientes limitaciones: a) el respeto de los módulos profesionales en los que consiste la formación profesional o el certificado de profesionalidad, b) el período de formación debe desarrollarse necesariamente durante la vigencia del contrato para formación y el aprendizaje.

Igualmente de estas cautelas ha desaparecido, de acuerdo con la reforma introducida por el Real Decreto-ley 3/2012, la fijación del número máximo de contratos para la formación, ya sea de forma reglamentaria, o bien mediante la negociación colectiva, que había sido introducida con el fin de evitar que esta modalidad de contrato formativo se desvirtuara por una concurrencia excesiva de trabajadores en formación.

Del mismo modo, el Real Decreto 1529/2012 deroga el artículo 22.1 del Real Decreto 488/1998, donde se disponía que el contrato para la formación se considerará de carácter común u ordinario cuando el empresario incumpla totalmente sus obligaciones de formación, lo que plantea dudas en relación a las consecuencias jurídicas de este incumplimiento empresarial. En concreto, la derogación de este precepto y la ausencia de una norma expresa cuestionan si, como sucedía antes de la reforma laboral de 1997, corresponde una indemnización en caso de que el empresario incumpla la obligación de proporcionar la formación teórica o práctica al trabajador³³. La aclaración hubiera sido necesaria en la medida que la empresa, según el artículo 11.2.d) del ET y el artículo 16 del Real Decreto 1529/2012, puede hacerse cargo de parte de la formación teórica.

³³ Por el contrario, deben considerarse vigentes las normas antifraude anteriores al Real Decreto-ley 10/2012. De un lado, los contratos para la formación y el aprendizaje, cuando no se hubieran observado las exigencias de formalización escrita, se presumirán celebrados por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal (artículo 14.1 del Real Decreto 1529/2012). Por otro lado, según el artículo 14.3 del Real Decreto 1529/2012, se presumirán por tiempo indefinido y a jornada completa los contratos para la formación y el aprendizaje celebrados en fraude de Ley. Igualmente, se considerarán indefinidas y a tiempo las relaciones concertadas bajo la modalidad de formación y aprendizaje que no hubieran sido dadas de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubieran podido fijar para el período de prueba, salvo que de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos (según el artículo 14.2 del Real Decreto 1529/2012).

3.3. Referencia a los derechos básicos más relevantes: los certificados de la formación adquirida, el salario y la protección social

El objetivo de instaurar un sistema dual de formación profesional no sólo ha implicado un incremento de los instrumentos de control sobre la formación del trabajador en la empresa, sino que también se ha traducido en una alteración de las obligaciones empresariales y los derechos laborales básicos, como se estudiará en este apartado. En primer lugar, la reforma de 2012 elimina la obligación empresarial de entregar al trabajador un certificado acreditativo de la formación teórica recibida, al menos de forma parcial. En coherencia con la idea de establecer un sistema de formación profesional dual que sea real, el trabajador solicitará este certificado a la Administración pública competente para la expedición del certificado de profesionalidad, título de formación profesional o, en su caso, acreditación parcial acumulable, que dada la obligación de vincular el contrato formativo a una profesión existente, constituye ahora el cauce más adecuado para la acreditación, poniendo de manifiesto el rigor de la formación teórica asociada al contrato para la formación y el aprendizaje adquirida en las últimas reformas legales de esta modalidad contractual³⁴. Además de tratarse del cauce más idóneo, ya que permite la obtención del certificado con independencia de lo que suceda en la empresa. Junto al certificado de los conocimientos teóricos, sin embargo, el artículo 20 del Real Decreto 1529/2012 indica que el tutor de la empresa “deberá elaborar, al finalizar la actividad laboral de la persona trabajadora, un informe sobre el desempeño del puesto de trabajo”. Lo que es coherente con la redacción del artículo 11.2.d) del ET dada por la Ley 3/2012, donde se dispone que “la impartición de esta formación deberá justificarse a la finalización del contrato”. Al mismo tiempo de que se trata de una especificación necesaria, existente en la redacción dada al artículo 11.2.g) del ET antes del Real Decreto-ley 10/2011 donde se le exigía a la empresa que certificara “la duración de la formación teórica y el nivel de la formación práctica adquirida”, dado el riesgo a que la formación se desvirtúe perdiendo esta modalidad contractual su característica más esencial³⁵. Sin perjuicio de lo anterior, cuando el trabajador realice complementos formativos de tipo teórico en la empresa, con independencia de la certificación que otorgue la Administración competente, el trabajador debería tener derecho a que la

³⁴ Moreno Gené, J.: “El contrato para la formación y el aprendizaje: un nuevo intento de fomento del empleo juvenil mediante la cualificación profesional de los jóvenes en régimen de alternancia”, ob. cit.

³⁵ Escudero Rodríguez, R.: “Nuevos derechos de formación y contrato para la formación y el aprendizaje”, ob. cit., pp. 82; Moreno Gené, J.: “El contrato para la formación y el aprendizaje: un nuevo intento de fomento del empleo juvenil mediante la cualificación profesional de los jóvenes en régimen de alternancia”, ob. cit., pp. 59.

empresa le expidiera el correspondiente certificado, aunque inexplicablemente se omita este derecho en la regulación legal. En este sentido, la regulación legal dispone, como se ha podido comprobar, que el tutor emita un informe sobre el desempeño del puesto de trabajo, sin que se exija la certificación de la formación teórica adquirida (complementaria, la no incluida en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales), con lo que hubiera sido necesario reconocer el derecho a obtener el correspondiente certificado de la actividad formativa realizada en la empresa.

Por lo que se refiere al salario, en la regulación inicial se disponía que “la retribución del aprendiz será la fijada en el convenio colectivo, sin que, en su defecto, pueda ser inferior al 70, al 80 o al 90 por 100 del salario mínimo interprofesional durante, respectivamente, el primero, el segundo, el tercer año de vigencia del contrato, salvo lo que se disponga reglamentariamente en virtud del tiempo dedicado a formación teórica. No obstante lo anterior la retribución de los aprendices menores de dieciocho años no podrá ser inferior al 85% de salario mínimo interprofesional correspondiente a su edad” (artículo 11.2 del ET). Sin embargo, en la redacción de este artículo vigente desde el 17 de mayo de 1997 hasta el 29 de diciembre de 1997, se introduce una regla que claramente perjudica las condiciones salariales del trabajador en formación, al fijar el salario en función del tiempo de trabajo efectivo. El Real Decreto-ley 10/2010, por su parte, introdujo una mejora en esta regla, en lo que hace al segundo año de contrato, a partir del que el trabajador percibiría la fijada en convenio colectivo, sin que en ningún caso fuera inferior al salario mínimo interprofesional, y con independencia del tiempo dedicado a la formación teórica. Modificándose nuevamente, en un claro retroceso de las condiciones laborales conseguidas hasta la fecha en esta modalidad contractual, con el Real Decreto-ley 10-/2011, que rescata la regla de la fijación del salario del trabajador en formación, como ya sucediera antes del Real Decreto-ley 10/2010, en función del tiempo de trabajo efectivo, de acuerdo con lo establecido en convenio colectivo, y sin que, en ningún caso, sea inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo. Tras las reformas laborales de 2012, la regulación se mantiene en los mismos términos, lo que hace más precaria esta modalidad contractual desde el punto de vista del trabajador³⁶, pese a que el firmante del contrato puede tratarse de un joven o de cualquier sin la cualificación requerida para esa profesión, con o sin responsabilidades económicas y familiares.

³⁶ Moreno Gené, J.: “El contrato para la formación y el aprendizaje: un nuevo intento de fomento del empleo juvenil mediante la cualificación profesional de los jóvenes en régimen de alternancia”, ob. cit., pp. 78-82.

Por lo que se refiere a la Seguridad Social, con la redacción vigente desde el 18-06-2010, quedan superados los problemas relacionados con la protección social, con la cobertura de todas las contingencias, situaciones protegibles y prestaciones, incluido el desempleo, así como el derecho a la cobertura del Fondo de Garantía Salarial. A diferencia de la regulación anterior, donde la acción protectora de la Seguridad Social comprendía “todas las contingencias, situaciones protegibles y prestaciones, las derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, la asistencia sanitaria en los casos de enfermedad común, accidente no laboral y maternidad, las prestaciones económicas por incapacidad temporal derivadas de riesgos comunes y por maternidad, y las pensiones (artículo 11.2.i) del ET). Asimismo, el trabajador tendrá derecho a la cobertura del Fondo de Garantía Salarial”, en la redacción vigente desde el 17-05-1997 hasta el 29-12-1997. Incluso, la protección social de los trabajadores en formación era menos garantista en la redacción anterior: “la protección social del aprendiz sólo incluirá las contingencias de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, asistencia sanitaria por contingencias comunes, prestación económica correspondiente a los descanso por maternidad, pensiones y Fondo de Garantía Salarial” (artículo 11.2.i) del ET). No obstante, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional primera del Real Decreto 1529/2012, “los contratos para la formación y el aprendizaje suscritos con alumnos trabajadores en los programas de Escuelas Taller, Casas de Oficio y Talleres de Empleo, y demás acciones y medidas establecidas en el artículo 25.1.d) de la Ley 56/2003, no cotizarán, ni estarán protegidos por la contingencia de desempleo”.

4. INCREMENTO DE LOS ESTÍMULOS ECONÓMICOS A LA CONTRATACIÓN PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE

De acuerdo con el artículo 10.5 del Real Decreto 488/1998 y el artículo 8 de la Orden de 14 de julio de 1998, las acciones formativas del contrato estudiado en este trabajo se financiaban con cargo al presupuesto de formación continua para trabajadores ocupados del Instituto Nacional de Empleo. Para la determinación de las partidas, se diferenciaba en función de la modalidad de enseñanza (presencial o virtual), recibiendo el empresario una subvención, en forma de bonificación mensual a la Seguridad Social, por las horas de formación teórica impartidas a los trabajadores en formación durante el mes anterior, que se hacía efectiva en las cuotas de ese mes (artículos 8 a 11 de la Orden de 14 de julio de 1998). A lo que se añadían: a) las subvenciones previstas en el Real Decreto 395/2007, por lo que se refiere a la financiación de la formación profesional, ya sea mediante el Fondo Social Europeo y con las aportaciones específicas establecidas en el presupuesto del Servicio Público de Empleo

Estatal, bien mediante las ayudas que en su caso establecieran las Comunidades Autónomas, b) el crédito para la formación, que hacía efectivo mediante bonificaciones a las cuotas empresariales a la Seguridad Social, y cuyo importe resultaba de aplicar a la cuantía ingresada por cada empresa en el año anterior, en concepto de cuota de formación profesional, el porcentaje anual previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Sin perjuicio de que las empresas de nueva creación, o las que abrieran nuevos centros de trabajo, igualmente se beneficiaran de bonificaciones, cuando contraten a nuevos trabajadores, c) las bonificaciones o ayudas a la contratación inicial de los trabajadores en formación y aprendizaje existentes en el Estado o en la Comunidad Autónoma, inicialmente previstas para sufragar los costes laborales, pero que igualmente podría destinarse a sufragar los costes de formación inherente a esta modalidad contractual, como especificaba el Real Decreto-Ley 3/2012.

Con el fin de impulsar la celebración de estos contratos, el Real Decreto 10/2011 establece un régimen de incentivos, que se mantiene, con algunas modificaciones tras el Real Decreto 1529/2012. En este sentido, de acuerdo con el Real Decreto 10/2011, las empresas que celebren contratos de trabajo con desempleados inscritos en las oficinas de empleo mayores de veinte años e inscritos en las oficinas de empleo al 16 de agosto de 2011, hasta el 31 de diciembre de 2013, tendrán derecho a una reducción de las cuotas empresariales de la Seguridad Social por contingencias comunes, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo, fondo de garantía salarial y formación, que será variable, en función del tamaño de la plantilla, durante toda la vigencia del contrato, incluidas las prórrogas, con la siguiente escala: de un lado, el 75% para las empresas con una plantilla igual o superior a 250 trabajadores; por otro lado, el 100% para las empresas con una plantilla inferior a 250 trabajadores. Asimismo, en los contratos para la formación y el aprendizaje celebrados o prorrogados según lo dispuesto antes, las empresas podrán reducirse el 100 por cien de las cuotas de los trabajadores a la Seguridad Social durante toda la vigencia del contrato, incluidas las prórrogas (artículo 3 de la Ley 3/2012).

La reforma laboral de 2012 suprime la exigencia de la edad, la fecha de inscripción en la oficina de empleo, así como la fecha de celebración, incentivando todos los contratos celebrados con desempleados inscritos en la oficina e empleo a partir de su entrada en vigor), lo que resultaba coherente con la alta tasa de empleo de los jóvenes sin cualificación, e incluso con otros trabajadores mayores de esta edad, que igualmente pueden acceder a esta modalidad contractual. Igualmente, se suprime la prohibición de acumular ambos incentivos, contenida en el Real Decreto 10/2011, cuando al empresa no incrementara la plantilla en la empresa, con lo que se desaparece una medida dirigida a evitar el efecto rotación de los trabajadores en formación y aprendizaje.

Ambas medidas son novedosas en el ámbito estatal, donde los incentivos a la contratación se han dirigido especialmente a promover el empleo estable, en forma de ayudas o bonificaciones a la contratación inicial o a la transformación de ciertos contratos, salvo en el caso de algunos colectivos con especiales dificultades de inserción, como los discapacitados, las víctimas de la violencia de género o los excluidos sociales. No obstante, su aplicación hacia el futuro es ciertamente discutible, ya que estos incentivos promueven la contratación empleando una doble herramienta (los beneficios de la temporalidad del vínculo contractual y los incentivos a la contratación), respondiendo a las necesidades suscitadas en el contexto de una crisis económica que ha tenido un impacto esencialmente relevante en algunos colectivos como los jóvenes o los trabajadores sin cualificación a los que este contrato se dirige, como se desprende de la exigencia de que se suscriba con “desempleados inscritos en las oficinas de empleo” (artículo 3 de la Ley 3/2012), pero sembrando dudas relevantes en cuanto a su permanencia en el tiempo.

Como se sabe, la entrada en vigor de este nuevo sistema de incentivos quedó aplazada, en relación con los contratos de formación suscritos desde el 31 de diciembre de agosto hasta el 12 de febrero de 2012 cuando exista título de formación profesional o certificado de profesionalidad relacionado con la actividad laboral, o con los suscritos desde el 31 de diciembre de agosto hasta el 12 de febrero de 2013 cuando no exista título de formación profesional o certificado o centros formativos disponibles, hasta la entrada en vigor del desarrollo reglamentario³⁷. Asimismo, debe destacarse que, según la disposición adicional segunda del ET, los contratos formativos celebrados con discapacitados comportarán una bonificación del 50% en las cuotas de empresariales a la Seguridad Social previstas para los contratos en formación, lo que debe entenderse aplicable cuando no se hayan beneficiado de los incentivos antes estudiados.

Con el prometido desarrollo reglamentario, se activan estos incentivos para todos los contratos de formación y aprendizaje. Además, el Real Decreto 1529/2012, cuyo desarrollo reglamentario parecía intuir un cambio en el modelo de financiación, incorpora algunas novedades significativas en esta materia, aunque promete una concreción mayor en otra norma posterior evitando definir el nuevo modelo de incentivos asociados al contrato para la formación y el aprendizaje. De un lado, el artículo 24.1 del Real Decreto 1529/2012 dispone que las empresas podrán financiar los costes de formación mediante bonificaciones a las cuotas de la Seguridad Social. En este apartado,

³⁷ Según lo dispuesto en la disposición transitoria séptima y octava de la Ley 3/2012, por la que se dispone que los citados contratos seguirán rigiéndose hasta entonces por lo establecido en los artículos 8 a 11 de la Orden de 14 de julio de 1998.

igualmente se indica que, mediante una Orden Ministerial, se establecerán las cuantías máximas bonificables, los trámites y los requisitos que deberán cumplir los centros de formación y las empresas que se apliquen las citadas bonificaciones, así como los casos en los que será posible la financiación con bonificaciones o convenios de colaboración. Junto a lo anterior, el apartado 24.2 del Real Decreto 1529/2012 establece la posibilidad de financiar de forma directa las actividades formativas que sean impartidas de forma gratuita, limitando estas ayudas un doble sentido: a) en cuanto a los sujetos, ya que se deduce de su tenor literal que únicamente accederán a estos incentivos las Administraciones, b) en cuanto al contenido, dado que expresamente se indican que las actividades deben ser distintas a la información sobre las posibilidades de formación existente, los centros disponibles para impartir estas enseñanzas o los empresarios dispuestos a celebrar contratos de formación. Sin que tampoco sea de aplicación, a los contratos para la formación y el aprendizaje, las reglas de financiación, mediante bonificaciones a las cuotas de la Seguridad Social, previstas en el artículo 12 del Real Decreto 395/2007 para la formación de la demanda.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 3/2012, las empresa que transformen los contratos para la formación y el aprendizaje en contratos indefinidos, a la finalización de su duración inicial o prorrogada, cualquiera que sea la fecha de su celebración, tendrán derecho a una reducción en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 1.500 euros/año durante tres años, siendo dicha cuantía de 1.800 euros/año en el caso de que se concierte con mujeres, lo que supone un incremento de los incentivos previstos para la transformación de los contratos temporales³⁸. De acuerdo con la disposición transitoria decimotercera, cuya aplicación no se condiciona al posterior desarrollo reglamentario, estos incentivos se aplicarán igualmente a los contratos para la formación celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 10/2011 que se transformen en indefinidos a partir del 1 de enero de 2012.

³⁸ En el año 2010, según la redacción vigente durante ese período de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, la transformación de los contratos formativos, de relevo, de sustitución de la edad de jubilación, se bonificaba con una reducción en la cuota empresarial de la Seguridad Social de 41'67 euros/mes (500 euros/mes) durante 4 años. Tras el Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo, así como el Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, estos incentivos a la transformación se modifican pasando de una bonificación mensual de la cuota empresarial de la Seguridad Social de 41'67 euros/mes (500 euros/mes) durante 3 años, siendo de 58'33 euros/mes (700 euros/año) cuando la contratación se realice con mujeres.

El aluvión de modificaciones legislativas, acompañadas de disposiciones transitorias e incluso de ampliaciones en la fecha de entrada en vigor definitiva, han derivado en un régimen jurídico excesivamente complejo. Al mismo tiempo que denotan la desconfianza del propio legislador sobre el uso de esta modalidad contractual por los empresarios, a pesar de la flexibilización operada en cuanto a ciertos requisitos que han escorado el régimen legal hacia el empresario en detrimento de los derechos de los trabajadores en formación y aprendizaje³⁹.

5. CONCLUSIONES

Tras últimas reformas laborales y el posterior desarrollo reglamentario, se crea un contrato para formación y el aprendizaje con un doble régimen jurídico, según se realice con una finalidad de formación o de inserción laboral. Respecto a los primeros, el régimen jurídico recoge, con algunas matizaciones que hacen más flexible la celebración del contrato y su dinámica, la idea de un contrato realmente formativo, en el que se equilibran los intereses de las partes, mejorando la regulación jurídica anterior en lo que hace al contenido formativo inherente a esta modalidad contractual. En cuanto a los segundos, se regula una modalidad contractual dirigida prioritariamente a la inserción laboral, especialmente potenciada con las últimas modificaciones legales introducidas durante el año 2012 y el desarrollo reglamentario, extendiendo nuevamente este contrato para un número más amplio de trabajadores, sin que necesariamente se traten de jóvenes descualificados. Al mismo tiempo, se matiza la obligación empresarial de formar al trabajador en los conocimientos teóricos, con una clara merma de los derechos de protección social, e incluso del derecho de formación cualificado inherente a este contrato. Con lo que esta tensión entre ambos objetivos, dado el menor coste y responsabilidad para el empresario en la celebración del contrato para la formación que tiene una finalidad más de empleo, al que nos hemos referido en segundo lugar, ponen en tela de juicio la implantación de un sistema dual de formación profesional realmente garantista y atractivo para los trabajadores sin cualificación profesional.

³⁹ Suárez Corujo, B.: “La (pen)última modificación del contrato para la formación y el aprendizaje”, ob. cit., pp. 77-94.

EL ACCESO DE LAS PAREJAS DE HECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD: ¿UNA REALIDAD?

RAQUEL POQUET CATALÁ

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat Oberta de Catalunya y Universidad Nacional de Educación a Distancia

EXTRACTO

Palabras clave: Parejas de hecho, pensión de viudedad

En este trabajo se analiza, desde un punto de vista de la doctrina científica y judicial, la actual configuración del acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad, pues, de todos es sabido, que los requisitos para poder ser beneficiario de una pensión de viudedad no son los mismos que se exigen para las uniones matrimoniales que para las no matrimoniales, requisitos que, en el fondo, vienen a limitar y obstaculizar el derecho a obtener la citada prestación. Así, se estudia la interpretación dada por nuestra doctrina judicial y jurisprudencial más reciente a estos requerimientos, especialmente, el requisito de la acreditación de la convivencia como pareja de hecho, así como la exigencia de que la misma se haya constituido legalmente como tal ante el registro correspondiente. Para ello se realiza un breve recorrido histórico donde en un primer momento las parejas de hecho tenían vedada esta prestación, hasta el momento actual donde tienen una puerta medio abierta.

ABSTRACT

Key Words: Extramarital unions, widow's pension

In this work is analyzed the current configuration of the access of couples in fact widow's pension from a point of view of the scientific and legal doctrine, as everyone knows, that the requirements in order to be a beneficiary of a survivor's pension are not the same required for matrimonial unions which for the non-matrimonial, requirements which, ultimately, come to restrict and hinder the right to obtain the aforementioned provision. Thus, explores the interpretation given by our most recent legal and jurisprudential doctrine to these requirements, particularly the requirement of cohabitation as de facto accreditation, as well as the requirement that the same has been constituted legally as such to the appropriate registry. This is a brief historical where at first couples indeed had forbidden this benefit, up to the present time where they have a half open door.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA
3. LAS PAREJAS DE HECHO COMO BENEFICIARIAS DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD
 - 3.1. Requisitos identificativos
 - 3.1.1. Relación de afectividad
 - 3.1.2. Carencia de impedimentos
 - 3.1.3. Convivencia como pareja de hecho
 - 3.1.4. Constitución legal como pareja de hecho
 - 3.1.5. Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio
 - 3.2. Requisitos económicos
4. CONCLUSIONES Y AVANCE EN LA IGUALDAD EN LAS PAREJAS DE HECHO

1. INTRODUCCIÓN

Constituye la pensión de viudedad una de las prestaciones de la Seguridad Social más cuestionadas por no responder en la actualidad, en muchos casos, a la finalidad con la que surgió, que no era otra que actuar como renta sustitutiva que permitía el sostenimiento económico de la familia cuando se producía el fallecimiento del cónyuge –históricamente el marido–, cuyos ingresos constituían la única fuente de rentas familiares. No obstante, en la sociedad actual donde la mujer está integrada en el mercado laboral y no depende del cónyuge para su sostenimiento, la finalidad de la pensión ya no es la misma, siendo más una prestación complementaria o indemnizatoria de los perjuicios económicos causados por la muerte de un miembro que sustitutiva de la renta. Se trata de una pensión expansiva que ha ampliado su radio de protección a personas que, en otro tiempo, no estaban amparadas por ella, pues con la STC 103/1983¹ se produce la plena equiparación entre el viudo y la viuda, y con la Ley 13/2005² se reconoce jurídicamente el matrimonio homosexual.

Así pues, puede decirse que el derecho a la prestación de la pensión de viudedad halla su fundamento en el daño sufrido por el sujeto protegido como consecuencia de la muerte y la necesidad a la que se ve expuesto el beneficio dependiente del causante o, lo que es lo mismo, la situación familiar de penuria económica que supone la pérdida de ingresos que derivan de la muerte del causante³. En palabras de la doctrina, lo que se pretende con esta prestación es “reparar la pérdida de rentas del trabajo en las que por mediación del causante

¹ De 22 de noviembre.

² De 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

³ Sastre Ibarreche, R., “La protección por muerte en el régimen general de la Seguridad Social: la necesidad de una reforma”, en *TL*, núm. 39, p. 7.

participaban los causahabientes, remediando así la necesidad presunta de éstos”⁴. En este sentido, parte de la doctrina considera que la función asignada a esta prestación es favorecer al cónyuge superviviente asegurándole la continuidad de las rentas aportadas por el trabajador fallecido al objeto de prevenir una situación de necesidad y, por tanto, un sustitutivo de la retribución que el trabajador venía percibiendo de la misma naturaleza que ésta y que entraría en el patrimonio del trabajador⁵. Otra parte de la doctrina entiende que dicha pensión no va dirigida a conservar en el tiempo el aporte económico resultante del trabajo del cónyuge fallecido, porque la pensión tiene una naturaleza distinta de la retribución, sino que la función es resarcir el daño que provoca la muerte del trabajador y los perjuicios directamente causados al causahabiente al verse privado de los recursos que con su trabajo le proporcionaba para su subsistencia el fallecido⁶. El TC⁷ argumenta que la pensión de viudedad ya no está vinculada a una situación de necesidad, sino más bien la de compensar un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge superviviente, y en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia, como es la muerte de uno de los cónyuges, otorgando a tal efecto una pensión que depende y es proporcional en su cuantía a la base reguladora del causante, siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no un estado de necesidad.

En definitiva, se podría afirmar que el elemento definitorio de la pensión de viudedad no es la situación de necesidad, ni la dependencia económica, sino el vínculo matrimonial, pues cuando éste concurre se devenga automáticamente la pensión con independencia de que concurra o no situación de necesidad. De ahí que en los casos de nulidad o divorcio, la pensión no se reparte en función de la pérdida de ingresos sufrida, ni de la situación de necesidad, sino en función del tiempo de convivencia conyugal.

Por todo ello, ya en 2006, en el Acuerdo Social de 13 de julio suscrito por el Gobierno y los interlocutores sociales, se propuso reformar esta prestación con la intención de recuperar su objetivo de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante. Asimismo, las

⁴ Alonso Olea, M., Tortuero Plaza, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*. Madrid: Tecnos, 1997. p. 136.

⁵ Almansa Pastor, J. M., “El derecho de los beneficiarios en caso de muerte del trabajador accidentado”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 281, 1965. p. 835.

⁶ Blanco Pérez-Rubio, L., *Parejas no casadas y pensión de viudedad*. Madrid: Tecnos, 1992. p. 54.

⁷ STC 184/1990, de 15 de noviembre; Autos TC 204/2003, de 16 de junio; 77/2004, de 9 de marzo; 174/2004, de 11 de mayo. Así también lo estima la doctrina judicial, entre ellas, SSTSJ Cataluña, de 7 de noviembre de 2008, rec. núm. 6602/2007; País Vasco, de 12 de mayo de 2009, rec. núm. 608/2009; País Vasco, de 30 de junio de 2009, rec. núm. 1032/2009.

nuevas realidades sociales y las formas de convivencia no matrimoniales dieron lugar a su debate equiparar las uniones de hecho a las matrimoniales a los efectos de permitir su derecho a la pensión de viudedad⁸.

De hecho, no cabe duda que en la tradición jurídica española la convivencia de hecho o convivencia *more uxorio* no ha sido equiparada al matrimonio más que en algunas normas o convenios específicos, siendo la regla general que los derechos derivados del matrimonio no eran aplicados a las parejas de hecho, de tal forma que éstas no habían tenido acceso a la pensión de viudedad, más que sólo en algunos supuestos aislados⁹, pues el requisito básico para acceder a la misma era que existiera matrimonio previo¹⁰.

Actualmente, no cabe duda que las parejas de hecho constituyen un fenómeno social cada vez más importante al que el legislador debe dar respuesta y su reconocimiento jurídico supone “la afirmación de que el individuo, en el uso de su libertad de creencias y de su dignidad personal, puede establecer formas de convivencia distintas al matrimonio, y a su vez puede exigir al Estado, que no le imponga el estatuto matrimonial”¹¹.

2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

La regulación actual de la pensión de viudedad se halla en el art. 174 LGSS, modificado por la Ley 40/2007¹², la cual introduce la posibilidad de que las parejas de hecho puedan acceder a esta prestación, aunque no sea con total equiparación al matrimonio.

La protección de la muerte y supervivencia surge en nuestro ordenamiento jurídico con la Ley de 1900 de Accidentes de Trabajo. Con posterioridad, el Reglamento de Accidentes de Trabajo de 1956 estableció un sistema muy

⁸ Concretamente, en la Exposición de Motivos de la Ley 40/2007 se señala que “*es de destacar también el propósito de modernización del sistema al abordar las situaciones creadas por las nuevas realidades familiares. Todo ello en el contexto de las exigencias que se derivan de la situación sociodemográfica de la que resaltan circunstancias tales como el envejecimiento de la población, la incorporación creciente de las mujeres al mercado de trabajo y el fenómeno de la inmigración, así como de los criterios armonizadores hacia los que se apunta en el ámbito de la Unión Europea con el objetivo de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema*”.

⁹ Sentencias de la Magistratura de Trabajo núm. 15 de Barcelona, de 10 de marzo de 1979 y de 25 de mayo de 1981; STSJ Canarias, de 19 de junio 1990; Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 29 de Madrid, de 7 de septiembre de 1994, que reconocen la pensión de viudedad en base a los arts. 14 y 39 CE, y arts. 3 y 4 CC.

¹⁰ De hecho, la STC 69/2007, de 16 de abril, sostuvo que no era contrario al principio de igualdad que el legislador limitara la prestación de viudedad a favor de los supuestos de matrimonio.

¹¹ Porres de Ortiz de Urbina, E., “Uniones de hecho”, en *BIMJ*, núm. 1914, 2002. p. 1259.

¹² De 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

completo de protección con pensiones de viudedad, orfandad absoluta y a favor de ascendientes. La Ley de Seguridad Social de 1966 acoge el principio de conjunta consideración de las contingencias y unifica la protección por muerte y supervivencia, creando un sistema más integrado de prestaciones, pero restringido a determinadas situaciones. La reforma de la Ley 24/1972 amplió la protección reconociendo a las viudas el derecho a la pensión de viudedad exigiendo muchos menos requisitos. Y ya con posterioridad, la Ley 13/2005 amplía esta situación a los matrimonios homosexuales y con la Ley 40/2007 a las uniones de hecho.

Con anterioridad a esta última modificación, el art. 174 LGSS reservaba el derecho a esta pensión a quien estaba unido a través de un vínculo matrimonial con el sujeto causante, excluyendo así a cualquier superviviente que hubiera convivido con el causante pero sin formalizar su vínculo o unión. De hecho, así lo estimaba tanto el TS como el TC. Por su parte, el TS¹³ establecía la imposibilidad de reconocer una pensión de viudedad en las situaciones de convivencia de hecho sin vínculo matrimonial, pues consideraba que dichas situaciones no eran en absoluto equiparables. Por otro lado, el TC¹⁴ reiteraba que no era discriminatoria la situación legislativa que permitía denegar la pensión de viudedad a la superviviente de una pareja de hecho, afirmando que el derecho a la pensión de viudedad no estaba estrictamente condicionado en el régimen retributivo a la existencia de una real situación de necesidad o dependencia del cónyuge superviviente, ni a que éste estuviera incapacitado para el trabajo y a cargo del fallecido, ya que en su configuración actual la pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o de dependencia económica, asegurando un mínimo de rentas, sino más bien compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos en los que participaba el cónyuge superviviente y en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia, siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no estado de necesidad. Esta posición del TC no fue unáni-

¹³ STS de 19 de noviembre de 1998, rec. núm. 53/1998. Asimismo lo reitera en el Auto de 18 de octubre de 2000, rec. núm. 4518/1999, que indica que esta falta “se justifica porque tratándose de demandante que reclama pensión de viudedad sin haber contraído matrimonio legal con el causante, sin que existiera impedimento legal para ello, la solución de la sentencia recurrida de negar la prestación por tal razón se ajusta a la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo”. En el mismo sentido, STS de 20 de octubre de 2007; SSTSJ Cataluña, de 7 de noviembre de 2008, rec. núm. 6602/2007; Madrid, de 29 de marzo de 2004, rec. núm. 1329/2004.

¹⁴ SSTC 27/1986, de 19 de febrero; 184/1990, de 15 de noviembre; 29/1991, de 14 de febrero; 30/1991, de 14 de febrero; 35/1991, de 14 de febrero; 66/1994, de 28 de febrero. Así también el Auto TC 174/2004, de 11 de mayo, que excluye que la no concesión de la pensión de viudedad a las parejas de hecho vulnere el principio prohibitivo de toda discriminación por razón de sexo o de cualquier otra condición. En la misma línea, SSTS de 15 de diciembre de 2004, rec. núm. 359/2004; de 3 de mayo de 2007, rec. núm. 140/2006; de 29 de octubre de 2007, rec. núm. 4744/2006

mamente defendida por todos los miembros del TC, pues destacan dos votos particulares¹⁵, donde se sostiene que el mayor reconocimiento social y la protección constitucional del matrimonio no puede equivaler a “la posibilidad ilimitada de establecer tratamientos favorables para un conjunto de ciudadanos por el hecho de estar, o haber estado casados frente a los que no ostentan tal condición. No basta cualquier diferencia de situación para justificar una diferencia de trato, pues es necesario, además, que el criterio diferenciador sea razonable y no arbitrario en relación con el resultado a conseguir. Aquí, el elemento diferenciador es la existencia o no de vínculo matrimonial y el resultado es el disfrute de la pensión de viudedad, por lo que procede valorar si tal disfrute se justifica en función de la concurrencia del citado vínculo o debe atender a otras razones”.

No obstante, en algunas resoluciones judiciales aisladas se había apuntado un criterio más flexible en el que se reconoció la pensión a la viuda con convivencia marital sin haber contraído matrimonio, cuyo causante había fallecido el día anterior al que tenían fijado para la boda¹⁶, o se aceptó como prueba de existencia de matrimonio determinados documentos no matrimoniales¹⁷. Pero se trataba de supuestos aislados sin llegar a constituirse en una línea jurisprudencial generalizada. Por tanto, en la situación anterior el acceso a la pensión de viudedad se condicionaba a que el beneficiario acreditase la existencia de matrimonio legítimo con el sujeto causante, sin que las uniones no matrimoniales hubieran podido acceder a esta protección.

En esta misma línea, el TC¹⁸ sentó claramente que el matrimonio y la unión extramatrimonial no son situaciones equivalentes, al señalar que la “unión de hecho *more uxorio* no es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento”, mientras que el matrimonio goza de reconocimiento y protección constitucionales. Pero, ya en ese momento se formuló un voto particular¹⁹ que señalaba que no podía entenderse que se pudiera establecer, en relación con el matrimonio, un ilimitado número de tratamientos favorables “para un conjunto de ciudadanos por el hecho de estar, o haber estado casados, frente a los que no ostentan esa condición. Pues, como es doctrina constante de este Tribunal, no basta aducir cualquier diferencia de situación para justificar una diferencia de trato. Es necesario, además, que el criterio diferenciador sea razonable y no arbitrario. Ello implica que ha de haber una correlación razonable entre el elemento diferenciador y el resultado que de él se deriva, en este caso, la diversidad de tratamiento por el legislador”.

¹⁵ De ellos, destaca el formulado por el Magistrado LÓPEZ GUERRA.

¹⁶ STCT de 31 de mayo de 1988.

¹⁷ STSJ Navarra, de 22 de mayo de 1997, rec. núm. 244/1997.

¹⁸ SSTC 157/1987, de 15 de octubre; 788/1987, de 24 de junio.

¹⁹ En la STC 184/1990, de 15 de noviembre.

Como se observa en estos casos el elemento diferenciador es el vínculo matrimonial y el resultado la exclusión de la pensión de viudedad del superviviente de la unión extramatrimonial. Para poder analizar si existe una correlación razonable entre el elemento diferenciador y el resultado que excluye a la pareja de hecho, el TC analiza el art. 160 LGSS de 1974 en relación con los arts. 10.1 y 39 CE. Así, el TC señala que es improcedente contrastar el art. 160 LGSS de 1974 con los preceptos de la CE de forma aislada, sino que, siguiendo la doctrina del TS²⁰ se trata de reforzar la protección jurídica de la familia mediante el fomento del matrimonio, lo cual es, sin duda, una finalidad constitucionalmente lícita, pero no puede perseguirse en detrimento de las uniones extramatrimoniales, pues así lo indica el TC al señalar el acomodo en el art. 39.1 CE de “aquellas medidas que otorgan un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales.... siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir *more uxorio*”. La jurisprudencia²¹ más reciente todavía es seguidora de esta doctrina recordándola al señalar que “no se produce vulneración del principio de igualdad cuando no existía derecho de viudedad en el caso de uniones de hecho ya que tal tipo de vínculos no están jurídicamente garantizados ni existe un derecho constitucional que imponga su establecimiento, cabiendo perfectamente que el legislador tome en consideración las diferencias existentes entre vínculo matrimonial y unión de hecho a la hora de regular las pensiones de muerte y supervivencia. El establecimiento de determinadas condiciones para el acceso al derecho es una manifestación más de la facultad del legislador de diferenciar las circunstancias de acceso”.

A mi parecer²², ese condicionamiento no tiene sentido, pues negar la pensión de viudedad a las parejas de hecho supone una discriminación, aunque sea indirecta. Así cabe tener presente que fomentar el matrimonio a través de la pensión de viudedad no es un medio adecuado ya que esta prestación no fue creada para ello, de tal modo que ello la desvirtúa, y además, ello implica un efecto disuasorio de la existencia de parejas de hecho, pues les obliga a contraer matrimonio con el fin de obtener la protección que ofrece esta prestación. Y este efecto disuasorio justamente coarta de modo constitucional la libre posibilidad de convivencia de las uniones de hecho a partir del elemento diferen-

²⁰ STS de 29 de junio de 1992, rec. núm. 1239/1991.

²¹ STS de 7 de junio de 2011, rec. núm. 4579/2009. En el mismo sentido, SSTSJ País Vasco, de 12 de mayo de 2009, rec. núm. 608/2009; País Vasco, de 30 de junio de 2009, rec. núm. 1032/2009.

²² Así también lo estima Martínez Abascal, V.A., “Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿una equiparación inviable?”, en AS, núm. 17, 2010 (versión on line)

ciador del vínculo matrimonial para acceder a la pensión de viudedad, si se tiene en cuenta que el establecimiento de relaciones extramatrimoniales constituye, según la doctrina²³, una facultad que se integra en el libre desarrollo de la personalidad asegurado por el art. 10 CE, de suerte “que la familia debe ser configurada como un instrumento para conseguir las finalidades de promoción previstas en el artículo 10 CE”²⁴. Además, dicho efecto disuasorio limita la convivencia extramatrimonial y con ella el acceso a la prestación a la luz de lo dispuesto en el art. 39.1 CE respecto de la protección social, económica y jurídica de la familia, pues la doctrina mayoritaria considera que la familia aludida en el citado precepto es tanto la matrimonial como las diversas formas de relaciones extramatrimoniales estables, aunque no en pie de igualdad, puesto que el matrimonio está expresamente reconocido en el art. 32.1 CE²⁵. De esta forma, el TC²⁶ aceptó también la amplitud protectora de las distintas formas de la familia en el art. 39 CE, abriendo así el camino al legislador para una regulación igualitaria en esta materia, pues señaló que “el legislador podría extender a las uniones estables de hecho, al menos en determinadas condiciones, los beneficios de la pensión de viudedad”.

Por ello, ante la necesidad de adecuar esta regulación a la nueva realidad social, y evitar cualquier posible discriminación, se modifica el art. 174 LGSS, para dar entrada también a las parejas de hecho, pero con ciertos requisitos que no se exigen para el matrimonio. Como se observa, esta reforma de la pensión de viudedad que da cobertura a las parejas de hecho es un importante avance en nuestros días, pero la regulación contiene relevantes limitaciones para las mismas, lo cual puede no ser respetuoso con el principio de igualdad. De hecho, la propia Ley 40/2007 advierte que “habida cuenta de la imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho, se hace inviable la plena igualdad en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad”, y todo ello en base a la doctrina emanada de la STC 184/1990 que indica que “el legislador podría reconocer el derecho a una pensión de supervivencia idéntica a la de viudedad al supérstite de la unión estable de hecho, en los supuestos y con los requisitos que en su caso se establecieran”.

²³ Estrado Alonso, A., *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*. Madrid: Civitas, 1991. p. 106.

²⁴ Roca Trias, E., “Familia, familias y derecho de la familia”, en *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre, 1990. p. 1071.

²⁵ Estrado Alonso, A., *Las uniones extramatrimoniales en... op. cit.* p. 106; PANTALEÓN PRIETO, A.F., “La autorregulación de la unión libre”, en *Revista Poder Judicial*, núm. 4, 1986. p. 124; Perlingiere, P., “La familia en el sistema constitucional español”, en *Revista de Derecho Privado*, febrero, 1988. p. 109.

²⁶ STC 184/1990, de 15 de noviembre.

3. LAS PAREJAS DE HECHO COMO BENEFICIARIAS DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD

En primer lugar, cabe matizar que con la Ley 40/2007 la pensión de viudedad no da cobertura a todas las parejas de hecho, sino concretamente a las parejas de hecho legalmente constituidas, es decir, como algún autor²⁷ ha denominado, a la “pareja de hecho registrada”.

Así pues, como ya se ha indicado, para que el sobreviviente de estas parejas de hecho legalmente registradas o constituidas se precisan, además de los requisitos generales exigidos para el cónyuge superviviente de un matrimonio (alta o asimilación y período de cotización), ciertos requisitos específicos, que, en el fondo, vienen a desvirtuar y limitar injustificadamente el avance que supone la aceptación normativa de la realidad social de estas uniones.

3.1. Requisitos identificativos

3.1.1. Relación de afectividad

El art. 174.3 LGSS exige, en primer término, para poder hablar de la existencia de una pareja de hecho, que exista una “*análoga relación de afectividad a la conyugal*”. La razón de ser de esta exigencia se halla en que el motivo de la constitución de la pareja de hecho no debe ser por motivos diferentes a los del matrimonio, es decir, deben estar unidos por lazos de afectividad, excluyendo cualquier unión que lo sea por motivos amicales, de estudio, culturales o cualesquiera otros similares. No obstante, éste es un requisito indemostrable de modo pleno, siendo sólo presumible de aquella relación afectiva a partir de determinada conducta de los miembros de la pareja.

3.1.2. Carencia de impedimentos

En segundo lugar, el citado precepto exige que los miembros de la pareja no tengan impedimento para contraer matrimonio, sean tanto los impedimentos absolutos, que según el art. 46 CC son la minoría de edad o previo vínculo matrimonial, como los relativos, que, según los arts. 47 y 56.2 CC, son parentesco, delito o discapacidad psíquica. Estos impedimentos están justificados en que se exigen también para el matrimonio.

²⁷ Cruz Villalón, J., “La modernización de las prestaciones por viudedad y orfandad”, en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., y Moreno Vida, M.N (Coord.), *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*. Granada: Comares, 2008. p. 893.

Y, específicamente, se señala que ninguno de los miembros debe tener vínculo matrimonial con otra persona, que, aunque a primera vista puede parecer redundante al estar implícita en el anterior respecto del impedimento absoluto del previo vínculo matrimonial²⁸, sin embargo, puede interpretarse en el sentido de que el impedimento absoluto se refiere al período de convivencia estable y notorio con carácter inmediato al fallecimiento del causante, mientras que esta otra exigencia viene referida a la ausencia de vínculo matrimonial durante el lapso de tiempo que transcurre entre el fallecimiento y la fecha anterior a la del reconocimiento de la pensión, puesto que tal reconocimiento constituye al superviviente en beneficiario de la misma, de modo que si, a partir de ese momento, éste contrajese matrimonio con otra persona dicho vínculo matrimonial extinguiría la pensión conforme al art. 174.4 LGSS²⁹. Parte de la doctrina judicial interpreta que estas dos exigencias se pueden considerar como un único requisito, puesto que la existencia de vínculo matrimonial no es más que uno de los posibles impedimentos previstos para contraer matrimonio³⁰. Sin embargo, otro sector de la doctrina judicial³¹ señala que esta carencia de impedimentos se debe haber mantenido durante los cinco años exigidos de convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante. No obstante, el TS³², en unificación de doctrina, ha interpretado ambos requisitos temporales indicando que el art. 174.3.4 LGSS exige una serie de requisitos para poder considerar cuando se está ante una pareja de hecho, de los cuales “el primero de ellos, es el más obvio de todos, el mismo que existe para poder contraer matrimonio, a saber, no hallarse impedido para contraer matrimonio; y el segundo, igualmente obvio, es el requisito “antibigamia”: no tener vínculo matrimonial con otra persona. Es claro que ambos requisitos

²⁸ Rodríguez Iniesta, G., “La protección por muerte y supervivencia”, en CAVAS MARTÍNEZ, F., RODRÍGUEZ INIESTA, G., *La reforma de la Seguridad Social de 2007. Análisis de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*. Murcia: Laborum, 2007. p. 181.

²⁹ STSJ Castilla y León, de 15 de junio de 2009, interpreta conjuntamente ambos requisitos al señalar que “se da la circunstancia de que el causante mantuvo vínculo matrimonial con otra persona, de manera que se hallaba impedido para contraer matrimonio”.

³⁰ Rodríguez Iniesta, G., “La protección por muerte... *op. cit.* p. 182.

³¹ SSTSJ Castilla-La Mancha, de 24 de julio de 2012, rec. núm. 556/2012; Galicia, de 5 de junio de 2012, rec. núm. 4887/2009; Navarra, de 28 de noviembre de 2011, st. núm. 365/2011. Esta última indica que el citado período de cinco años incorpora “de forma necesaria la premisa subjetiva consagrada en el primer inciso del párrafo cuarto del artículo 174.3 LGSS: la convivencia de cinco años subsistente al momento del fallecimiento debe serlo, durante toda su extensión, de personas no casadas ni impedidas para celebrar matrimonio, porque esa condición personal es el presupuesto indisponible de apreciación sobre ele que, en su caso, recaerán los cómputos de plazo o las obligaciones formales de acreditación”.

³² SSTS 24 de octubre de 2012, rec. núm. 83/2012; de 8 de noviembre de 2011, rec. núm. 796/2011; de 14 de julio de 2011, rec. núm. 3857/2010; de 20 de julio de 2011, rec. núm. 2921/2010; auto TS de 26 de junio de 2012.

deben tenerse en el momento en que se pretenda constituir la pareja de hecho, no antes; momento que, en el caso especial que nos ocupa, no puede ya ser otro que el momento inmediatamente anterior al fallecimiento, último en que la constitución de la pareja de hecho puede haberse producido. Pero, a partir de ahí, el legislador ha exigido un requisito más que, como ya ha manifestado esta Sala no es un requisito de constitución de la pareja de hecho sino, con toda exactitud, un período de carencia para acceder a la prestación de viudedad, sea cual sea la fecha de la constitución de la pareja de hecho, la convivencia ha debido durar al menos cinco años ininterrumpidos antes del fallecimiento. Esta es la única manera de congeniar este primer inciso del artículo 174.3, párrafo cuarto, con el segundo inciso en el que se dice que, por ejemplo, la existencia de la pareja de hecho se puede acreditar mediante documento público otorgado con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha de fallecimiento del causante”.

En definitiva, se trata de que sea una pareja con posibilidades de contraer matrimonio, esto es, que ambos cónyuges sean solteros, viudos, divorciados o tengan anulado su matrimonio anterior. La exigencia de estos requisitos comporta, por tanto, la denegación de la pensión de viudedad en aquellos supuestos en que no se ha acreditado el cumplimiento de los mismos, ya sea por existir algún impedimento para contraer matrimonio o por no aportarse la sentencia de divorcio o la prueba del fallecimiento del cónyuge³³.

3.1.3. Convivencia como pareja de hecho

El art. 174.3 LGSS exige también “*una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años*”. Este requisito tiene todo el sentido de evitar que puedan acceder a la prestación quienes mantengan una relación de hecho esporádica.

De esta previsión legal, se deduce que se requiere que la convivencia reúna varios requisitos de forma acumulativa, pues debe ser estable, lo que implica que tiene que ser continua y permanente en el tiempo, sin interrupciones importantes o imputables a la voluntad de las partes; notoria, lo que significa que tiene que ser pública o conocida por la gente o, al menos, no convivir de forma secreta y ocultando tal hecho; inmediata al fallecimiento del causante, por lo que de nada sirve que la pareja hubiera estado conviviendo en el pasado de forma estable y prolongada si, en el momento del fallecimiento de aquél, tal

³³ SSTSJ Asturias, de 24 de abril de 2009, rec. núm. 408/2009; Castilla y León, de 6 de abril de 2009, rec. núm. 377/2009; Andalucía, de 25 de febrero de 2009, rec. núm. 2670/2008; Castilla y León, de 22 de enero de 2009, rec. núm. 757/2008.

convivencia se hubiese interrumpido por una crisis de aquélla; e ininterrumpida durante un período mínimo de cinco años. En otras palabras, el legislador se fija en lo que sucede con la pareja de hecho en el lustro anterior al fallecimiento del sujeto causante, y la pensión del supérstite se condiciona a que durante tal período mínimo la pareja haya convivido como tal de forma estable y notoria.

La duración de la convivencia se establece en relación a dos parámetros: uno, el plazo total de la convivencia ha de tener una duración, con el carácter además de ininterrumpida, no inferior a cinco años, otro, el día final del plazo se identifica con el fallecimiento del causante, de modo que el período de cinco años ha de ser inmediato al fallecimiento del mismo³⁴. Razonablemente debe entenderse que el término estable de convivencia de cinco años no se suspende porque se interrumpa la continuidad en el lugar o en el tiempo por causas del trabajo, familiares o de otra naturaleza, que no afecten a la estabilidad y relación de afectividad. Es claro que este requisito de convivencia se instituye al sólo efecto de las pensiones de viudedad, y no afecta a períodos de duración menor establecidos para otros supuestos que se otorga a quien sin ser cónyuge conviva materialmente con el titular, como en el caso de la asistencia sanitaria.

En cuanto a la acreditación de este período de convivencia estable, notoria e ininterrumpida, en principio, se ha de documentar mediante el certificado de empadronamiento. Si se analiza con detalle esta exigencia se puede observar fácilmente que en el certificado de empadronamiento no queda constancia de que la convivencia sea estable o notoria, todo lo cual hace pensar en que la razón última de este requisito reposa en la desconfianza prejuiciada que todavía existe por parte del legislador respecto de la seriedad en la formación y finalidad de las parejas de hecho³⁵, pues no se trata aquí de acreditar la constitución de las parejas de hecho, del mismo modo que se exige para el matrimonio, sino que este requisito tiene, como se ha señalado anteriormente, un fondo discriminatorio al requerir un tiempo de convivencia sin causa que lo justifique, pues la convivencia se presume una vez que se ha constituido legalmente.

El problema que se plantea con este requisito es que puedan darse situaciones en las que ese certificado no sirva para acreditar una convivencia real como ocurre en el caso que puede darse de que una pareja esté empadronada en domicilios distintos, u otras en las que el empadronamiento en el mismo lugar sirva de apariencia a una convivencia falsa, y esta inseguridad en la bondad de esta prueba ha llevado a la conclusión al TS³⁶ de que aquella prueba no puede jugar como prueba única de la convivencia cuando existan otras de mayor

³⁴ STSJ Madrid, de 22 de octubre de 2012, rec. núm. 991/2012.

³⁵ Martínez Abascal, V.A., "Las parejas de hecho... *op. cit.*"

³⁶ SSTs de 25 de mayo de 2010, rec. núm. 2969/2009; de 24 de junio de 2010, rec. núm. 4271/2009; de 6 de julio de 2010, rec. núm. 3411/2009; de 14 de septiembre de 2010, rec. núm. 3805/2009; de 9 de junio de 2011, rec. núm. 3592/2010.

contundencia a favor o en contra de dicha apreciación. Es decir, el padrón municipal no siempre refleja la realidad en materia de residencia. Ciertamente, no es excepcional que, por desidia del sujeto o por la búsqueda fraudulenta de ciertos beneficios económicos o de otro tipo, aquél esté empadronado en un municipio y resida en otro³⁷. Por lo tanto, si el certificado de empadronamiento tuviese valor ad solemnitatem y actuase como presunción iuris et de iure de la convivencia de la pareja se podrían amparar legalmente situaciones fraudulentas difícilmente destruibles con prueba en contrario³⁸. Es más, tal valoración del certificado, incluso, podría animar a la constitución de uniones de hecho “sólo formales y preordenadas a la futurible y antinormativa obtención” de la correspondiente prestación de la Seguridad Social, “cercenando la capacidad y el derecho a la autotutela” de tal sistema público de Seguridad Social a denegar la prestación por inexistencia del presupuesto³⁹. Si se adoptara “una interpretación literal de la norma conduciría a privar a la Seguridad Social de denegar una prestación cuando, existiendo empadronamiento conjunto, se pudiese acreditar la ausencia de convivencia”⁴⁰. De esta forma, el certificado de empadronamiento, aun siendo un medio privilegiado de prueba de la convivencia, es simplemente una presunción iuris tantum, lo que permite, la destrucción de la misma. En esta dirección, la doctrina judicial⁴¹ pone de manifiesto que, aunque el art. 174.3 LGSS “alude al certificado de empadronamiento, como medio ordinario de acreditación de la convivencia de los componentes de la pareja de hecho, certificado que tiene el carácter de documento público y que constituye la prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo (...), pero ello no quiere decir que en los supuestos en que existan indicios o elementos de prueba contradictorios acerca del verdadero domicilio habitual del interesado, pueda acudir a otros elementos probatorios, además del certificado de empadronamiento, tales como informes policiales, testificales y otros documentos, que deben ser objeto de valoración por parte del juez de instancia (...) a fin de establecer el real domicilio del beneficiario”. Por lo tanto, se admiten otros medios de prueba como un contrato de compraventa autorizado ante notario de la vivienda que constituyó el domicilio conyugal⁴², una cartilla bancaria conjunta, en la cual la pareja domiciliaba los recibos de los gastos comunes de la vivienda familiar y abonaba una póliza de préstamo común⁴³, la

³⁷ STSJ Baleares, de 30 de abril de 2009, rec. núm. 175/2009.

³⁸ STSJ Navarra, de 28 de julio de 2009, rec. núm. 197/2009.

³⁹ STSJ Castilla y León, de 10 de junio de 2010, rec. núm. 756/2010.

⁴⁰ STSJ Castilla y León, de 22 de abril de 2009, rec. núm. 541/2009.

⁴¹ STSJ Castilla-La Mancha, de 9 de julio de 2009, rec. núm. 198/2009.

⁴² STSJ Baleares, de 18 de febrero de 2010, rec. núm. 561/2009.

⁴³ STSJ Madrid, de 30 de septiembre de 2009, rec. núm. 2020/2009. En términos similares STSJ Madrid, de 22 de febrero de 2010, rec. núm. 5515/2009.

existencia de hijos comunes⁴⁴ o un certificado del ayuntamiento, basado en la información de la policía local, que acreditaba el domicilio real⁴⁵.

Resulta contundente la argumentación del TSJ Castilla y León⁴⁶ que mantiene que “el certificado de empadronamiento no puede ser considerado como el único instrumento probatorio hábil en derecho para acreditar la convivencia como pareja de hecho, a efectos de la génesis de la pensión de viudedad para los supervivientes de este tipo de uniones. En primer lugar, habida cuenta los términos con los que el legislador de la viudedad en supuestos de parejas de hecho ha constituido el juego del certificado de empadronamiento porque esa construcción no aparece formulada en forma indubitadamente excluyente de otros medios probatorios al referido fin de aseverar la convivencia. En segundo lugar (...), porque si lo decisivo para la génesis de la pensión de viudedad sobre la que se debate es el hecho de la convivencia estable, notoria y que se haya mantenido durante un determinado tiempo, lo decisivo es también la acreditación de este presupuesto de la convivencia, siendo entonces el certificado de empadronamiento un instrumento a tal fin, privilegiado si se quiere, mas esto es, sólo un instrumento y no el único de los posibles. En tercer término (...), porque el parecer contradictorio con lo anterior, esto es, la tesis de que el certificado de empadronamiento es requisito incluso, constitutivo del derecho a viudedad a favor de supervivientes de uniones de hecho, abriría la espita de la constitución de uniones de ese tipo sólo formales y preordenadas a la futuro y antinormativa obtención de prestaciones de Seguridad Social, cercenando la capacidad y el derecho de autotutela de la Seguridad Social a denegar la prestación por inexistencia del presupuesto, sí, constitutivo en que la convivencia estable, notoria y prolongada consiste”. En definitiva, el certificado de empadronamiento no supone una presunción *iuris et de iure* de convivencia, sino que es una presunción *iuris tantum*, por lo que no se trata de un medio privilegiado de prueba⁴⁷, pues lo que exige la norma es acreditar una convivencia estable y notoria y, para ello, se regula o establece un medio probatorio privilegiado, pero ello no excluye su acredita-

⁴⁴ SSTSJ Madrid, de 30 de septiembre de 2009, rec. núm. 2020/2009; Navarra, de 28 de julio de 2009, rec. núm. 197/2009.

⁴⁵ STSJ Castilla-La Mancha, de 9 de julio de 2009, rec. núm. 198/2009. En términos similares, STSJ Cataluña, de 13 de octubre de 2011, st. núm. 6431/2011.

⁴⁶ STSJ Castilla y León, de 10 de junio de 2010, rec. núm. 756/2010. En el mismo sentido STSJ Cataluña, de 10 de junio de 2009, rec. núm. 842/2009.

⁴⁷ STSJ Castilla y León, de 22 de abril de 2009. En términos similares, SSTSJ Madrid, de 11 de octubre de 2012, rec. núm. 1999/2012; Cataluña, de 12 de julio de 2012, st. núm. 5308/2012.

ción por otras vías, al igual que podrá demostrarse por otros medios que la convivencia no se produce a pesar del empadronamiento⁴⁸.

No obstante, desde una posición restrictiva, compartida por el INSS, el certificado de empadronamiento es un requisito constitutivo del derecho reclamado por el solicitante, sin que pueda sustituirse por otros medios de prueba⁴⁹. En este sentido se señala que el registro del padrón municipal es “obligatorio para todo ciudadano y, por medio de él, queda constancia cierta de que el domicilio habitual de la pareja es común y, por ello, puede hablarse de que están conviviendo y han iniciado una vida en común, dejando de lado otras vías de menor consistencia y alejadas del carácter de notoriedad que aquel registro lleva implícito”⁵⁰. Parte de la doctrina judicial⁵¹ pone de manifiesto que “tanto de la literalidad del precepto que se invoca, como de su, declarado expresamente, carácter excepcional que no admite interpretaciones extensivas, se deduce que no estamos ante un supuesto de prueba libre, del requisito de convivencia exigido. Puesto que si, así, lo hubiese querido el legislador, se hubiese limitado a exigir el requisito de convivencia (...) estamos ante un supuesto de prueba tasada, lo que impide atender al resultado de otras pruebas de convivencia como las valoradas en la instancia”. Así lo estima también parte de la doctrina científica⁵² que considera que “con independencia de su acierto y al margen de razones de oportunidad, este criterio es el que debe mantenerse considerando el certificado de empadronamiento como requisito constitutivo, al ser, en principio, ésta la forma como lo ha configurado el legislador ante la dificultad de acreditar la duración de la convivencia en las parejas de hecho, y como medida que evita el fraude”.

⁴⁸ Así también lo sostienen las SSTSJ Castilla-la Mancha, de 17 de septiembre de 2009, rec. núm. 165/2009; Navarra de 28 de julio de 2009, rec. núm. 197/2009, al entender que no puede otorgarse al certificado de empadronamiento el valor de requisito ad solemnitatem como único medio para poder acreditar la convivencia estable y notoria entre el causante y el beneficiario puesto que, en muchos casos el empadronamiento podría amparar situaciones fraudulentas difícilmente destruibles si se estima que estamos ante una presunción iuris et de iure.

⁴⁹ SSTSJ Madrid, de 17 de abril, 29 de septiembre y 30 de octubre de 2009, rec. núm. 15/2009, 3158/2009, 4099/2009, respectivamente.

⁵⁰ SSTSJ Madrid, de 17 de abril de 2009, rec. núm. 15/2009.

⁵¹ STSJ Cantabria, de 22 de junio de 2009, rec. núm. 462/2009. En términos similares, SSTSJ Asturias, de 12 de junio de 2009, rec. núm. 298/2009; Madrid, de 29 de junio de 2009, rec. núm. 1507/2009; Navarra, de 6 de abril de 2009, rec. núm. 27/2008. Esta última indica que “conforme a la normativa citada se viene a distinguir los requisitos referidos a la convivencia y los referidos a la existencia de acreditación de la pareja de hecho, exigiendo el legislador que los requisitos de convivencia, estable y notoria y de cinco años ininterrumpidos, deben acreditarse en todo caso mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, exigencia que pretende evitar el fraude en el reconocimiento de estas pensiones”.

⁵² González González, C., “Acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad”, en AS, 2009, núm. 4 (versión on line). En términos similares, Alarcón Castellano M.M., Roldán Martínez, A., “Algunas reflexiones críticas sobre la pensión de viudedad de las parejas de hecho”, en CEF, núm. 319, 2009. p. 107.; MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., “La pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social”, en AS, núm. 6, 2008. p. 107.

Este polémico y continuo debate ha llevado al TS⁵³ a que se pronuncie en casación para unificación de doctrina, argumentando que la posición estricta sostenida por el INSS “eleva, indebidamente, el certificado de empadronamiento a un auténtico requisito constitutivo” de la relación afectiva de la pareja de hecho, pero “hay otra interpretación mucho más acorde con el principio de igualdad constitucional, con el sentido histórico de la evolución normativa en que se inserta el nuevo art. 174.3 LGSS y con otros criterios hermenéuticos”, que es el considerar el referido documento como “un medio probatorio más, entre otros posibles, lo que, además, tiene la ventaja de permitir la prueba en contrario, esta vez a favor del INSS”. Se acoge, así, uno de los argumentos más serios expuestos por la doctrina, pues “puede haber un falso certificado de empadronamiento que no se corresponde con una convivencia afectiva *more uxorio* real y dicho certificado no debe prevalecer”.

El TS apoya esta conclusión en un criterio sistemático, ya que en el propio art. 174.3 LGSS se alude a una convivencia “*estable y notoria*” y notorio es “algo que no necesita prueba, aquello cuya real existencia se evidencia por sí misma”, por lo que “mal se puede exigir, simultáneamente, que el hecho en cuestión se acredite, exclusivamente, mediante una prueba meramente formal”. Además, en el mismo precepto también se menciona que la existencia de la pareja se demostrará con la inscripción en algún registro específico o documento público, con lo que queda claro que el certificado de empadronamiento no es la única prueba admisible de la convivencia. De hecho, esa inscripción o documento público “tiene mucho mayor valor jurídico” que aquél, que al fin y al cabo, “no refleja más que un hecho cambiante y aleatorio”, como es la vecindad civil. Por tanto, como se aprecia para el TS es más importante la existencia real de la pareja de hecho, que la forma de su acreditación, la cual puede llevarse a cabo por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, especialmente con el certificado de empadronamiento, la inscripción registral u otro documento público⁵⁴.

⁵³ STS de 25 de mayo de 2010, rec. núm. 2969/2009. En igual sentido, en sus sentencias posteriores de 14 y 24 de junio, 6 de julio, 14 y 20 de septiembre, 12 y 17 de noviembre y 9 de diciembre de 2010, rec. núm. 2975/2009, 4271/2009, 3805/2009, 4314/2009, 4341/2009, 975/2010, 911/2010, 3914/2009, respectivamente. Así también lo recoge la doctrina judicial, entre ella, STSJ Madrid, de 19 de julio de 2010, rec. núm. 2425/2010.

⁵⁴ Así lo recoge también la doctrina judicial, entre ellas, SSTSJ Cataluña, de 21 de julio de 2011, st. núm. 5274/2011; Cataluña, de 14 de febrero de 2011, st. núm. 1145/2011; Cataluña, de 1 de abril de 2011, st. núm. 2369/2011; Cataluña, de 21 de octubre de 2010, st. núm. 6726/2010; Cataluña, de 10 de septiembre de 2010, st. núm. 5699/2010; Madrid, de 19 de julio de 2010, rec. núm. 2425/2010; Extremadura, de 5 de octubre de 2010, rec. núm. 348/2010, que señala que “se trata simplemente de un período de carencia pero nunca de un requisito de existencia de la pareja de hecho en sí misma considerada. Y, una vez acreditada la existencia de la pareja de hecho, su duración se verifica por el mero transcurso del tiempo, mientras la pareja de hecho no haya dejado de existir por cualquiera de las causas de separación”.

A mi parecer, debería seguirse esta interpretación más flexible, relativizando la exigencia de acreditar la convivencia, de forma que el empadronamiento sea considerado como una prueba ordinaria pero no exclusiva, pues el legislador al aludir al certificado de empadronamiento, busca una prueba fehaciente, excluyendo que tal convivencia se acredite con medios probatorios menos convincentes como es la prueba testifical o la mera documental privada, limitando pues la valoración global y libre del juzgador⁵⁵. No cabe duda que el certificado de empadronamiento es un documento público y fehaciente, pero una cosa es la vecindad administrativa y otra muy distinta el domicilio de una persona, conceptos que, por ser diferentes, están regulados en distintas normas. Según el TS⁵⁶ la prueba del domicilio en un determinado lugar en nuestro Derecho es totalmente libre, pudiendo adoptarse cualquier dato que sirva para demostrar la efectiva residencia y su habitualidad. Incluso, en algunos supuestos se ha considerado que lo decisivo es el hecho de la residencia habitual, con independencia del empadronamiento⁵⁷. Es más, teniendo la vecindad administrativa y el domicilio civil un origen común, que no es otro que la residencia habitual, y habiendo optado el legislador por el empadronamiento como único medio de acreditar la convivencia de una pareja de hecho, y con ello por un criterio formalista, a mi juicio, siendo la convivencia de la pareja de hecho una cuestión fáctica, debería seguirse el criterio de la jurisprudencia civil, admitiendo pues cualquier medio de prueba para acreditar la residencia habitual toda vez que, como se ha puesto de manifiesto, la vecindad administrativa y la residencia habitual no siempre coinciden. En este sentido, convendría no olvidar que el domicilio administrativo es un domicilio especial, elegido por la persona para sus relaciones con la Administración, pudiendo residir, como la realidad social pone de manifiesto, en un lugar distinto del que figura en el padrón. En conclusión, el mantenimiento de este criterio formalista de acreditación de la convivencia limita el acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad, al exigir un requisito formal que no reúne todas las garantías necesarias para acreditar que una pareja de hecho ha mantenido una convivencia estable.

Por otro lado, este requisito es una exigencia específica de la pareja de hecho, pues no viene establecida para el matrimonio, lo cual podría calificarse de inconstitucionalidad por vulnerar el principio de igualdad, pues si la situación de necesidad que se pretende cubrir con la pensión de viudedad es la misma para el matrimonio que para la pareja de hecho, esto es, la falta de ingresos o el lucro cesante que provoca el fallecimiento del causante, no resulta objetivo ni razonable exigir un período de convivencia a la pareja de hecho que

⁵⁵ Así lo señala también la STSJ Madrid, de 22 de febrero de 2010, rec. núm. 5515/2009.

⁵⁶ STS de 10 de junio de 1996.

⁵⁷ SSTs de 6 de mayo de 1989; de 12 de julio de 1989; de 18 de octubre de 1990; de 15 de noviembre de 1991; de 20 de febrero de 1995, rec. núm. 2316/1994.

no se pide para el matrimonio. Con este requisito, claramente, se observa como se da un tratamiento menos protector a las parejas de hecho, olvidando que ésta merece, por parte de los poderes públicos, la misma garantía de protección social, económica y jurídica que la constituida por el matrimonio, según se deriva del art. 39 CE.

3.1.4. Constitución legal como pareja de hecho

Este requisito apunta la necesaria verificación de que la pareja de hecho existe legalmente, es decir, que se ha constituido como tal ante el Derecho. Este requisito es totalmente objetivo y razonable pues es análogo al que se exige para el matrimonio, cuya existencia se acredita con la inscripción en el registro correspondiente, ya sea el civil o el de la confesión religiosa correspondiente. Es decir, al igual que el matrimonio es un negocio consensual, donde la forma del consentimiento es esencial al mismo, ya que la existencia de ese consentimiento debe constar de modo indubitado y público⁵⁸, en el caso de las parejas de hecho también se requiere de alguna forma probar la existencia de las mismas, para lo cual se deben inscribir en el registro constituido a tal efecto.

Esta acreditación puede serlo a través del certificado emitido por el registro específico existente en la Comunidad Autónoma o Ayuntamiento del lugar de residencia, o bien, en supuestos de inexistencia de dicha inscripción, mediante documento público en el que conste la constitución de la pareja. Pero el problema de ello radica en que, para la constitución legal como pareja de hecho, el legislador vuelve a exigir un determinado período de tiempo, pues, concretamente, señala que tanto la inscripción como la formalización del correspondiente documento público “*deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante*”. De esta forma, resulta que se exige, por un lado, una convivencia de cinco años ininterrumpida como pareja de hecho, y de los cuales, al menos dos deben acreditarse como pareja de hecho legalmente constituida. Ni los cinco ni los dos años se exigen para el matrimonio, pues incluso en el caso del supuesto específico de que el fallecimiento del causante derive de enfermedad común contraída con anterioridad al matrimonio, sólo se exige que el matrimonio se haya celebrado con un año de antelación a la fecha del fallecimiento. La exigencia de los dos años de antelación con respecto a la fecha del fallecimiento del causante tiene como clara finalidad evitar la constitución de una pareja de hecho con la sola idea de percibir la pensión, y por ello, como pareja de conveniencia⁵⁹. Es decir, se trata de una cláusula antifraude, de tal forma que se

⁵⁸ STSJ Extremadura, de 27 de septiembre de 2011, rec. núm. 369/2011.

⁵⁹ STSJ Cataluña, de 4 de julio de 2011, st. núm. 4647/2011.

considera implícitamente que media fraude o no se acredita una voluntad real de convivencia cuando no ha transcurrido el citado plazo⁶⁰.

Parte de la doctrina⁶¹ señala que ambos períodos de tiempo están justificados ya que persiguen fines diferentes, pues, el certificado de empadronamiento sólo acredita una convivencia en común de dos personas en un mismo domicilio, pero no la relación de afectividad análoga a la conyugal, que sí queda probada con la inscripción en el registro o documento público. Es decir, se trata de dos requisitos simultáneos a acreditar con diferentes medios, por lo que no se trata de una exigencia probatoria duplicada sobre un mismo extremo, sino de una exigencia material, de convivencia como estable pareja de hecho durante un mínimo de cinco años (a probar mediante el certificado de empadronamiento), y de otra exigencia formal o ad solemnitatem de verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de “*análoga relación de afectividad a la conyugal*” con dos años de antelación al hecho causante (a probar mediante la inscripción en el registro)⁶². Ahora bien, también es verdad, que este requisito resulta excesivo cuando dicha relación afectiva queda evidenciada por el comportamiento de la pareja, como sucede cuando existen hijos comunes u otros datos relevantes de la vida común. De hecho, para parte de la doctrina⁶³, la exigencia de este requisito adicional cualificado es reiterativo, pues la existencia de la pareja de hecho ya queda acreditada con el certificado de empadronamiento, hallándose así pues ante un sistema acumulativo de acreditación de la pareja de hecho sobre la base de un doble carácter: material, o de hecho de la convivencia, y jurídico, o formal de la constitución de aquella, que resulta un despropósito.

Al respecto, la doctrina judicial y la jurisprudencia no siempre han sido unánimes, pues, por un lado, un sector de la doctrina judicial⁶⁴ bastante flexible

⁶⁰ STSJ Murcia, de 7 de junio de 2010, rec. núm. 348/2010.

⁶¹ Desdentado Aroca, E., *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de Familia: un estudio crítico para una prestación en crisis*. Albacete: Bomarzo, 2009. p. 125.

⁶² SSTSJ Castilla y León, de 3 de octubre de 2012, rec. núm. 614/2012; Cataluña, de 21 de julio de 2011, st. núm. 5274/2011; Aragón, de 18 de mayo de 2011, rec. núm. 257/2011. En términos similares, STS de 24 de mayo de 2012, rec. núm. 1148/2011; SSTSJ Canarias, de 28 de junio de 2010, rec. núm. 1369/2009; Asturias, de 18 de marzo de 2010, rec. núm. 2867/2010; Andalucía, de 21 de junio de 2012, rec. núm. 947/2012; Galicia, de 20 de junio de 2012, rec. núm. 2834/2009.

⁶³ González González, C., “Acceso de las parejas... *op. cit.*”

⁶⁴ SSTSJ Cataluña, de 9 de julio de 2012, st. núm. 5141/2012; Cataluña, de 18 de julio de 2011, st. núm. 5148/2011; Castilla y León, de 19 de enero de 2010, rec. núm. 2098/2010; Cataluña, de 18 de noviembre de 2010, st. núm. 7528/2010; Madrid, de 8 de mayo de 2009, rec. núm. 5893/2008; Madrid, de 30 de mayo de 2009, rec. núm. 738/2008; Madrid, de 17 de diciembre de 2009, rec. núm. 3541/2009; Castilla y León, de 22 de abril de 2009, rec. núm. 541/2009; Castilla y León, de 20 de enero de 2010, rec. núm. 2133/2009; Baleares, de 30 de abril de 2009, rec. núm. 175/2009; Baleares, de 13 de noviembre de 2009, rec. núm. 380/2009; Castilla-La Mancha, de 9 de julio de 2009, rec. núm. 198/2009; Castilla-La Mancha, de 17 de septiembre de 2009, rec. núm. 165/2009; Castilla y León, de 22 de octubre de 2009, rec. núm. 677/2009; Castilla y León, de 12 de noviembre de 2009, rec. núm. 250/2009; Navarra, de 28 de julio de 2009, rec. núm. 197/2009; Madrid, de 18 de febrero de 2010, rec. núm. 5906/2009.

estima que lo importante es la existencia real de la pareja de hecho y no la forma de acreditar su existencia, por lo que la inscripción oficial tiene un simple valor *ad probationem* y no constitutivo. En otras palabras, es posible probar la realidad de la unión de hecho a través de otros medios no previstos por el legislador como puede ser la aportación de hijos comunes o la firma ante notario de un contrato de compraventa de la vivienda familiar⁶⁵ o la aportación de la cartilla de la Seguridad Social donde aparece la viuda incluida a los efectos de asistencia sanitaria⁶⁶. Es decir, el elemento constitutivo del derecho a la pensión de viudedad radica en la existencia de la pareja de hecho y no en la inscripción de ésta como tal ni en el otorgamiento de escritura pública donde conste la constitución de dicha pareja. Así también lo ha estimado el TS⁶⁷ en alguna de sus sentencias en las que la pretendida distinción entre acreditación de la existencia de la pareja de hecho y la acreditación de la convivencia es artificiosa, puesto que la pareja de hecho consiste, precisamente, en la convivencia *more uxorio*, la cual puede probarse de muchas maneras. No obstante, la jurisprudencia más reciente señala que este requisito es considerado constitutivo⁶⁸ y no susceptible de sustitución por otros medios de prueba puesto que el legislador claramente ha querido que la constitución de la pareja figure en un documento

⁶⁵ SSTSJ Baleares, de 18 de febrero de 2010, rec. núm. 561/2009; de 3 de marzo de 2010, rec. núm. 54/2010. Para fundamentar su argumentación, el TSJ recurre a la STC 199/2004, de 15 de noviembre, en la que se reconoce el derecho a pensión de viudedad pese a no haberse inscrito el matrimonio canónico del solicitante con el fallecido. Lo contrario supondría considerar inexistente un matrimonio no inscrito y negar la condición de cónyuge pese a haberse demostrado la existencia del vínculo matrimonial, lo que a juicio del TC, no resulta acorde con lo previsto en el CC.

⁶⁶ STSJ Andalucía, de 13 de abril de 2011, rec. núm. 288/2011, que considera que la cartilla de la Seguridad Social en el que aparece la inclusión de la viuda también es un documento justificativo de la constitución de la pareja de hecho.

⁶⁷ STS de 25 de mayo de 2010, rec. núm. 2969/2009. Así también lo estiman las SSTSJ Castilla y León, de 19 de enero de 2010, rec. núm. 2098/2010; Baleares, de 18 de febrero de 2010, rec. núm. 561/2009, que señala que “el elemento constitutivo del derecho a la pensión de viudedad radica en la existencia de la pareja de hecho y no en la inscripción de ésta como tal o en el otorgamiento de escritura pública donde conste la constitución de dicha pareja, pudiendo acreditarse la existencia de la pareja de hecho por otros medios que de igual modo acrediten fehacientemente su existencia con la antelación necesaria”.

⁶⁸ SSTS de 9 de octubre de 2012, rec. núm. 3600/2011; de 24 de mayo de 2012, rec. núm. 1148/2011; de 27 de junio de 2012, rec. núm. 3742/2011; de 22 de diciembre de 2011, rec. núm. 886/2011; de 20 de julio de 2010, rec. núm. 3715/2010; de 27 de abril de 2011, rec. núm. 2170/2010; auto TS de 29 de mayo de 2012. En el mismo sentido, SSTSJ Galicia, de 22 de junio de 2012, rec. núm. 3226/2012; Galicia, de 20 de junio de 2012, rec. núm. 2834/2009; Aragón, de 18 de mayo de 2011, rec. núm. 257/2011; País Vasco, de 14 de abril de 2009, rec. núm. 174/2009; La Rioja, de 18 de noviembre de 2009, rec. núm. 311/2009, que deniega la pensión de viudedad a una pareja de hecho por no haberse inscrito en el Registro correspondiente, a pesar de superar con creces el período de convivencia requerido.

público equivalente al acta de constitución de la pareja⁶⁹. Para ello, el TS⁷⁰ argumenta que el fundamento de esta doctrina se puede sintetizar en que los requisitos legales de existencia de pareja de hecho y de convivencia estable y notoria establecidos en el art. 174.3 LGSS son distintos, debiendo concurrir ambos para el reconocimiento del derecho a pensión, que las reglas de acreditación de uno y otro requisito son asimismo diferentes y que la existencia de pareja de hecho debe acreditarse mediante la inscripción en el registro específico de parejas de hecho, o bien mediante documento público en el que conste la constitución de la pareja. Y en este sentido es cuando se ha indicado que el libro de familia no sirve como prueba de la constitución de la pareja por cuanto no es ninguno de los documentos señalados por el legislador ni está previsto para acreditar otra cosa que la filiación según el art. 36 del Reglamento de Registro Civil⁷¹, al igual que tampoco se ha admitido como medio de prueba fotografías de ambos convivientes, fechadas al dorso de forma automática por la propia máquina fotográfica⁷². En definitiva, “los términos del precepto son terminantes en su claridad, y no cabe arbitrio judicial alguno sobre la forma de acreditarla”⁷³. No obstante, en un voto particular a la reciente STS⁷⁴ se inter-

⁶⁹ SSTS de 20 de julio de 2010, rec. núm. 3715/2009; de 3 de mayo de 2011, rec. núm. 2897/2010; de 17 de noviembre de 2011, rec. núm. 463/2011; de 21 de noviembre de 2011, rec. núm. 1226/2011. En el mismo sentido, SSTSJ Castilla y León, de 3 de octubre de 2012, rec. núm. 614/2012; Murcia, de 14 de septiembre de 2012, rec. núm. 131/2012; Extremadura, de 27 de septiembre de 2011, rec. núm. 369/2011; Murcia, de 7 de junio de 2010, rec. núm. 348/2010; País Vasco de 14 de abril de 2009, rec. núm. 174/2009; Andalucía, de 25 de febrero de 2009, rec. núm. 2670/2008; Asturias, de 30 de octubre de 2009, rec. núm. 1962/2009; Madrid, de 18 de febrero de 2009; Madrid, de 9 de junio de 2010, rec. núm. 6209/2009; La Rioja, de 18 de noviembre de 2009, rec. núm. 311/2009; País Vasco, de 28 de abril de 2009, rec. núm. 428/2009; País Vasco, de 27 de octubre de 2009, rec. núm. 1587/2009; Murcia, de 8 de marzo de 2010, rec. núm. 63/2010; País Vasco, de 9 de febrero de 2010, rec. núm. 3072/2009; País Vasco, de 12 de mayo de 2009, rec. núm. 608/2009; País Vasco, de 30 de junio de 2009, rec. núm. 1032/2009.

⁷⁰ STS de 30 de mayo de 2012, rec. núm. 2862/2011. De la misma manera SSTS de 20 de julio de 2010, rec. núm. 3715/2009; de 27 de abril de 2011, rec. núm. 2170/2010; de 3 de mayo de 2011, rec. núm. 2897/2010; de 9 de junio de 2011, rec. núm. 3592/2010; de 15 de junio de 2011, rec. núm. 3447/2010; de 28 de noviembre de 2011, rec. núm. 644/2011; de 20 de diciembre de 2011, rec. núm. 1147/2011; de 23 de enero de 2012, rec. núm. 1929/2011; de 26 de enero de 2012, rec. núm. 2093/2011; de 21 de febrero de 2012, rec. núm. 973/2011; de 12 de marzo de 2012, rec. núm. 2385/2011.

⁷¹ SSTS de 3 de mayo de 2011, rec. núm. 2897/2010; de 15 de junio de 2011, rec. núm. 3447/2010. En el mismo sentido, STSJ Castilla y León, de 5 de julio de 2012, rec. núm. 428/2012.

⁷² STSJ Canarias, de 28 de junio de 2010, rec. núm. 1369/2009.

⁷³ SSTSJ Asturias, de 26 de octubre de 2012, rec. núm. 2264/2012; Asturias, de 13 de octubre de 2010, rec. núm. 1707/2010. En términos similares, STSJ Andalucía, de 21 de junio de 2012, rec. núm. 947/2012.

⁷⁴ Concretamente, voto particular emitido por el profesor MANUEL RAMÓN ALARCÓN CARACUEL, en la STS de 24 de mayo de 2012, rec. núm. 1148/2011.

preta que, para acceder a la pensión de viudedad por parte de las parejas de hecho, “se puede acreditar de dos maneras: o bien mediante la convivencia ininterrumpida more uxorio de al menos cinco años que se puede probar por cualquier medio admisible en Derecho; o bien mediante su constitución formal como tal unión personal more uxorio, necesariamente a través de la inscripción en los Registros correspondientes o del otorgamiento de documento público”.

Como se aprecia, la pareja de hecho vuelve a tener un trato discriminatorio en relación con el matrimonio, pudiendo deducirse en el fondo la persistencia del prejuicio ideológico de que el matrimonio cumple una función social inexistente en las uniones de hecho⁷⁵. Con ello, se olvida que los progresivos cambios que ha venido experimentando la familia en el matrimonio de forma paralela a la consecución de mayores cotas de libertad e igualdad por parte de la mujer corren paralelos con la extensión y amplia admisión social de formas de convivencia como parejas de hecho⁷⁶, lo que permite a ésta cumplir también con eficacia la función social que tradicionalmente viene desarrollando el matrimonio. La CE acoge esa evolución, pero de forma contradictoria, pues una cosa es la existencia de una garantía institucional para el matrimonio (art. 32 CE) y otra bien distinta considerar que otras formas de unión afectiva no pueden alcanzar una garantía equivalente de la mano del legislador con fundamento, también constitucional, en la protección social, económica y jurídica de la familia, matrimonial o no, recogida en el art. 39 CE.

3.1.5. Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio

Según el art. 174.3 LGSS en las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, la consideración de la pareja de hecho y su acreditación dependerá de lo que su legislación específica establezca al respecto. Es decir, sólo el concepto de pareja de hecho y la prueba de su existencia se dejan a lo que establezca el Derecho Civil propio de las comunidades autónomas⁷⁷, pues el requisito de la convivencia estable, notoria, ininterrumpida e inmediata al fallecimiento y el período mínimo de cinco años, así como la forma de su prueba a través del certificado de empadronamiento sigue siendo de carácter común para todo el territorio nacional. No se termina de comprender bien esta distinción, pues el concepto autonómico de pareja de hecho puede estar directamente relacionado con los requisitos de inscripción registral o no o los períodos de convivencia previa que se exigen a la misma, dependiendo de la situación de una a otra comunidad.

⁷⁵ Díez-Picazo, L., Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 2006. p. 72.

⁷⁶ Giddens, A., *Sociología*. Madrid: Alianza, 1994. p. 429.

⁷⁷ Así lo reiteran también las SSTSJ País Vasco, de 14 de abril de 2009, rec. núm. 174/2009; Cataluña, de 26 de abril de 2010, rec. núm. 550/2009.

De ahí que esta previsión sea criticada, puesto que puede existir una desigual regulación de esta materia en las diferentes comunidades autónomas, que puede producir diferentes consecuencias jurídicas para los ciudadanos y los posibles beneficiarios de este tipo de prestaciones, pues las legislaciones de las comunidades autónomas oscilan entre las que siguen el criterio general, del carácter constitutivo de la inscripción registral (entre otras, Galicia⁷⁸, Aragón⁷⁹, Baleares⁸⁰, País Vasco⁸¹) y aquellas otras que admiten la simple convivencia (entre otras, Cataluña⁸², Navarra⁸³). Es decir, desde la perspectiva constitucional se puede plantear un posible incumplimiento del principio de igualdad, pues es difícilmente ajustado a este principio que unas leyes autonómicas creen los Registros de Parejas con naturaleza constitutiva, mientras que otras no.

En definitiva, con esta remisión al Derecho Foral propio se determina la existencia de un abanico de criterios diferentes a la hora de valorar la existencia de una unión de hecho y la forma de probarla a los efectos aquí considerados. De esta forma, en muchos casos, el derecho a percibir la pensión de viudedad por el supérstite de una pareja de hecho va a condicionarse a una circunstancia personal extraña al rol específico asignado por el legislador a aquella, como es la vecindad civil, pues dependiendo del lugar en el que viva, aquél puede tener o no el referido derecho. Así pues, ello puede poner en cuestión un principio básico de nuestro sistema de Seguridad Social, como es el de unidad, además del de igualdad básica de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes con independencia del territorio en que residan y más ampliamente el principio de igualdad ante la ley del art. 14 CE, pues la remisión del art. 174.3 LGSS a la legislación autonómica específica de las comunidades autónomas con Derecho Civil propio está dando lugar a que parejas de hecho que se encuentran en la misma situación reciban trato distinto según su lugar de residencia, cuando nada hubiera impedido que el legislador hubiese regulado esta materia de manera unitaria y general para todo el territorio nacional, sin distinciones territoriales.

Sin duda, el legislador estatal podría haber regulado la cuestión del concepto y de la prueba de la constitución de una pareja de hecho de la misma manera para todo el territorio nacional, al amparo del art. 149.1.17 CE, sin

⁷⁸ Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia.

⁷⁹ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que deroga la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas de hecho estables no casadas.

⁸⁰ Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables.

⁸¹ Ley 2/2003, de 7 de mayo, de las parejas de hecho.

⁸² Ley 25/2010, de 29 de julio, Código Civil de Cataluña, que deroga la anterior Ley 10/1998, de 19 de julio, de uniones estables de pareja.

perjuicio de la competencia autonómica respecto de la “*conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan*” (art. 149.1.18 CE), lo que es compatible con la legislación civil de las parejas de hecho. Al no hacerlo así, se invade la competencia exclusiva que el Estado tiene sobre la “*legislación básica de la Seguridad Social*”, y al respecto no cabe duda que el definir el supuesto de hecho que da acceso a una prestación del sistema público de Seguridad Social es legislación básica, y por tanto, debería ser de competencia exclusiva del Estado⁸⁴. Lo contrario supone introducir diferencias injustificadas en el disfrute de la citada prestación, según el lugar de residencia.

La solución a este problema de doble competencia sobre una misma materia puede verse en los criterios establecidos al respecto por la STC 71/1982⁸⁵, que indica que es el Estado el que tiene la responsabilidad de regular “*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*” (art. 149.1.1 CE), por lo que su regulación debe ser preferente, al igual que prevalece la norma especial sobre la general, lo que aquí debe determinar la aplicación de la regulación específica del art. 174.3 LGSS sobre la normativa autonómica de las parejas de hecho.

De hecho, ante la posible vulneración del principio de igualdad, el TS⁸⁶ ha planteado cuestión de inconstitucionalidad en relación al párrafo quinto del art. 174.3 LGSS por depender los requisitos exigidos para acreditar la existencia de la pareja de hecho de la Comunidad Autónoma donde se reside. Entiende el TS que las opciones del TC son, por un lado, declarar la anticonstitucionalidad del citado párrafo para evitar que los requisitos exigidos para acreditar la existencia de pareja de hecho sean diferentes según las distintas comunidades, quedando como regla única para todo el Estado la establecida en el párrafo cuarto, o bien, hacer una sentencia interpretativa que deje claro que la remisión debe entenderse hecha no al Derecho Civil propio de determinadas comunidades sino a las leyes sobre parejas de hecho de las comunidades tengan o no las mismas Derecho Civil propio, habida cuenta que todas o casi todas disponen de ese texto normativo sobre uniones de hecho, aunque en este último caso, persistirá la desigualdad dimanante de la propia diversidad de esas leyes autonómicas sobre parejas de hecho.

⁸³ Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.

⁸⁴ STC 197/1996, de 28 de noviembre.

⁸⁵ De 30 de noviembre.

⁸⁶ Auto TS de 14 de diciembre de 2011.

3.2. Requisitos económicos

Junto a los anteriores requisitos identificativos, el legislador estatal requiere también otros condicionantes específicos, no exigidos tampoco para el caso de matrimonio, de contenido económico. Concretamente, que no se superen unos determinados límites de ingresos. De esta forma, se introduce, por primera vez, en nuestro ordenamiento jurídico, el criterio de la dependencia económica del beneficiario respecto del fallecido a la hora de determinar el nacimiento o no del derecho a pensión. Una introducción que, parte de la doctrina⁸⁷, ve como un adelanto de un futuro cambio de modelo que se viene demandando desde distintos sectores y que podría afectar en el futuro a todas las pensiones de viudedad, pero que en la actualidad constituye simplemente una diferencia de trato, desfavorable para las parejas de hecho respecto a las uniones matrimoniales. Es decir, con este requisito se sigue hacia la tendencia de volver a considerar la viudedad como una pensión sustitutoria de rentas, como las demás pensiones de Seguridad Social, en vez de indemnizar un mero daño moral o afectivo⁸⁸.

Así, en primer lugar, este requisito se subdivide, por una parte, en la dependencia económica, la cual exige, por un lado, que el beneficiario acredite que durante el año natural anterior al fallecimiento del causante sus ingresos no alcanzaron el 50 % de la suma de los ingresos propios y los del causante en ese mismo lapso temporal. Al respecto, se consideran ingresos tanto los rendimientos de trabajo y de capital, como los de carácter patrimonial, en los términos en que son computados para el reconocimiento de los complementos para mínimos de pensiones, para lo cual debe acudir a la legislación fiscal, de tal forma que, por ejemplo, la pensión de invalidez absoluta queda excluida del cómputo⁸⁹. En este caso, aunque la norma no lo diga expresamente, cabe entender que se parte de la existencia de hijos comunes con derecho a la pensión de orfandad, ya que el límite de ingresos es más elevando que en el segundo supuesto, en el que sí se menciona de forma expresa la inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad. Por otro lado, podría plantearse la duda con respecto a la posibilidad de que existan hijos con derecho a la pensión de orfandad, pero que sean de uno sólo de los miembros de la pareja de hecho y convivan con el beneficiario. En tal caso, parte de la doctrina⁹⁰ considera que habría de aplicarse el mismo porcentaje del 50 % teniendo en

⁸⁷ Ballester Pastor, I., “La cuantía de la pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: cambios puntuales y entrada en juego de las uniones de hecho”, en *TS*, 2008, núm. 209. p. 69.

⁸⁸ STSJ Canarias, de 28 de junio de 2010, rec. núm. 1369/2009.

⁸⁹ STSJ Cataluña, de 27 de septiembre de 2012, st. núm. 6325/2012.

⁹⁰ Martínez Abascal, V.A., “Las parejas de hecho... *op. cit.*”

cuenta que, de no hacerse así, se produciría un trato desigual injustificado que discriminaría en el acceso a la pensión de viudedad sobre la base de que los hijos con derecho a la pensión de orfandad no fueran comunes, aunque conviviendo con el beneficiario de la pensión de viudedad. Y, por otro lado, en el caso de que no existan hijos comunes con derecho a la pensión de orfandad, el límite se reduce al 25 % de la suma de los ingresos propios y los del causante, facilitándose, de este modo, el acceso a la pensión de viudedad por la razón inversa a la apuntada para el anterior supuesto.

En segundo lugar, aparece la situación de necesidad, requisito alternativo al anterior, pues aunque se superen los anteriores límites y, por tanto, no se pueda acceder a la pensión de viudedad, también se reconoce de forma alternativa el derecho a la pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, si bien dicho límite de ingresos se incrementa en 0,5 veces la cuantía del SMI por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente. Además, a diferencia de los dos anteriores donde el requisito económico sólo se exige en el momento en que fallezca el causante, pero no durante el período de percepción de la pensión, en este tercer supuesto, el requisito económico debe mantenerse durante todo el período de percepción de la pensión de viudedad.

Como se observa, en el caso de las parejas de hecho, donde se ponen unos topes para poder acceder a la pensión de viudedad, se desprende que la misma tiene una finalidad compensatoria de un daño derivado de la falta de ingresos del causante, objetivo que fijó en su momento el TC para la pensión de viudedad sin consideración alguna, por tanto, a la situación de necesidad real del beneficiario. Pero esta finalidad no tiene una justificación objetiva y razonable, lo que conduce a su carácter discriminatorio, pues la finalidad de compensar aquel daño se instrumenta en este caso mediante la fijación del referido límite de ingresos, o que genera unos efectos desproporcionados pues en unos casos resultarán protegidos beneficiarios cuando la pareja de hecho haya contado con elevados ingresos y en otros, quedarán fuera de protección beneficiarios en el supuesto nada inverosímil de que sus ingresos resulten escasos. Es decir, el requisito del desequilibrio económico pondera los efectos que produce la muerte del causante en la pareja que le sobrevive y opera con independencia de si existe o no realmente un estado de necesidad por parte de esta persona, que puede tener ingresos propios más que suficientes, siempre y cuando no alcancen, en relación con los del causante, el porcentaje fijado por la ley. De esta forma, la pensión de viudedad se asemeja a la pensión civil compensatoria, aunque no exige la permanencia del desequilibrio, pues cumplido el requisito en el momento del hecho causante, el conviviente supérstite mantendrá el derecho a la pensión con independencia de su situación económica posterior que puede mejorar sustancialmente sin que ello produzca la extinción de la

pensión. Y para el caso de que la muerte del causante no produzca un desequilibrio económico, el legislador ofrece una segunda vía para acceder a la pensión de viudedad, vía que sí pondera la existencia de una situación de insuficiencia de recursos, propia de la protección asistencial. De ahí, que se haya dicho que, en estos casos, se está ante un supuesto típico de “asistencialidad contributiva pura”⁹¹, aunque el carácter “asistencial” opera en el acceso a la protección y no en su contenido. De acuerdo con esta naturaleza “híbrida”, el legislador exige que el límite de rentas se cumpla durante todo el período de percepción de la pensión, de forma que si en algún momento se superara, el beneficiario perdería la prestación. Lo que no precisa la ley es si, en estos casos, el derecho a la pensión se extingue o tan sólo se suspende.

Por otro lado, con el establecimiento de estos límites económicos se vuelve a producir una situación discriminatoria en relación con el matrimonio, pues teniendo la pensión de viudedad la misma finalidad para ambas instituciones, sin embargo, para que la pareja de hecho pueda ser beneficiaria se le exige un requisito económico inexistente para el caso de matrimonio, con lo cual, induce a pensar en que, con ello, se está tratando de limitar el coste económico derivado del reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho. No obstante, el tercer supuesto trata de moderar, en cierta forma, el efecto excluyente que puede tener la aplicación de los límites de ingresos en los dos supuestos anteriores, cuando tales límites no alcancen la suma de los ingresos de aquél y del causante durante el año anterior al fallecimiento y, por tanto, el beneficiario no pueda acceder por esa vía a la pensión de viudedad. Bajo esta finalidad moderadora, la acreditación de un nivel de ingresos aproxima la pensión de viudedad a la situación de necesidad real del beneficiario y ello resulta positivo bajo el prisma del principio de igualdad sustancial, lo que no debe confundirse con la necesidad de recuperar el carácter de renta de sustitución de la pensión.

4. CONCLUSIÓN Y AVANCE EN LA IGUALDAD DE LAS PAREJAS DE HECHO

En los últimos años el aumento de las uniones de hecho o de las parejas no casadas y su aceptación social es un ejemplo del profundo cambio operado en la concepción de la familia en nuestra sociedad. Su evolución ha ido acoplándose a nuevas fórmulas de convivencia, más acordes con el desarrollo de la personalidad y la libertad individual. Se puede detectar el reconocimiento cada vez más importante de las uniones de hecho como grupo familiar que desarrolla

⁹¹ López Terrada, E., Sala Franco, T., Roqueta Buj, R., López Balaguer, M., *La ley de medidas en materia de Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2008. p. 110.

una comunidad de vida estable entre sus integrantes, incluso por el TC⁹², el cual destaca la importancia de las uniones de hecho en la sociedad actual como una forma más de familia, merecedora de protección.

De ello, se desprende que la concepción tradicional que se mantenía de que el matrimonio era la única forma de constitución familiar está en claro retroceso. Hoy día, una vez superada la concepción tradicional de familia, cada vez, es mayor el número de personas que reclaman un mayor reconocimiento jurídico de la familia constituida por la pareja de hecho, rechazando el tratamiento privilegiado de la unión matrimonial frente a la no matrimonial, argumentando sus propuestas en base a los arts. 1.1, 9.2, 10.1 y 14 CE así como los valores superiores del ordenamiento jurídico, como son la libertad, la justicia y la igualdad. Asimismo, cabe añadir que el art. 39.1 CE contiene el mandato dirigido a los poderes públicos de proteger de forma integral a la familia, ya sea matrimonial o no matrimonial.

Por todo ello, el sistema de protección social ha de adaptarse también al nuevo modelo social y al sistema de protección del art. 41 CE, que tiende a garantizar prestaciones adecuadas a las situaciones de necesidad y al modelo constitucional de familia, matrimonial y no matrimonial, abierto y plural, que debe ser objeto de protección por parte del sistema público de Seguridad Social.

Con la reforma llevada a cabo en 2007 se ha intentado actualizar la legislación social a esta nueva sociedad, incluyendo también a las parejas de hecho como posibles receptoras de la pensión de viudedad, pero no se han equiparado con totalidad a los matrimonios, pues, como se ha observado, además de los requisitos generales exigidos para los matrimonios, se han añadido otros específicos que limitan, en cierta forma, el acceso de cualquier pareja de hecho a esta prestación. De hecho, sólo tienen acceso a esta prestación las parejas de hecho que reúnan una serie de requisitos formales y de convivencia, así como un desequilibrio económico o estado de necesidad, requisitos que no se exigen cuando se trata de matrimonio. En definitiva, la pensión de viudedad que la norma establece no es a favor de todas las parejas “de hecho” con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas de hecho “registradas” y que asimismo cumplan el requisito convivencial, lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho únicamente corresponde a las “parejas de derecho” y no a las genuinas “parejas de hecho”⁹³. Estas diferencias en el acceso a la protección, a mi parecer, y al de parte de la doctrina⁹⁴ lleva

⁹² STC 222/1992, de 11 de noviembre.

⁹³ STS de 24 de mayo de 2012, rec. núm. 1148/2011; SSTSJ Castilla y León, de 3 de octubre de 2012, rec. núm. 614/2012; Andalucía, de 21 de junio de 2012, rec. núm. 947/2012; Galicia, de 22 de junio de 2012, rec. núm. 3226/2012; Galicia, de 20 de junio de 2012, rec. núm. 2834/2009.

⁹⁴ Lamarca i Marqués A., Alascio Carrasco, L., “Parejas de hecho y pensión de viudedad”, en *Indret*, 2007, núm. 4. p. 26.

a apreciar un trato desigual no justificado, lo que constituiría una vulneración del art. 14 CE⁹⁵, pues el hecho de que la Ley 40/2007 establezca más requisitos para las parejas de hecho, a mi parecer, va en contra del principio de igualdad, dado que una vez que el legislador reconoce la pensión de viudedad a la unión de hecho, estos requisitos no pueden configurarse de modo desigual en relación con el matrimonio, pues ese desigual trato carece de una justificación objetiva y razonable atendiendo a la finalidad de la citada prestación, cual es la de compensar la situación de necesidad sobrevenida con la muerte del causante, finalidad que excluye la consideración de la clase de vínculo de convivencia como factor diferenciador del que pueda derivarse un trato peyorativo para las parejas de hecho.

Recientemente, nuestro TC⁹⁶ se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del apartado c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, que exige el requisito de haber tenido hijos comunes con el causante para acceder a la prestación de viudedad respecto a hechos causantes anteriores al 1 de enero de 2008, por infringir el principio de igualdad del art. 14 CE, en tanto que excluye del acceso a esta prestación a las parejas de hecho del mismo sexo cuando el hecho causante se haya producido antes de la posibilidad legal de adopción.

Al respecto, el TC señala que no debe perderse de vista que el carácter retroactivo del derecho a la pensión de viudedad es un acto discrecional del legislador, por lo que es admisible que los requisitos exigidos sean diferentes y más restrictivos que los previstos para el régimen general. Pero, el problema no es que el régimen sea diferente, sino que pueda ser arbitrario. Y aquí surge la duda, porque, aunque formalmente la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 no diferencia entre parejas heterosexuales y homosexuales, lo cierto es que el requisito de tener hijos comunes resulta de difícil cumplimiento para las parejas del mismo sexo. De ahí que se haya planteado si se vulnera el art. 14 CE en relación con las parejas homosexuales, pues se trata de “un requisito de imposible cumplimiento para las parejas de hecho homosexuales masculinas y, por ello, comportar un trato desfavorable por causa de orientación sexual, expresamente prohibido por aquel precepto constitucional”⁹⁷.

⁹⁵ El voto particular formulado por el profesor Alarcón Caracul en la STS de 24 de mayo de 2012, rec. núm. 1148/2011, indica que el hecho de que el legislador solamente haya concedido la pensión de viudedad a las “parejas de derecho”, y no a las “de hecho”, “ello debería llevar a plantear la cuestión de inconstitucionalidad por un indebido trato desigual respecto a las uniones matrimoniales”.

⁹⁶ STC 41/2013, de 14 de febrero.

⁹⁷ Auto del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, de 11 de noviembre de 2008, que señala que la citada disposición adicional comporta un trato desfavorable por causa de orientación sexual, toda vez que el requisito de haber tenido hijos en común que establece la citada disposición para poder causar derecho a la pensión de viudedad en supuestos de parejas de hecho en las que el fallecimiento del causante se produjo antes del 1 de enero de 2008, resulta de muy

Para responder a esta posible inconstitucionalidad el TC, a pesar de que la cuestión de inconstitucionalidad promovida⁹⁸ alegaba una posible vulneración del art. 14 CE por discriminación por orientación sexual, analiza dicha constitucionalidad en relación al principio de igualdad del art. 14 CE. Así, en primer lugar, el TC recuerda que, según ha venido declarando, la exigencia de vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad no pugna con el art. 14 CE, toda vez que el “matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes”⁹⁹. Por consiguiente, nada se opone constitucionalmente “a que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de esa diferente situación de partida”¹⁰⁰. En definitiva, “la exclusión de las parejas de hecho de la protección dispensada en materia de pensión de viudedad por el sistema público de Seguridad Social no resulta contraria a la Constitución”¹⁰¹. Así, el TC legitima plenamente al legislador en el establecimiento de los requisitos que estime convenientes, y en la extensión de los beneficios de la pensión de viudedad a las parejas de hecho estables, sin que tenga que llegar a su plena equiparación con los matrimonios.

En segundo lugar, el TC analiza su fundamento e indica que, aunque en su configuración actual, la pensión de viudedad no tenga por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o dependencia económica, sino más bien compensar un daño producido por la minoración de ingresos al fallecer el causante, sin embargo, ello no impide que el legislador pueda, en el futuro, ir configurándola hacia otra finalidad, condicionando así su reconocimiento a la existencia de un estado real de necesidad económica, tal y como lo ha hecho así para las parejas de hecho con la Ley 40/2007.

En tercer lugar, el TC señala, bajo el principio de igualdad del art.14 CE, que no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del citado precepto, sino sólo las que introducen diferencias entre situaciones iguales sin que tengan una justificación objetiva y

difícil o imposible cumplimiento para las parejas de hechos homosexuales. Pues, además de la imposibilidad biológica, ha de tenerse en cuenta que el derecho de las parejas del mismo sexo a la adopción conjunta y la adopción individual del hijo del convivientes sólo ha sido reconocido de manera reciente en algunas comunidades autónomas. Por tanto, este requisito, aparentemente neutral, supone así un trato discriminatorio para las parejas del mismo sexo.

⁹⁸ Cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona.

⁹⁹ STC 184/1990, de 15 de noviembre.

¹⁰⁰ STC 184/1990, de 15 de noviembre.

¹⁰¹ STC 41/2013, de 14 de febrero.

razonable. Es decir, el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.

Por tanto, el TC señala que este requisito del apartado c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, que exige el tener hijos comunes es inconstitucional, en base, principalmente, a dos motivos. Por un lado, porque dicho requisito no constituye un indicador inequívoco de la existencia efectiva de la relación de convivencia *more uxorio* -tal y como habían indicado el Fiscal General y el Abogado del Estado en sus escritos de alegaciones ante el TC, donde señalaban que su fin es evitar posibles reclamaciones abusivas o fraudulentas-, pues ni la circunstancia de tener hijos en común acredita una mayor estabilidad a la unión de hecho, ni dicha circunstancia es el único medio de prueba para acreditar la solidez de la unión. Es más, el apartado b) de la citada disposición exige, como requisito independiente para acceder a la prestación, la convivencia ininterrumpida durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento, lo cual constituye una clara prueba de estabilidad de la unión de hecho. Por otro lado, el TC señala que la mayor situación de dependencia económica que puede suponer la existencia de hijos en común de la pareja de hecho tampoco constituye justificación objetiva y razonable de dicho requisito, porque en el mismo únicamente se exige que hayan tenido “*hijos comunes*” sin diferenciar entre que sean menores o mayores de edad, o en situación de dependencia económica o no, o incluso si sobreviven al causante o han fallecido, de tal forma que, tal y como está redactado este requisito, no da a entender que ello genera una mayor dependencia económica.

En suma, el TC considera que esta diferencia de trato que establece el citado apartado c) “se revela así carente de una justificación objetiva y razonable, porque no responde a la finalidad de la pensión (contributiva) de viudedad configurada por la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 (referida a hechos causantes acaecidos antes de su entrada en vigor, de ahí su carácter excepcional) que no es propiamente la de atender a una real situación de necesidad o de dependencia económica, asegurando un mínimo de rentas, sino más bien resarcir frente a la que se produce al actualizarse la contingencia (la muerte del causante), por la falta o minoración de ingresos de los que participada el supérstite, otorgando a tal efecto una pensión que depende en su cuantía de las cotizaciones efectuadas por el causante al régimen de Seguridad Social correspondiente”¹⁰².

¹⁰² STC 41/2013, de 14 de febrero de 2013.

Por último, el TC sostiene que este requisito, además, resulta de imposible cumplimiento, por razones biológicas, para las parejas de hecho, ya sean del mismo o diferente sexo que no han podido tener hijos por razones de infertilidad, teniendo en cuenta, también, que la posibilidad de adopción de niños por las parejas de hecho ha estado vetada en nuestro ordenamiento jurídico hasta fechas relativamente recientes.

De ahí, que el TC declara que la letra c) de la citada disposición, referida a la exigencia de que las parejas de hecho, cuyo causante ha fallecido antes del 1 de enero de 2008, puedan acceder a la prestación por viudedad, es nula por inconstitucional, por vulnerar el principio de igualdad del art. 14 CE¹⁰³. Con esta sentencia se da un paso más hacia la equiparación de las parejas de hecho y del matrimonio en el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social, aunque todavía, el legislador prevé diferentes requisitos para el matrimonio y para las parejas de hecho, como se ha visto a lo largo de este estudio.

¹⁰³ No obstante, hay un voto particular que entiende que este requisito es razonable atendiendo a “los limitados recursos económicos del sistema de Seguridad Social. Haber tenido hijos en común implica la existencia de mayores cargas familiares, anteriores y/o posteriores al hecho causante, cuya atención incide en todo caso sobre la capacidad económica del superviviente. Su valoración por el legislador, por tanto, encaja perfectamente en la lógica de esta prestación dirigida a compensar el daño que la muerte del causante produce en el beneficiario por la falta o minoración de ingresos de los que participaba”. Además, considera que se trata de un indicio probatorio concluyente de la existencia de la pareja de hecho.

Mercado de Trabajo

INSTALADOS EN LA RECESIÓN ECONÓMICA. ANÁLISIS DE COYUNTURA DEL MERCADO DE TRABAJO EN EL SEGUNDO SEMESTRE DE 2012*

SANTOS M. RUESGA BENITO

Catedrático de Economía Aplicada. Universidad Autónoma de Madrid

JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO

Catedrático E.U. de Economía Aplicada. Universidad de Sevilla

LAURA PÉREZ ORTIZ

Prof. Asociada de Economía Aplicada. Universidad Autónoma de Madrid

MANUEL PÉREZ TRUJILLO

Becario FPI en la Universidad Autónoma de Madrid

EXTRACTO

Palabras Clave: Informe económico, mercado de trabajo, recesión, 2012

A lo largo de 2012, España experimenta una profundización en la recesión económica que está sufriendo. Durante los cuatro trimestres de este año, no se han visto cifras positivas de crecimiento, sino una caída constante. La misma tendencia se observa en el resto de economías europeas, que en la última parte del año están adentrándose, o van camino de caer, de nuevo en la recesión. Como consecuencia de esta evolución, el deterioro del mercado de trabajo español sigue aumentando. Cae la ocupación y aumenta el desempleo hasta casi seis millones de personas, alcanzándose la tasa de paro más elevada de los registros de la EPA (26,02%). En el presente trabajo se presenta una panorámica sobre la evolución de la economía y el mercado de trabajo en España en el segundo semestre de 2012. El artículo también recoge un epígrafe dedicado al análisis de la evolución de las variables económicas y laborales más relevantes en Andalucía.

ABSTRACT

Key Words: Labour Market, 2012, recession

Spanish economy is suffering a deep economic recession in 2012. No economic growth has been observed in this year. On the contrary, a constant decay of economic activity can be found. It is a similar tendency to that shown in other European countries which, during the second half of the year, are facing a new period of recession. As a result, deterioration of Labour Market in Spain is increasing: total employment is declining and the number of unemployed in the fourth quarter of 2012 is almost 6 millions. Unemployment rate has reached a new record of 26.02%. The paper presents an overview of the evolution Spanish economy in the European context and of the most important labour market variables in the second semester of 2012. The article also pays attention to the situation of the economy and the labour market in Andalusia in the same period.

* El informe ha de considerarse cerrado con los datos disponibles a 31 de enero de 2012.

ÍNDICE

1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL
2. LA OFERTA DE TRABAJO
3. LA DEMANDA DE TRABAJO
4. LA DINÁMICA DEL DESEMPLEO
5. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

Se profundiza la recesión económica en el año 2012. Durante los cuatro trimestres del año, no se han visto cifras positivas de crecimiento, sino una caída constante. La misma tendencia se observa en el resto de economías europeas, que en la última parte del año 2012 están adentrándose, o van camino de caer, de nuevo en la recesión.

Cuadro macroeconómico, por el lado de la demanda y de la oferta, tasas de variación interanual

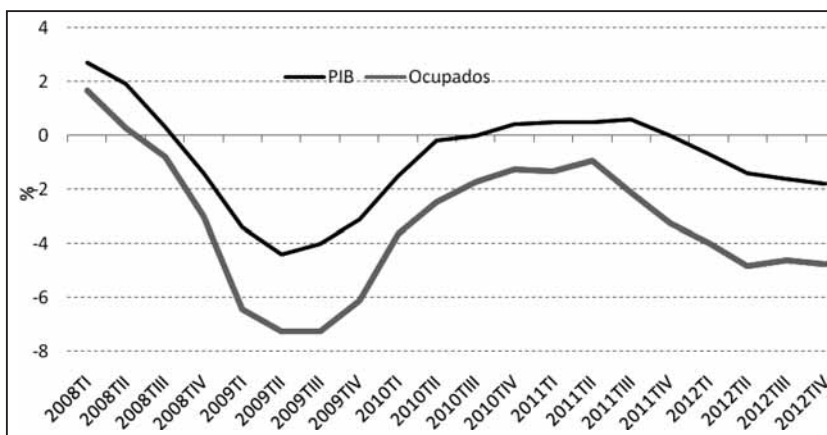
		1 T- 20	2 T- 20	3 T- 20	4 T- 20	1 T- 12	2 T- 12	3 T- 12
DEMANDA	Gasto en consumo final	0,6	-0,8	-1,0	-2,1	-1,9	-2,3	-2,5
	Formación bruta de capital fijo	-6,0	-4,9	-4,2	-6,0	-7,5	-9,2	-9,9
	Exportaciones	10,2	7,1	7,6	5,8	2,4	2,9	4,3
	Importaciones	4,5	-1,6	-1,2	-4,9	-5,8	-5,1	-3,5
PIB pm		0,5	0,5	0,6	0,0	-	-	-
OFERTA	Agricultura, ganadería y pesca	8,1	8,2	8,7	7,8	2,8	2,5	2,6
	Industria	5,8	2,4	2,5	0,2	-3,4	-3,3	-3,0
	Construcción	-8,6	-6,1	-4,3	-4,5	-7,5	-7,2	-9,6
	Servicios	1,3	1,6	1,6	1,1	0,8	-0,3	-0,5
	- Comercio, transporte y hostelería	1,8	2,0	1,0	-0,2	0,2	-1,3	-1,0
	- Información y comunicaciones	4,1	3,6	4,3	3,7	1,8	0,8	0,8
	- Actividades financieras y de seguros	-6,5	-4,9	-3,4	0,4	3,0	2,1	-0,2
	- Actividades Inmobiliarias	2,8	2,3	2,9	2,8	2,1	1,7	2,1
	- Actividades profesionales	2,9	3,1	3,6	3,4	0,5	-1,6	0,5
	- Admón. pública, sanidad y educación	1,1	1,8	1,3	0,3	0,5	0,0	-1,5
	- Act. artísticas, recreativas y otros servicios	-0,3	0,1	3,1	2,9	1,3	-1,0	-0,9
	Impuestos netos sobre productos	-4,7	-5,3	-6,0	-5,9	-0,6	-0,5	-0,2

Fuente: Elaboración propia a partir de *Contabilidad Nacional Trimestral de España*, INE.

En España, el cuadro macroeconómico, por el lado de la oferta, señala a la construcción como la rama que presenta una mayor caída (del 9,6 por ciento interanual, en el tercer trimestre de 2012); la industria también ha registrado variaciones interanuales negativas durante todo el año, aunque la caída es de menor intensidad; por su parte, el sector agrícola reduce su ritmo de crecimiento, por debajo del 3 por ciento interanual. Dentro del sector servicios únicamente las ramas de información y comunicaciones y de actividades inmobiliarias han permanecido con variaciones positivas durante todo el año. Las actividades financieras y de seguros y la Administración pública, sanidad y educación decrecen en la segunda mitad del año.

A pesar o mejor gracias a la reforma laboral de comienzos de 2012, la destrucción de empleo que acompaña a esta débil actividad económica no cesa. Más bien, al contrario: si en la fase de mayor destrucción de empleo (el año 2009), la relación entre la caída del PIB y la pérdida de ocupados era de casi el doble, en el año 2012, esta relación se ha incrementado, pasando casi al triple de empleos perdidos por cada punto de pérdida del PIB.

Tasas de variación anual del PIBpm real y de los ocupados



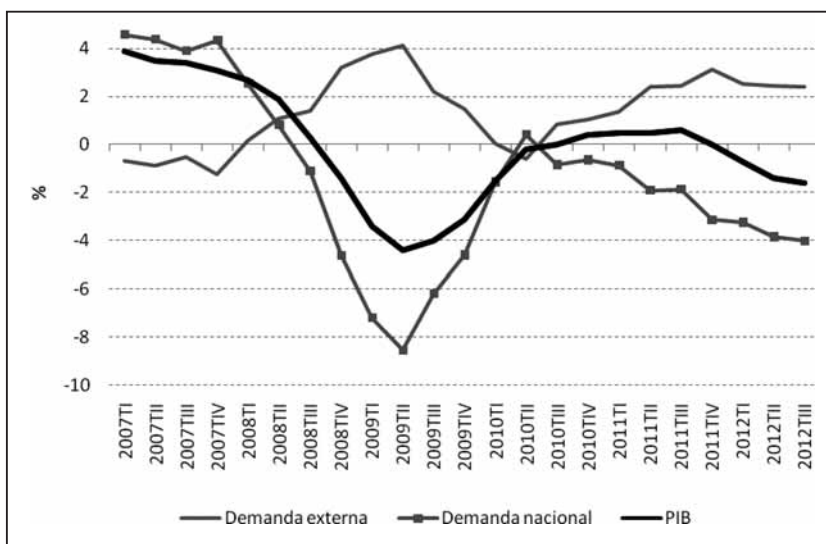
Fuente: Elaboración propia a partir de *Contabilidad Nacional Trimestral de España y Encuesta de Población Activa* (INE).

En este contexto de recaída de la actividad económica y de aceleración en la destrucción de empleo, una de las opciones que se plantean como motor de la economía, que permita la salida de esta situación de crisis, es la recuperación e impulso del sector exterior.

Desde que se iniciara la crisis financiera internacional, trasladándose a la actividad económica real casi inmediatamente, y, en España, sobre todo, al mercado de trabajo, la aportación de la demanda externa ha permitido que la caída del PIB no haya sido tan pronunciada como sucedió en otros países europeos (véase el ejemplo de Alemania, Francia o Italia).

En España, el sector exterior toma el relevo de la demanda nacional cuando ésta entra en declive. Ha tenido siempre efectos contracíclicos, compensando el sector exterior la falta de demanda en el interior del territorio. Y esto es lo que ha sucedido en la actualidad.

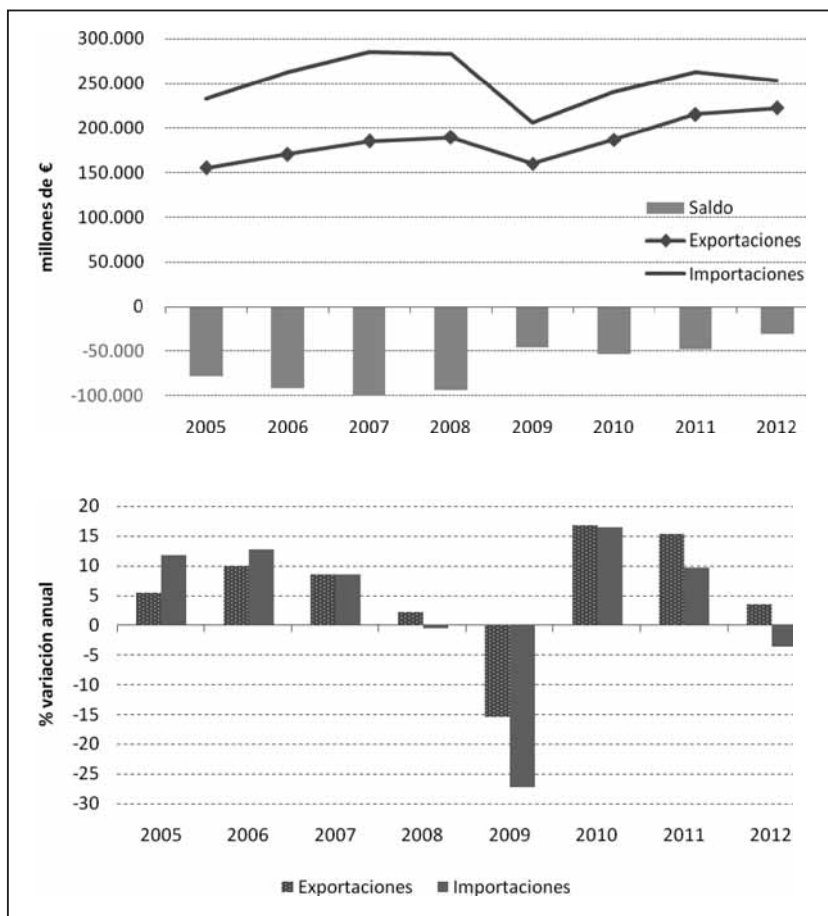
Contribución al crecimiento de la demanda nacional y externa (en puntos porcentuales)



Fuente: Elaboración propia a partir de *Contabilidad Nacional Trimestral de España* (INE).

La diferencia con 2009, año de mayor gravedad de la recesión, es que parece estar frenándose la aportación también de la demanda externa, al mismo tiempo que entran en recesión el resto de las economías europeas.

Evolución del comercio exterior

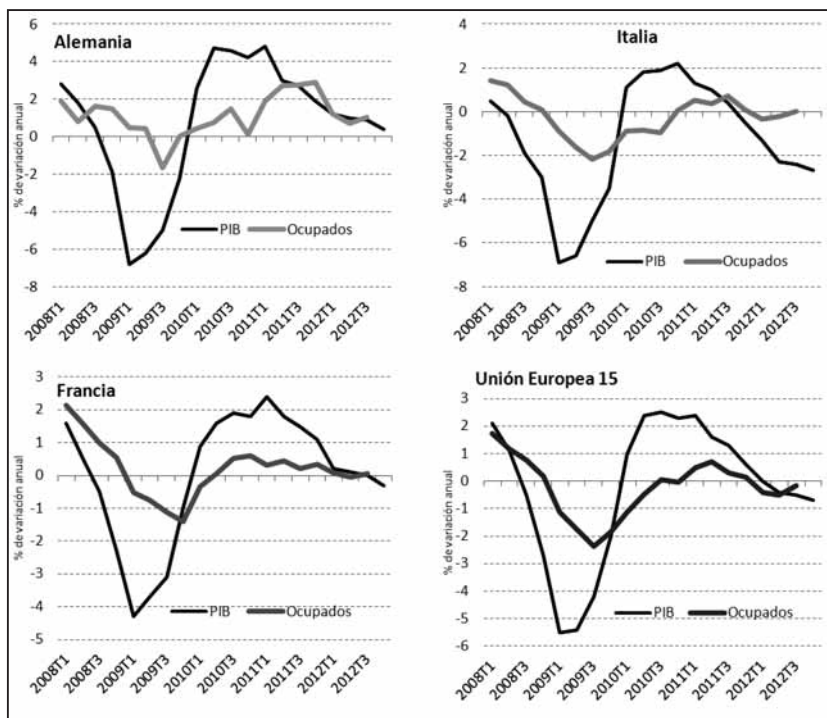


Fuente: Elaboración propia a partir de *Informe mensual de comercio de comercio exterior, diciembre de 2012*, Ministerio de Economía y Competitividad.

En España, no sólo se ha reducido el ritmo de crecimiento de las exportaciones, sino que han disminuido las importaciones, por la debilidad de la demanda nacional, provocada por un constante aumento del desempleo, a lo que se ha unido una rebaja salarial, lo que ha hecho caer la renta disponible de los hogares). El equilibrio en el saldo comercial exterior se va a lograr por la vía de menores importaciones, antes que por un incremento espectacular de las exportaciones.

Teniendo en cuenta la distribución geográfica de nuestras exportaciones, resulta difícil pensar que serán el motor de la economía, es decir, que permitirán la recuperación de la actividad económica en nuestro país, con la enorme dependencia europea, que va camino de nuevo a la recesión.

Tasas de variación anual del PIB real y de los ocupados



Fuente: Elaboración propia a partir de *NationalAccounts* y *LabourForceSurvey*, Eurostat.

Cierto es que ha ido disminuyendo dicha dependencia, pasando de exportar el 77,4 por ciento de nuestros productos a Europa, en el año 2005, a sólo el 68,9 por ciento en el año 2012. Pero aun así, a Francia se dirige un 16,2 por ciento del total de exportaciones: eso supone más de lo que se le exporta a toda América (un 10,9 por ciento) en el año 2012; a Alemania, un 10,5 por ciento, casi tanto como a toda América; a Portugal, un 6,9 por ciento, más que a toda África (un 6,8 por ciento); y a Italia, un 7,4 por ciento, casi tanto como a Asia (un 8,5 por ciento de las exportaciones).

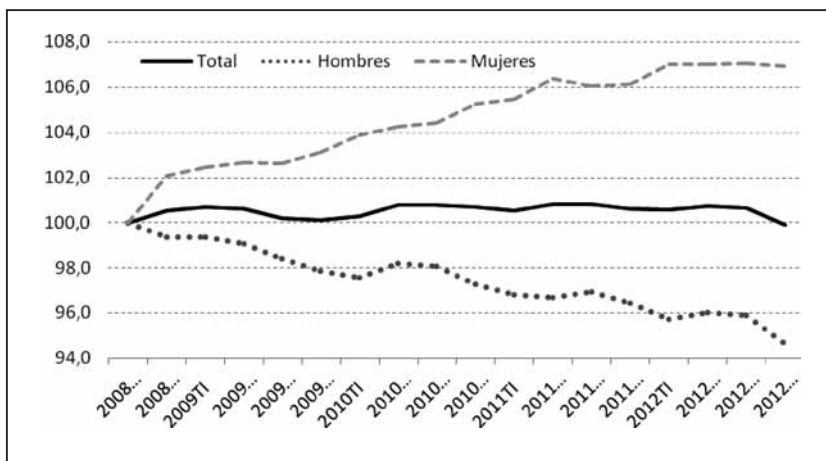
Y son estas economías europeas las que están en recesión (Italia y Portugal) o se acerca a ella (Francia y Alemania). Y si todos los países se encuentran en la misma situación, recesiva, ¿cuál será el motor de la economía? Sólo cabe pensar en una mayor inversión, a la que tampoco parece que apunten los datos, para recuperar la senda de crecimiento.

Por lo tanto, el contexto económico no permite ser optimistas para los próximos trimestres: tanto en España como en el resto de Europa se espera otro año complicado, con muy bajo nivel de actividad económica. Mal momento para el empleo.

2. LA OFERTA DE TRABAJO

En el cuarto trimestre de 2012 se ha producido la primera caída de población activa, en términos absolutos, desde que estallara la crisis en el mercado de trabajo, allá por el tercer trimestre de 2008. Por primera vez, la población activa está por debajo del total de oferta laboral que había en 2008. Las 22.922.400 personas que, a finales de 2012, participan en el mercado de trabajo, suponen una reducción del 0,1 por ciento frente al tercer trimestre de 2008. Ciertamente es que en términos interanuales ya se habían recogido varios trimestres de caídas, pero es a finales de 2012 donde se constata la reducción en el número de activos respecto al inicio de la crisis.

Evolución de activos según sexo (índice 3T2008=100)



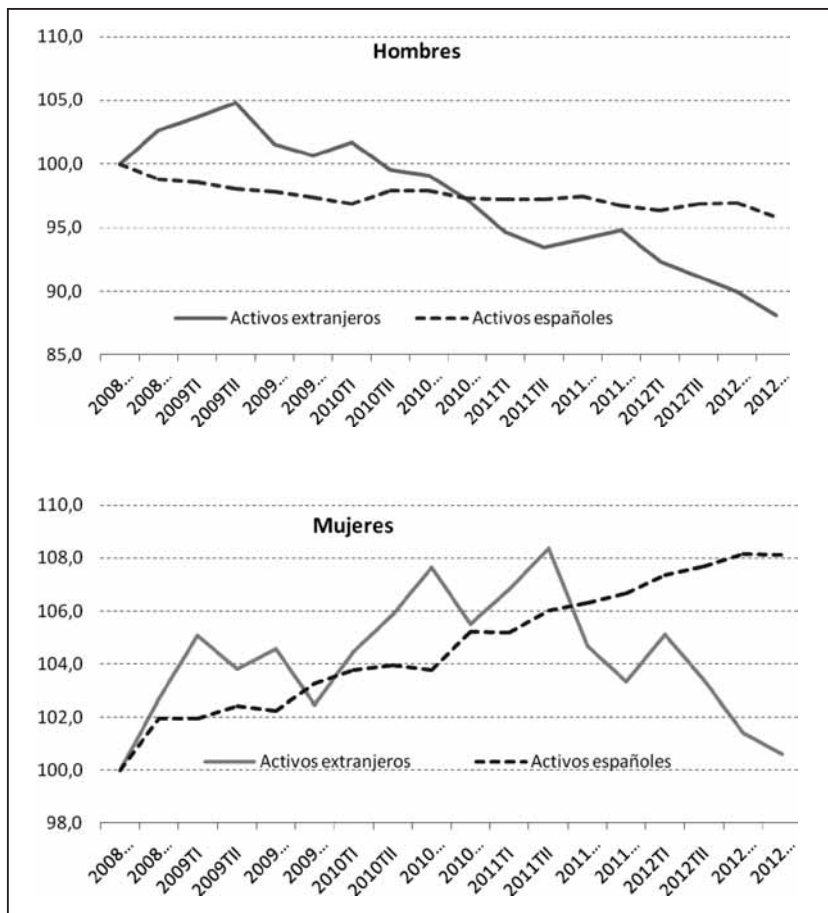
Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa*, INE.

La diferente evolución de la población activa por sexos se ha mantenido hasta el segundo semestre de 2012, donde el anterior ritmo creciente de la población femenina se estabiliza y parece que cambia de tendencia. Por el contrario, la población activa masculina continúa su línea descendente en todo el periodo de crisis, incluso con más intensidad en esta última etapa.

Son los hombres activos, tanto nacionales como extranjeros, los que han ido abandonando el mercado de trabajo: por un lado, por la caída en la población (menor afluencia de población extranjera, menores índices de natalidad y mayor salida de población nacional hacia el exterior), pero también por un efecto desánimo más acusado entre los hombres que entre las mujeres, fenómeno que se ha venido observando desde que estallara la crisis, y por una vuelta a los estudios y la formación de buena parte de los hombres nacionales.

En el caso de las mujeres, se distingue claramente entre nacionalidades: las mujeres activas extranjeras han tenido un comportamiento creciente hasta mediados del año 2012, y desde entonces, parece que al igual que los hombres, comienzan a abandonar el mercado de trabajo. Las mujeres activas de nacionalidad española no han dejado de incorporarse al mercado de trabajo, ni siquiera, en el último periodo.

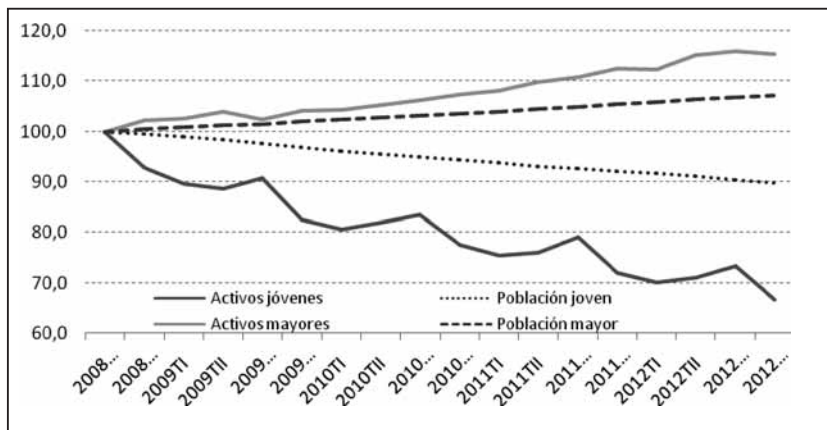
Evolución de activos por sexo y nacionalidad (índice 3T2008=100)



Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa*, INE.

En cuanto a las edades, de nuevo se observa una fuerte distinción entre los jóvenes y los activos de más edad: son los jóvenes los que se han retirado del mercado de trabajo, mientras los trabajadores de más edad (mayores de 55 años) no han cesado de participar en el mismo. Esto, unido a la propia evolución de la población (envejecimiento) hace que se acentúen las diferencias entre los grupos de edad.

Evolución de población y de activos por grupo de edad (índice 3T2008=100)



Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa*, INE.

La tendencia de la población total marca una primera señal: hay un envejecimiento claro (disminuye la población menor de 16 años, fenómeno que se acentúa por el estancamiento, sino retroceso, de la llegada de inmigrantes), a lo que se une un efecto desánimo más acentuado entre los hombres que entre las mujeres: la proporción de jóvenes inactivos que, en el cuarto trimestre de 2012, la Encuesta de Población Activa clasifica como desanimados es del 2,7 por ciento entre los hombres (0,9 por ciento en el tercer trimestre de 2008) y del 1,5 por ciento entre las mujeres inactivas jóvenes (1,2 por ciento en el tercer trimestre de 2008).

3. LA DEMANDA DE TRABAJO

El 10 de febrero de 2012 se aprobó el Real Decreto Ley 3/2012, de medidas urgentes de reforma del mercado laboral (convertido en Ley 3/2012, de 6 de julio), por el que se cambiaban los tipos de contratación y las causas de extinción de los contratos, así como la posibilidad modificación de las condiciones de trabajo por parte de los empleadores.

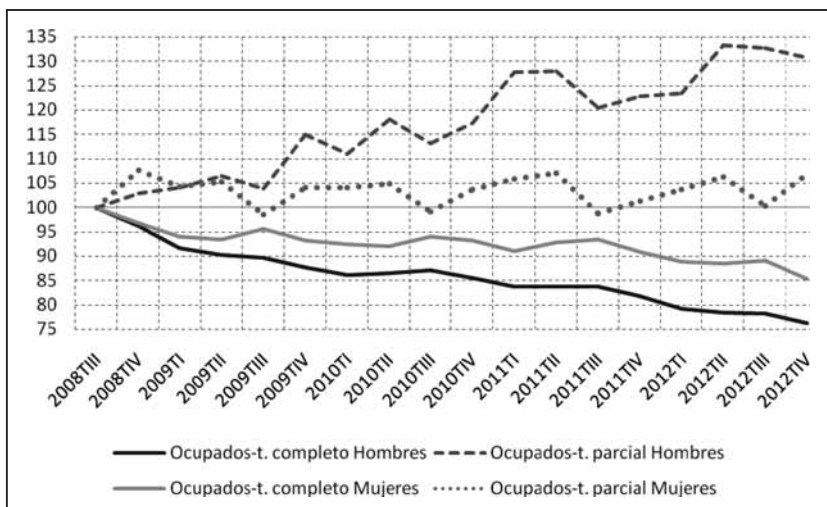
El año que se cumple desde la entrada en vigor dedicha reforma laboral no hace sino confirmar que no son las modificaciones normativas las que crean empleo, sino la actividad económica: en el último año hay 850.400 ocupados menos, una reducción del 4,5 por ciento.

La evolución del número de ocupados, atendiendo al tipo de jornada, marca una doble tendencia: desde que se iniciara el periodo de crisis económica, ha descendido el número de ocupados a tiempo completo en un 17,4 por ciento (3.098.600 menos

en el año 2012 respecto al año 2008), tanto entre los hombres (una reducción del 21,6 por ciento) como entre las mujeres (un 10,2 por ciento menos).

Por el contrario, se ha observado un importante aumento de los hombres ocupados a tiempo parcial, del 27,4 por ciento (aunque en términos absolutos apenas supone un incremento de 134.800 ocupados más con esta jornada). En el caso de las mujeres, la evolución cíclica (cae el número de ocupadas a tiempo parcial en el tercer trimestre de cada año, coincidiendo con la época estival y con un repunte en los mismos trimestres de las mujeres ocupadas a tiempo completo, especialmente, en el sector servicios) señala cierta estabilidad en el número de ocupadas a tiempo parcial (son apenas un 0,6 por ciento menos que en 2008, es decir, 11.900 menos).

Evolución de los ocupados por jornada y sexo (3T-2008=100)



Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa*, INE.

Todo ello ha elevado la tasa de empleo a tiempo parcial en casi tres puntos desde 2008 (del 12 al 14,7 por ciento de los ocupados), especialmente entre los hombres (que pasan de ser un 4,2 a un 6,6 por ciento los ocupados a tiempo parcial), aunque también entre las mujeres (del 22,7 al 24,5 por ciento de las ocupadas trabaja a tiempo parcial).

Otra de las características que dota de flexibilidad al mercado de trabajo (aparte de la dedicación temporal) es la elevada temporalidad que ha caracterizado al mercado laboral español. Desde el tercer trimestre de 2008 se observó una clara tendencia a la reducción de dicha tasa, a la par que descendía la acti-

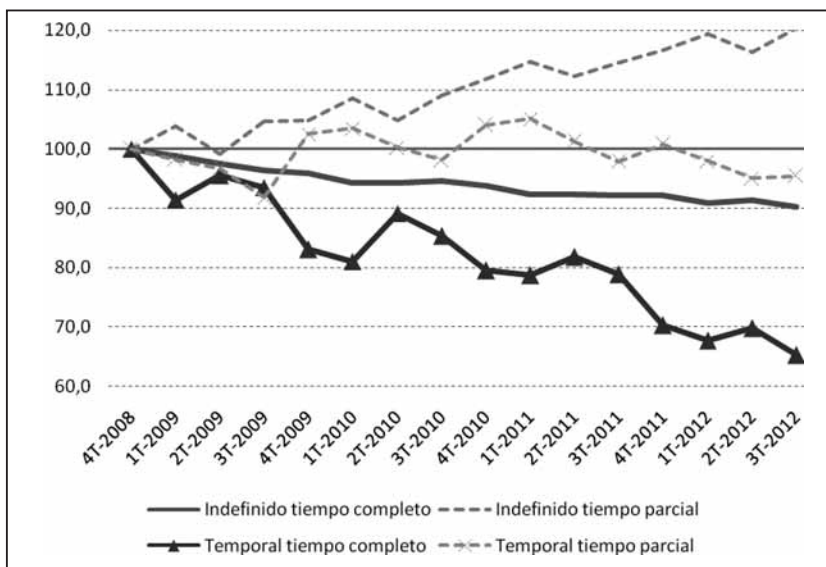
vidad económica. En los momentos de recuperación, también este tipo de contratación ha sido la primera en recuperarse.

De los 2.439.400 asalariados menos que hay en 2012 respecto a 2008, el 62 por ciento son asalariados temporales. Es decir, la reducción del número de temporales en 1.515.900 explica buena parte de la destrucción de empleo. El ritmo fue más acusado al inicio de la crisis, mientras en el último año se ha reducido a la mitad. Sin embargo, la tasa de temporalidad (23 por ciento en el cuarto trimestre de 2012) se sitúa todavía muy por encima de la media europea (15,8 por ciento).

Con el objetivo declarado de romper con esta dualidad del mercado de trabajo, la reforma laboral introdujo un nuevo contrato, denominado de apoyo a emprendedores, destinado a la contratación indefinida, a tiempo completo, con un periodo de prueba de un año.

Si la reforma laboral hubiera tenido efectos positivos sobre la contratación, ocurriría que desde el primer trimestre de 2012 debería contemplarse una evolución ascendente de los efectivos laborales con este tipo de contrato (indefinido a tiempo completo). Pero, tal y como se señala en la figura adjunta, no sucede de esta manera. Más fácil sería la constatación directa de la evolución de este tipo de contrato, pero aún no está disponible en las estadísticas de los Servicios Públicos de Empleo.

Evolución de los efectivos laborales por tipo de jornada y duración del contrato (4T-2008=100)

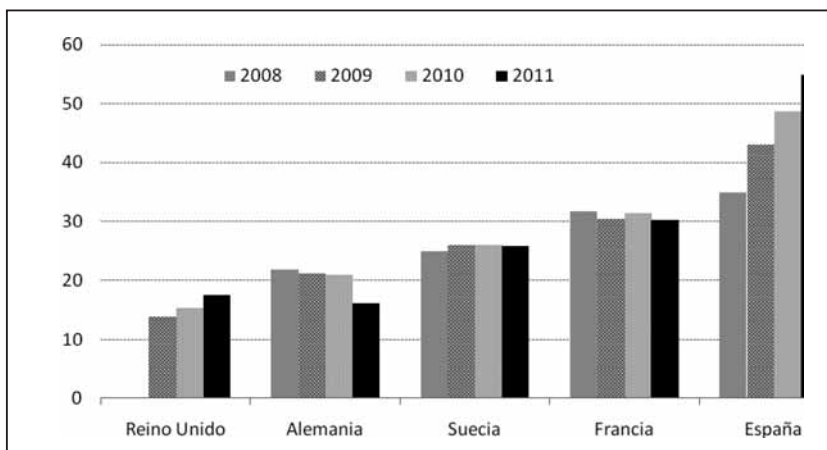


Fuente: Elaboración propia a partir de *Boletín de Estadísticas Laborales*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Desde que se iniciara la crisis financiera internacional, con su rápida traslación al mercado de trabajo, la disminución de efectivos laborales que se dedican a jornada completa ha sido una constante. La reducción es más acusada en el caso de los contratos temporales, pero también hay menos efectivos a tiempo completo con contrato indefinido que al inicio de la crisis. E incluso hay menos que antes de la reforma laboral. En el caso de la jornada a tiempo parcial, hay una mayor oscilación en el caso de los contratos temporales, con tendencia igualmente a la disminución. Por el contrario, aumentan los contratos indefinidos con jornada parcial. Parece que son las circunstancias económicas y la duración de la crisis lo que está provocando una disminución de la jornada, más como mecanismo de defensa (mantener a los trabajadores con más cualificación) y ajuste ante la falta de demanda, que como estrategia de optimización de la productividad.

Con otro peligro añadido: en España el tiempo parcial sigue siendo predominantemente involuntario, es decir, los trabajadores que tienen este tipo de jornada lo hacen no por propia elección, porque en buena parte de los casos preferirían tener un trabajo a tiempo completo. Las diferencias con el resto de países son más que considerables (casi el doble de los que trabajan a tiempo parcial lo hacen de forma involuntaria en España respecto a lo que ocurre en Francia, por ejemplo), diferencias que además han ido creciendo desde que se iniciara la crisis, al contrario de lo sucedido en el resto de países (donde se estabiliza el porcentaje de tiempo parcial no deseado) e incluso en algunos, como Alemania, disminuye.

Porcentaje de trabajadores con jornada parcial de forma involuntaria



Fuente: Elaboración propia a partir de *LabourForceSurvey (annual)*, Eurostat.

Entrando al detalle de los contratos afectados por la reforma laboral, al comprobar la evolución del número de contratos indefinidos iniciales, se observa una tendencia al alza, que se diluye al tener en cuenta la desaparición de los contratos de fomento de la contratación indefinida (que antes de la reforma se diferenciaban de los contratos indefinidos ordinarios en la indemnización por despido que llevaban asociada, de 33 días, inferior a la de los ordinarios, de 45 días: ahora los ordinarios han pasado a tener una indemnización de 33 días, en caso de despido improcedente, con lo que se equiparan a los de fomento, provocando la práctica desaparición de estos últimos). Así, entre contratos indefinidos iniciales y conversiones en indefinidos, la cifra en 2012 se reduce en un 2,2 por ciento. En total, el número de contratos iniciales (indefinitos y temporales) ha caído en medio millón (un 4,3 por ciento).

Es cierto que los contratos indefinidos ordinarios han aumentado en el año 2012 respecto al anterior (un 23,8 por ciento), pero hay que tener en cuenta que desaparecen los contratos de fomento y se reducen también los contratos indefinidos a personas con discapacidad, además de disminuir considerablemente (un 14,1 por ciento) las conversiones de contratos temporales en indefinidos. De ahí que la aparente mejora en la contratación indefinida ordinaria se diluye al considerar el conjunto de contratos indefinidos.

Contratos acumulados en 2011 y 2012, por tipo de contrato

Contratos acumulados	2011	2012	diferencia	% variación
Indefinido ordinario (boni. / no bonif.)	544.428	674.175	129.747	23,8
Indefinido fomento de contratación indefinida	97.504	9.111	-88.393	-90,7
Pers. con discapacidad	7.166	6.469	-697	-9,7
Total indefinidos iniciales	649.098	689.755	40.657	6,3
Convertidos en indefinidos	461.065	395.882	-65.183	-14,1
Total indefinidos	1.110.163	1.085.637	-24.526	-2,2
Obra o servicio	5.599.364	5.385.625	-213.739	-3,8
Eventual circunstancias de la producción	5.890.664	5.656.174	-234.490	-4,0
Interinidad	1.585.936	1.402.614	-183.322	-11,6
Temporal pers. discapacidad	15.416	14.659	-757	-4,9
Relevo	19.117	20.609	1.492	7,8
Jubilación parcial	27.268	32.929	5.661	20,8
Sust. jubilación 64 años	2.327	2.922	595	25,6
Prácticas	51.545	41.675	-9.870	-19,1
Formación	60.022	60.584	562	0,9
Otros contratos	71.410	65.565	-5.845	-8,2
Total temporales	13.323.069	12.683.356	-639.713	-4,8
Total contratos iniciales	13.972.167	13.373.111	-599.056	-4,3
Adscripciones en colaboración social	4.066	4.538	472	11,6
Total contratos y adscripciones	14.437.298	13.773.531	-663.767	-4,6

Fuente: Elaboración propia a partir de la *Estadística de contratos*, Servicio Público de Empleo Estatal.

En cuanto a los contratos temporales, caen también, incluso en mayor medida que los indefinidos (un 4,8 por ciento), especialmente los de prácticas (un 19,1 por ciento) y los de interinidad (un 11,6 por ciento). Aumentan por el contrario los de jubilación tanto de sustitución como de jubilación parcial y los de relevo.

Otro de los contratos que ha modificado la reforma laboral, el de formación, apenas tiene incidencia, pues solo se han firmado 562 contratos más de este tipo.

En ningún caso, parece por tanto, que se esté produciendo una mejoría en las cifras del mercado de trabajo: hay menos ocupados (menos demanda), y la ocupación que queda, está en peores condiciones (disminuye el número de asalariados con contrato indefinido, aumenta la proporción de empleos a tiempo parcial, sobre todo los no deseados, y la contratación no parece que esté repuntando).

4. LA DINÁMICA DEL DESEMPLEO

El desempleo sigue con su escalada incesante. En la segunda parte del año 2012 se han alcanzado las tasas de paro más altas registradas en la economía española: el 25 por ciento en el tercer trimestre y el 26 por ciento en el cuarto trimestre. La mayor destrucción de empleo, unido a la menor incorporación de población activa, provoca que los incrementos en las tasas de desempleo sean aún mayores.

Se está produciendo un mayor aumento del desempleo entre las mujeres que entre los hombres, lo que hace que, de nuevo, sean superiores las tasas de desempleo femeninas que las masculinas, aunque la evolución de la población activa (disminución de la masculina y estabilización de la femenina) lo que amortigua las diferencias en las tasas de desempleo.

Aunque las tasas de paro juvenil (menores de 25 años) son las más altas de Europa, cuando se comprueba la evolución de la población activa en esa franja de edad, se constata que la tasa de paro juvenil es el doble de la tasa de paro del conjunto de edades (2,1 exactamente), proporción que se ha mantenido constante en los últimos años, antes y durante la crisis económica. Esta proporción es incluso superior en otros países (como por ejemplo, en Suecia, donde la tasa de paro juvenil supone 3 veces la tasa de paro del conjunto de edades) y se sitúa en la media de la Unión Europea (2,2).

El desempleo de larga duración (se considera como tal a los que llevan más de un año buscando activamente empleo) sigue incrementándose a medida que se alarga la crisis económica: el 55 por ciento de los desempleados lleva ya más de un año en esta situación.

Desempleo por colectivos, miles de personas y tasas, 4T-2012

	4T- 2012	Diferencia trimestral	% variación trimestral	Diferencia anual	% variación anual	
Miles de personas	Parados	5.965,4	187,3	3,2	691,8	13,1
	Hombres	3.174,4	71,1	2,3	334,3	11,8
	Mujeres	2.791,0	116,3	4,3	357,4	14,7
	Jóvenes < 25 años	930,2	-40,0	-4,1	46,1	5,2
	Mayores > 55 años	530,7	26,8	5,3	83,2	18,6
	Nacionales	4.743,5	147,8	3,2	695,6	17,2
	Extranjeros	1.221,8	39,4	3,3	-4,0	-0,3
	Parados larga duración	3.280,4	246,2	8,1	642,4	24,4
	Tasas	Tasa de paro	26,0	1,0	3,2	
Hombres		25,6	0,9	3,1		
Mujeres		26,6	1,1	3,2		
Jóvenes < 25 años		55,1	2,8	6,6		
Mayores > 55 años		18,0	1,0	2,4		
Nacionales		24,2	0,9	3,5		
Extranjeros		36,5	1,7	1,7		
Paro larga duración		14,3	1,2	2,9		

Fuente: Elaboración propia a partir de la *Encuesta de Población Activa*, Instituto Nacional de Estadística.

Otra forma de acercarse al desempleo es a través de los beneficiarios que perciben prestación por desempleo. De los 4.848.723 desempleados inscritos en los Servicios Públicos de Empleo Estatal, en diciembre de 2012, 2.028.678 no percibían ningún tipo de prestación por desempleo, ni contributiva, ni asistencial ni renta de inserción. Es decir, del total de desempleados inscritos, sólo estaban cubiertos por algún tipo de prestación el 58,2 por ciento, cobertura que situaba cinco puntos por debajo de la recogida un año antes.

De los que percibían una prestación contributiva (el 47,5 por ciento de los beneficiarios de prestaciones lo son por este tipo), casi todos (el 97,8 por ciento) se debía a una prestación por desempleo total, solo el 0,7 por ciento se debía a una prestación por suspensión y el 1,5, a una situación de reducción de jornada (el denominado paro parcial).

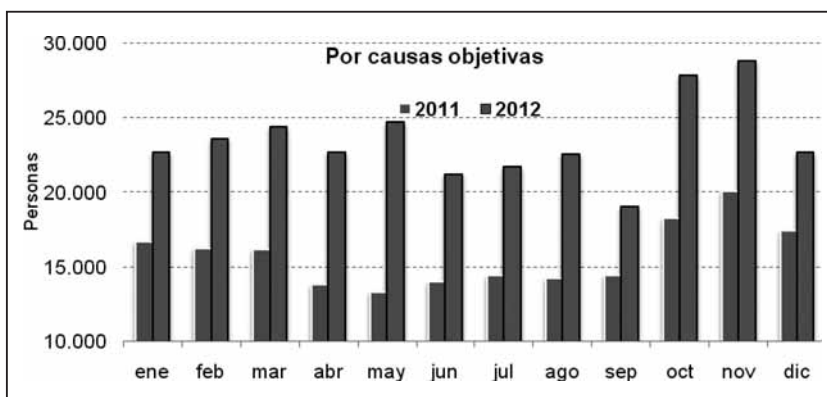
Teniendo en cuenta las altas de prestaciones contributivas (que no incluyen todos los casos, pero pueden servir como muestra representativa de la evolución de las causas por las que se accede al desempleo), se observan ciertos efectos de la reforma laboral.

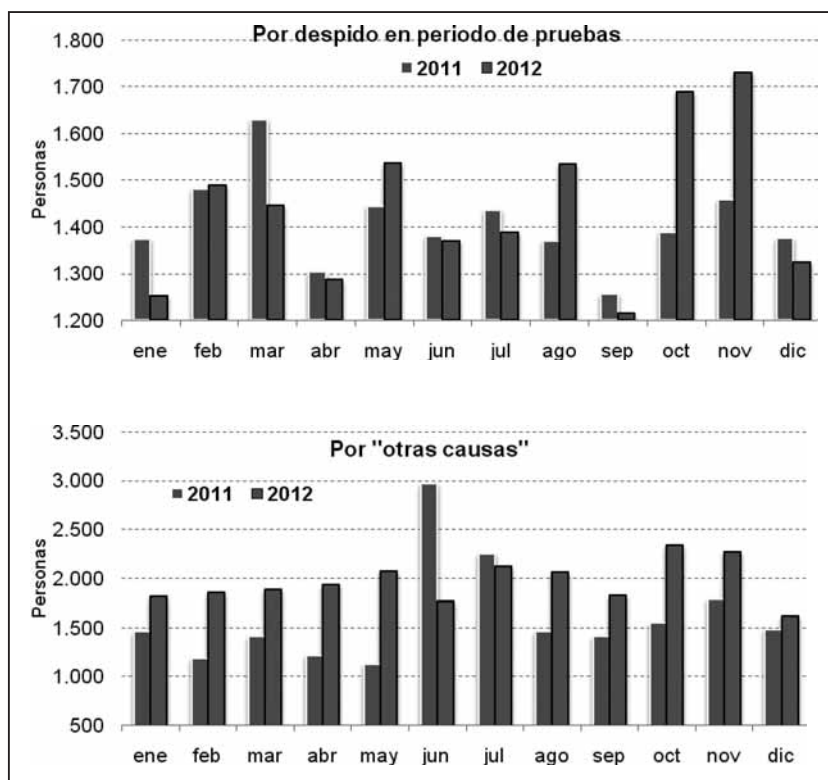
Hay un aumento importante (del 49,2 por ciento) de las altas en prestaciones contributivas que acceden por un despido individual por causas objetivas. En el caso de los despidos en periodo de prueba (y recordando que el nuevo contrato de apoyo a emprendedores tiene un periodo de prueba de un año de duración, es decir, los efectos pueden verse especialmente en la última parte del año y comienzos de 2013) también ha habido un aumento del 2,2 por ciento, siendo más significativo el aumento en los meses de agosto, octubre y noviembre.

En el epígrafe de “otras causas” se incluyen tanto las resoluciones voluntarias ya sea por movilidad geográfica, modificación de las condiciones de trabajo o por causa justa, así como otro tipo de causas. El incremento medio de las altas iniciales por estas causas, en este año de reforma, se alza al 22,1 por ciento.

Estas estadísticas muestran cómo se ha utilizado la reforma laboral para ahondar en la flexibilidad de las relaciones laborales, pero no en la contratación (como se ha señalado en el apartado anterior), sino en la extinción de contratos.

Altas iniciales de prestaciones contributivas según causa de derecho

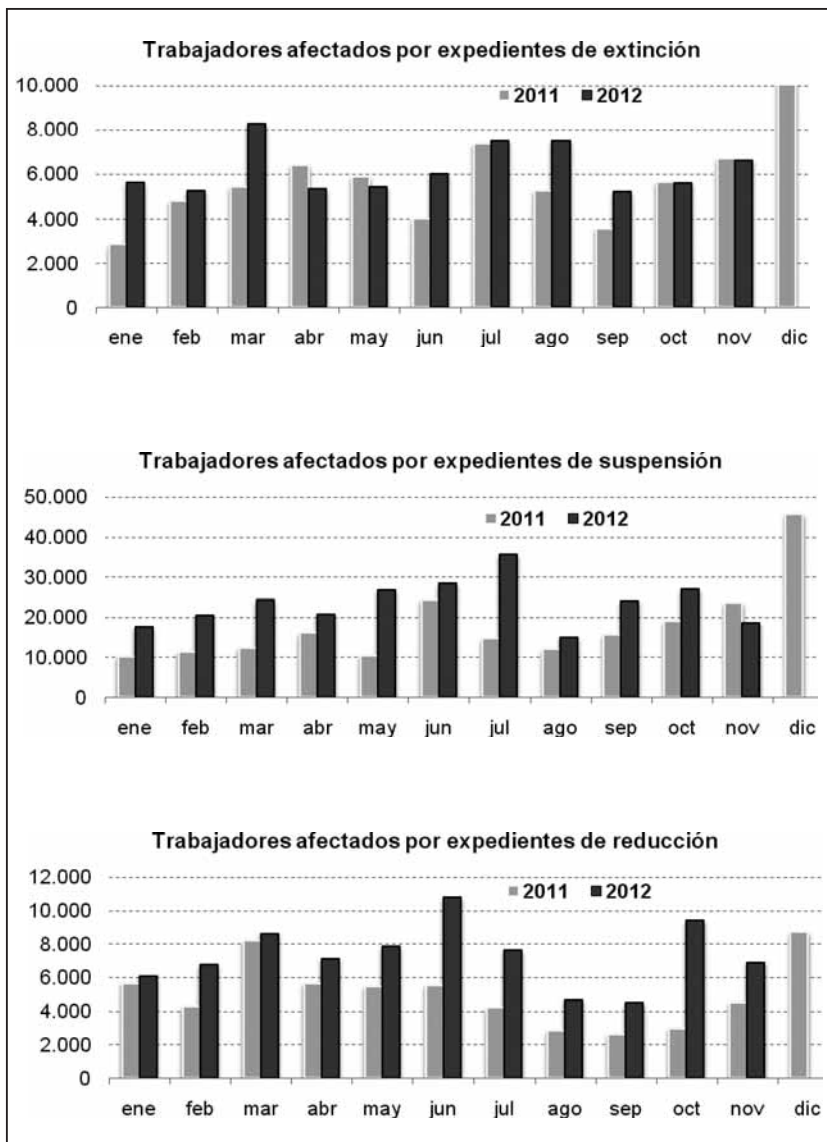




Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del *Boletín de Estadísticas Laborales*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Con las estadísticas de los anteriormente llamados expedientes de regulación de empleo (ahora denominados despidos colectivos), se comprueba que el número de trabajadores afectados por despidos colectivos se ha incrementado en todos los casos: el aumento en el caso de los expedientes de extinción es del 18,1 por ciento entre enero y noviembre de 2012 y el mismo periodo del año anterior; en el caso de los expedientes de suspensión, el aumento es del 52,6 por ciento y del 54,5 por ciento en el de los de reducción de jornada.

Trabajadores afectados por expedientes de regulación de empleo



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del *Boletín de Estadísticas Laborales*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

5. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

A lo largo del segundo semestre del año 2012, la evolución del mercado de trabajo en Andalucía sigue experimentado un proceso de deterioro que pone de manifiesto la dureza de la crisis económica en la que está inmersa el conjunto de la economía española desde hace ya varios años. La EPA del cuarto trimestre de 2012 indica que el total de personas ocupadas en Andalucía es 2.580.000 y el de desempleados se estima en 1.442.600 que representan respectivamente, la cifra mas baja desde que comenzó la crisis y la más alta que ofrece el la EPA para Andalucía desde que se dispone de datos. La tasa desempleo alcanza el 35,86% que también representa el máximo de la serie histórica del INE. La gravedad del impacto de la crisis puede recogerse en el dato de que la tasa de empleo andaluza se ha desplomado hasta el 37,94% perdiendo doce puntos desde el valor máximo alcanzado en el segundo trimestre de 2007. Otro dato significativo sobre la extensión del impacto de la crisis en el conjunto de la economía y de la sociedad andaluza que ofrece la EPA es que el número de hogares en los que todos sus miembros activos estaban parados fue de 476.200.

La caída de la actividad económica en Andalucía se enmarca dentro de la caída general de la actividad que caracteriza este periodo para el conjunto de España y a la que hemos hecho referencia en el primer epígrafe del presente trabajo. La recesión económica está instalada en la economía andaluza desde el tercer trimestre de 2011, indicando la entrada en una segunda fase recesiva que sigue a una primera fase experimentada por la economía andaluza entre los años 2008 y 2010. Esta segunda fase está siendo especialmente grave por la caída de la demanda interna consecuencia del impacto laboral de medidas de ajuste fiscales marcados por la consecución de los objetivos del Memorando de entendimiento por déficit excesivo. A la reducción del consumo de los hogares propiciado por la reducción de su poder adquisitivo debido a la caída de las rentas del trabajo (por el aumento del desempleo y la moderación salarial), el aumento de los precios y los impuestos y el empeoramiento de las expectativas, se añaden los efectos de la reducción del gasto la inversión pública y de la inversión privada. Sólo el buen comportamiento de la demanda exterior atenúa el efecto negativo de las variables macroeconómicas que dependen de agentes nacionales. Desde el punto de vista de la oferta, la reducción de la actividad económica en el sector de la construcción sigue siendo el factor más destacado de la evolución sectorial de la economía andaluza en los últimos trimestres, acompañado en magnitud en el segundo semestre de 2012 por el ajuste del sector primario.

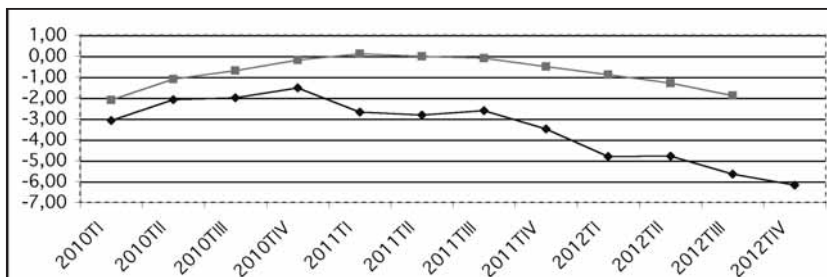
Tasa de crecimiento interanual. Datos corregidos de estacionalidad y efecto calendario. Andalucía

DEMANDA	2010	2011	2011 4º T	2012 1ºT	2012 2ºT	2012 3ºT
Gasto en Consumo final regional	0,2	-0,8	-2,1	-2	-2,3	-2,6
Gasto en consumo final de los hogares regional	0,2	-1	-2,2	-1,1	-2,1	-2,2
Gasto en Consumo final de las AA.PP. e ISFLSH	0,2	-0,6	-1,9	-3,9	-2,8	-3,7
Formación bruta de capital	-7,3	-7	-6,3	-6,6	-9,1	-10,9
Demanda Regional (*)	-1,8	-2,4	-3,3	-3,3	-4,1	-4,7
Exportaciones de bienes y servicios	6	8,4	9,6	2,8	5,7	5,2
Importaciones de bienes y servicios	2,6	1,3	1,4	-2,9	-1,4	-1,7
PIB a precios de mercado (Índices de volumen encadenados)	-1	-0,1	-0,5	-0,9	-1,3	-1,9
OFERTA						
Agricultura, Ganadería y Pesca	1,4	4,8	1,5	-6,8	-7,3	-9,2
Industria	0,9	1,3	-0,5	0,4	-0,6	-3,8
Construcción	14,5	-5,8	-3,9	-7,8	-7,7	-9,8
Servicios	1	1	0,7	0,3	-0,2	-0,3
Impuestos netos sobre los productos	-0,1	-5,6	-5,9	-0,7	-0,5	-0,1
PIB a precios de mercado (Índices de volumen encadenados)	-1	-0,1	-0,5	-0,9	-1,3	-1,9

(*) Aportaciones al crecimiento del PIB a pm

Fuente. Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía. Contabilidad Regional Trimestral de Andalucía. Tercer Trimestre 2013.

Como se ha señalado, la caída de la actividad económica en Andalucía en los últimos trimestres se ha traducido en un proceso cada vez más intensivo de destrucción de empleo. Las tasas interanuales de crecimiento del PIB en Andalucía estimados por el Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía en el tercer trimestre de 2012 muestran una senda de caída que cinco trimestres consecutivos. En ese mismo periodo de tiempo, las tasas de variación interanual del empleo, calculadas a partir de los datos de la Encuesta de Población Activa, muestran un proceso de destrucción de empleo cada vez más intensivo desde el cuarto trimestre de 2010. Esto significa que se han encadenado ocho trimestres consecutivos de tasas negativas de variación interanual del empleo.

Tasa variación interanual PIB y de ocup. Andalucía 2010 TI-2012 TIV

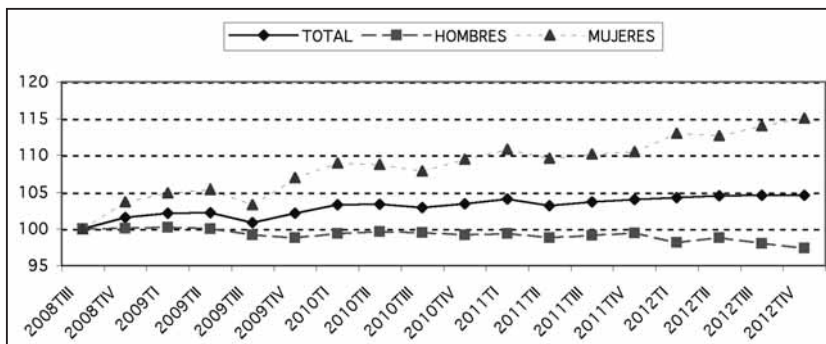
Fuente: elaboración propia a partir de la Contabilidad Regional de Andalucía Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía) y Encuesta de Población Activa (INE)

En el contexto macroeconómico que hemos señalado a grandes rasgos, pasaremos a continuación a señalar las características básicas de evolución de las variables laborales más significativas.

LA OFERTA DE TRABAJO

La oferta de trabajo en Andalucía, según los datos publicados en la EPA por el Instituto Nacional de Estadística, se ha estimado en un total de 4.022.500 personas. Desde mitad de 2010, la población activa en Andalucía se ha estabilizado en torno a la cifra de cuatro millones de personas, si bien, la composición ha ido cambiando. Si se aumentamos el nivel de desagregación de los datos e introducimos la diferenciación por géneros, se observa que mientras el número de mujeres laboralmente activas en Andalucía sigue aumentando de forma tendencial, si bien de forma más moderada que en los años anteriores, el número de varones laboralmente activos se ha estabilizado en torno a los 2.230.000 efectivos, pero mostrando una tendencia a la paulatina reducción que se acentúa en el año 2012. La estructura tradicional de la oferta de trabajo en Andalucía está cambiando en estos años de crisis económica de forma paulatina, pero significativa: un mercado de trabajo con mayor presencia de las mujeres y de personas cada vez más mayores. A continuación prestamos atención específica a estos dos factores demográficos.

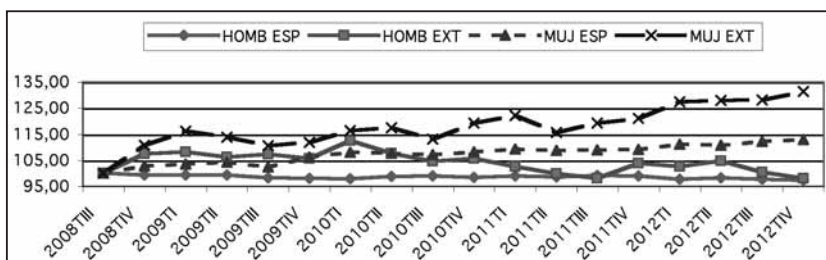
Activos Andalucía (Índice 100 correspondiente al 2008 TIII)



Fuente: EPA y elaboración propia

La población activa masculina ha ido abandonando el mercado de trabajo andaluz de forma paulatina y constante en el caso de los nacionales, mientras que en el caso de los varones de nacionalidad extranjera se ha producido unas oscilaciones más pronunciadas. En el caso de las mujeres, su participación en el mercado laboral crece en el caso de las nacionales y sobre todo en el de las de nacionalidad extranjera, poniendo de manifiesto que entre este grupo predomina el efecto trabajador añadido, frente al efecto de trabajador desanimado que afecta fundamentalmente a los varones de nacionalidad española.

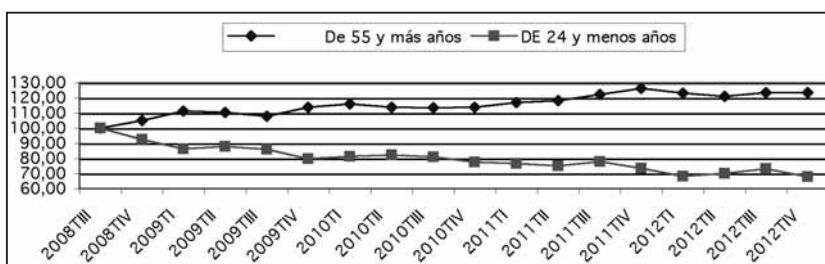
Activos según nacionalidad y sexo. Andalucía (Índice 100 correspondiente a 2008 TIII)



Fuente: EPA y elaboración propia

Si atendemos a la edad de los participantes en el mercado de trabajo en Andalucía, se observa comportamientos diferenciados entre los más jóvenes y los mayores semejante a la pauta de comportamiento que se da a nivel nacional. Los mayores de 55 años se mantienen laboralmente activos en una presencia cada vez mayor, mientras que el grupo de los más jóvenes están cada vez menos presentes en el mercado de trabajo. El deterioro del mercado laboral y el envejecimiento de la población son causas de estos cambios en la estructura de la oferta laboral. Estos fenómenos constituyen factores de especial importancia a tener en cuenta en un análisis de la evolución al largo plazo.

Activos por edad Andalucía (Índice 100 correspondiente al 2008 TIII)



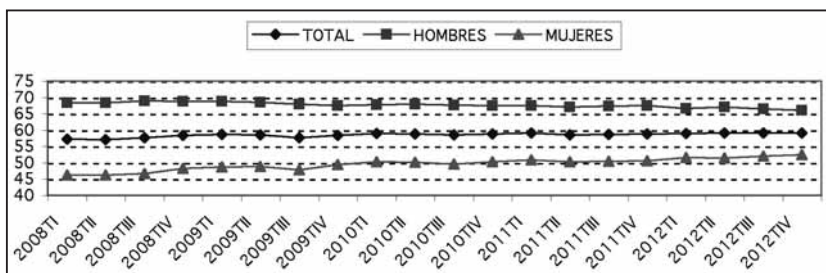
Fuente: EPA y elaboración propia

La tasa de actividad media en Andalucía se ha mantenido estabilizada en torno al 60% desde hace varios trimestres. Este equilibrio es el resultado de comportamientos diferenciados de las tasas de actividad de hombres y mujeres en Andalucía. La tasa de actividad masculina muestra una clara tendencia decreciente, situándose, en el segundo trimestre de 2012, en el 66,08%, lo que constituye un mínimo histórico de la serie estimada con la metodología puesta en práctica a partir de 2005. Por el contrario, la tasa de actividad de las mujeres alcanza la cifra del 52,50%, el máximo valor de la serie desde 2005.

En lo que atañe a la oferta de trabajo, podemos afirmar que en el periodo de crisis económica que estamos viviendo, se está poniendo de manifiesto profundos cambios en la composición de la oferta de trabajo de Andalucía. Unos factores pueden identificarse como de carácter estructural y son producto de cambios de características de largo plazo como causas de tipo demográficas y sociales, como aumento de la presencia cada vez más mayoritaria de mujeres en el mercado laboral, tanto de nacionalidad española como extranjera y el envejecimiento de la población. Otros factores podrían identificarse como factores de tipo coyuntural y más ligados al impacto del ciclo económico como

la reducción de la presencia de varones de nacionalidad extranjera o la reducción de la presencia de jóvenes y aumento de la presencia de mayores como consecuencia del factor de trabajador desanimado o de trabajador añadido.

Tasa de actividad por sexo. Andalucía 2008 TI-2012 TIV



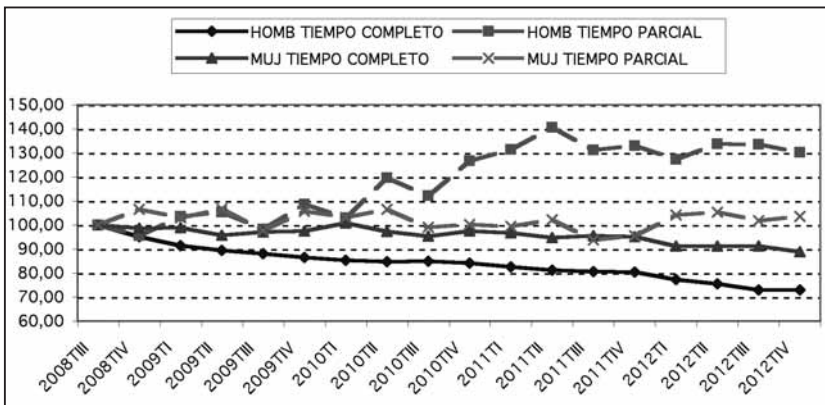
Fuente: EPA y elaboración propia

LA DEMANDA DE TRABAJO

Como se ha señalado al comienzo de este epígrafe dedicado a la evolución del cuadro macroeconómico andaluz, la caída de la actividad económica está siendo acompañada por un proceso de destrucción de empleo muy intenso. En el cuarto trimestre de 2012, el total de personas ocupadas en Andalucía se estimaba por la EPA en 2.580.000 personas de las que 1.443.100 eran hombres y 1.136.800 mujeres. En el último año, la caída de la ocupación en Andalucía ha sido de 169.600 personas, lo que representa un -6,17%.

El proceso de destrucción de empleo está modificando la estructura de la ocupación a lo largo del periodo de crisis económica. El número de contratos a tiempo parcial ha aumentado para ambos sexos si bien de forma más significativa entre los hombres de forma acentuada en los primeros años de la crisis 2008-2011. En una segunda etapa, a partir de 2011, el empleo a tiempo parcial se ha estabilizado. Por el contrario, el empleo a tiempo completo muestra una tendencia decreciente, más acentuada en el grupo de los varones, que han perdido un 30% del total del empleo a tiempo completo en el periodo 2008-2012, frente a una pérdida del 10% que experimenta el grupo de las mujeres con empleo a tiempo completo en ese mismo periodo de tiempo.

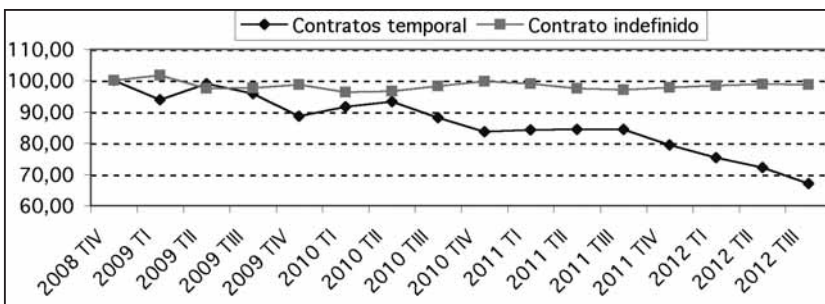
Ocupados por tiempo de trabajo. (Índice 100 correspondiente al 2008 TIII)



Fuente: EPA y elaboración propia

El aumento del empleo temporal y la reducción del empleo a tiempo completo son indicativos de que el mercado laboral andaluz está ganando flexibilidad. También se ha ganado flexibilidad a través del proceso de destrucción de empleo temporal que se ha acentuado a partir del segundo semestre de 2010 y de forma más acentuada desde el tercer trimestre de 2011 cuando se agrava la crisis económica.

Efectivos laborales por tipo contratos. Andalucía (Índice 100 en el 2008 TIV)

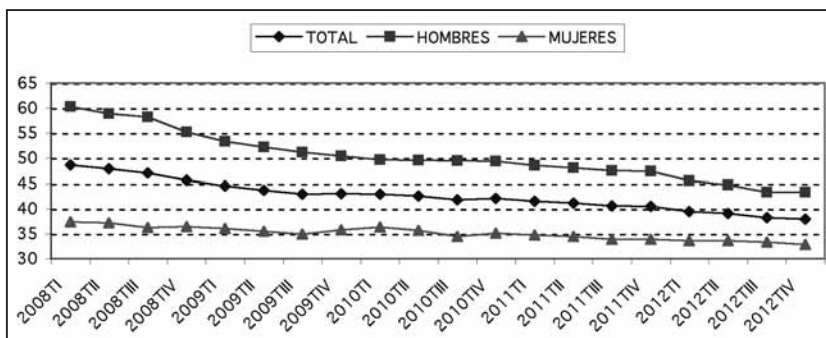


Fuente: Boletín de Estadísticas Laborales y elaboración propia

El ajuste del empleo está teniendo lugar a través de la reducción de la contratación temporal, Como consecuencia de ello, la tasa de temporalidad en Andalucía está cayendo desde mitad de 2010. Uno de los efectos de la crisis es el de reducir este indicador de segmentación del mercado laboral español en general y andaluz más específicamente. Pero la reducción de temporalidad, que podría interpretarse como un buen dato, lo sería si fuese consecuencia de una conversión de contratos temporales en indefinidos; justo lo que no está pasando en estos últimos años. Por el contrario, la reducción de la tasa de temporalidad está causada por la eliminación de este tipo de empleo.

Un indicador sintético de la repercusión de la crisis económica sobre la ocupación en Andalucía es la tasa de empleo que indica la proporción de ocupados en relación al conjunto de la población de referencia. La caída de la tasa de empleo de los hombres en Andalucía es muy significativa, pues ha pasado del 60,32% en el primer trimestre de 2008 al 43,29% correspondiente al cuarto trimestre de 2012. Los 17 puntos perdidos en cinco años, indican la profundidad con que la crisis económica ha impactado en este grupo social. Por el contrario, la tasa de empleo de las mujeres en Andalucía sólo ha perdido cuatro y medio puntos en este mismo lapso de tiempo (pasó del 37,37% al 32,8%). En todo caso, las tasas de empleo en Andalucía, ofrecen valores muy alejados de los que se establecieron como objetivos por las autoridades de la Unión Europea en la primera década del siglo XXI y que se mantienen en la Estrategia 2020 para lograr que la economía fuese más sostenible y competitiva en un mundo globalizado.

Tasa de empleo por sexo. Andalucía 2008 TI-2012 TIV



Fuente: EPA y elaboración propia

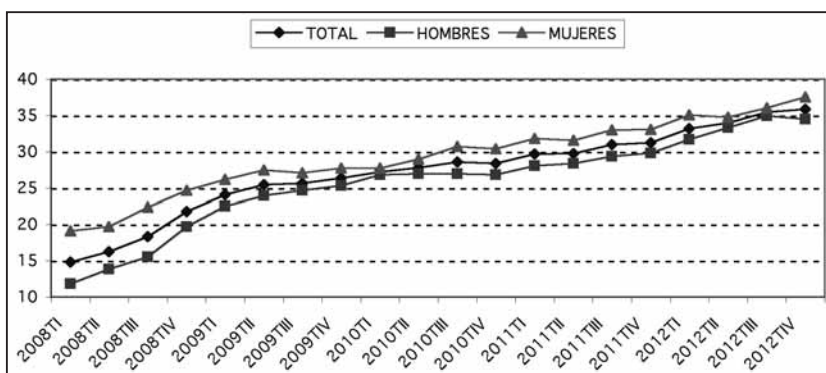
La valoración de lo ocurrido en los últimos cinco años en lo referente a la evolución del empleo en Andalucía no se puede afirmar haya mejorado sino justo lo contrario. Se está reduciendo el número total de ocupados de forma

tendencial y la pérdida de empleo se está acentuando en los últimos trimestres como consecuencia de la caída de la actividad económica general. Además, la calidad del empleo está reduciéndose como consecuencia de un aumento del empleo a tiempo parcial y una reducción del empleo a tiempo completo que tiene repercusiones en los salarios percibidos por cada tipo de trabajador.

DESEMPLEO

El desempleo sigue siendo la preocupación fundamental de la sociedad española y andaluza. La EPA correspondiente al último trimestre de 2012 estima un total de 1.442.600 personas (759.800 hombres y 682.800 mujeres). Esta cifra supone un nuevo máximo en la serie que recoge la EPA, la cuál muestra una tendencia creciente desde el segundo trimestre de 2007 y, probablemente, será superado en los próximos trimestre. El aumento del número de desempleados respecto al último trimestre del año 2011 ha sido de 194.100 personas, lo que representa una tasa de crecimiento interanual del 15,54%. Desde el segundo trimestre de 2010 se observa un paulatino aumento de las tasas de variación interanual del desempleo en Andalucía, lo que pone de manifiesto una segunda fase de la recesión que afecta al mercado de trabajo andaluz. Si bien las tasas de aumento del desempleo no son de la cuantía extraordinaria que se ponían de manifiesto en los primeros años de la crisis (2007-2009), sí alertan sobre el deterioro creciente del mercado laboral andaluz que está generando nuevos desempleados que sobrepone a los desempleados de años antes sin que haya habido un proceso de creación de empleo suficientemente sostenido para reducir la cifra total de desempleados. De forma consecuente, la tasa de desempleo en Andalucía ha crecido de forma sostenida.

Tasa de paro por sexo. Andalucía 2008 TI-2012 TIV

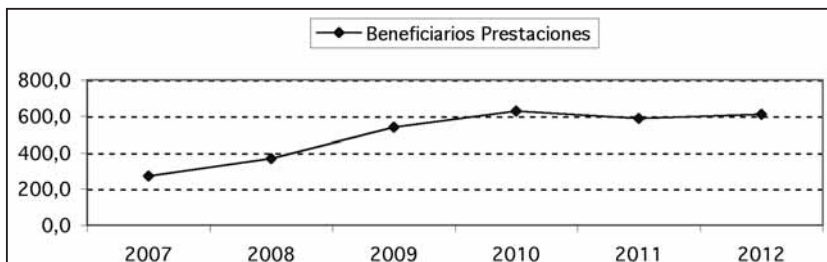


Fuente: EPA y elaboración propia

Si se observa con más atención la evolución de la tasa de paro andaluza, se podrían identificar tres periodos diferenciados. Una vez que estalla la crisis económica, el mercado de trabajo experimenta un impacto significativo y la tasa de paro experimenta una subida elevada en un periodo de tiempo relativamente corto, pues aumenta 10 puntos entre el primer trimestre de 2008 y el segundo de 2009. Desde entonces hasta el segundo trimestre 2011, la tasa de paro sigue aumentando, pero a un ritmo más reducido (cinco puntos en 8 trimestres). A partir del tercer trimestre de 2011 se podría identificar una tercera fase en el que se podría identificar otro proceso de aceleración en el aumento de la tasa de paro, que crece otros cinco puntos en sólo seis trimestres. El resultado es que desde el primer trimestre de 2008 y el cuarto de 2012 ha subido 21 puntos.

Un efecto asociado al aumento de desempleados es la evolución de los perceptores. El Boletín de Estadísticas Laborales que publica periódicamente el Ministerio de Empleo recoge un aumento de significativo del número de beneficiarios de prestaciones en Andalucía entre 2007 y 2010, pasando de una media anual de 272.600 a 627.100 respectivamente. Los años 2011 y 2012 muestran que esta cifra media de perceptores se ha estabilizado en torno a las seiscientas mil personas. Esta evolución muestra una divergencia muy significativa con el comportamiento del número total de desempleados que recoge la EPA y al que hemos hecho referencia. Como se ha señalado, en el cuarto trimestre de 2012 se estima que el número de desempleados en Andalucía era de 1.442.600 personas. El número de perceptores de prestaciones por desempleo como media de los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2012 era de 614.929. El Paro Registrado en diciembre de 2012 era de 1.083.800. Es evidente que se trata de fuentes estadísticas diversas, no homogéneas y no directamente comparables, además, hay otras prestaciones que reciben las personas desempleadas, pero estos datos nos ponen de manifiesto que el impacto de la crisis económica sobre la sociedad andaluza está siendo muy serio y que los retos a los que se deberá enfrentar esta sociedad en los próximos años serán de una de una naturaleza mucho más profunda de lo que se plantearon en el periodo de expansión económica que precedió y en cierto modo, ha dado lugar a la situación actual.

Total Beneficiarios de Prestaciones por Desempleo Andalucía. 2003-2012. (Media anual en miles)



Fuente: Boletín Estadísticas Laborales y elaboración propia

INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL.
Cuarto Trimestre de 2012

	Unidad	Periodo	ESPAÑA			ANDALUCÍA		
			Dato	VA ^(*)	VB ^(*)	Dato	VA ^(*)	VB ^(*)
I. MERCADO DE TRABAJO								
Población activa	Miles	4º Trim.	22.922,	-0,8	-0,7	4.022,5	0,0	0,6
Tasa de actividad	Porcentaie	4º Trim.	59,8	-0,3	-0,1	59,2	0,1	0,3
Hombres	66,5	-0,7	-0,8	66,1	-0,7	-0,8
Mujeres	53,4	0,0	0,5	52,5	0,0	0,5
16-19 años	15,1	-4,3	-2,1	16,5	-3,4	-4,5
20-24 años	59,9	-3,3	-1,8	60,3	-2,5	-0,8
25-54 años	86,9	0,4	0,7	84,8	-1,1	-2,0
Más de 55 años	22,4	-0,2	0,2	20,7	0,7	0,8
Ocupados	Miles	4º Trim.	16.957,	-0,1	-4,8	2.580,0	-0,7	-6,2
Agricultura	784,0	8,8	-3,0	231,0	-45,3	-4,9
Industria	2.383,	-2,4	-5,7	227,69	-2,6	-8,2
Construcción	1.073,	-5,5	-15,9	135,2	-6,6	-29,4
Servicios	12.715	-2,3	-3,6	1986,2	-3,6	-3,9
Asalariados del sector	..	4º Trim.	2.917,2	-2,5	-7,0	516,4	-3,4	-7,2
Asalariados temporales	..	4º Trim.	3.205,	-6,3	-1,9	684,9	2,9	-12,2
Parados encuestados	..	4º Trim.	5.965,4	3,2	13,1	1.442,6	1,3	15,5
Hombres	3.174,4	2,3	11,8	759,8	-1,8	13,1
Mujeres	2.791,0	4,3	14,7	682,8	5,0	18,2
Tasa de paro	Porcentaie	4º Trim.	26,0	1,0	3,2	35,9	1,2	14,8
Hombres	25,6	0,9	3,1	34,5	-1,2	15,7
Mujeres	26,6	1,1	3,2	37,5	4,0	13,5
16-19 años	74,0	2,8	6,8	84,1	8,2	13,8
20-24 años	51,7	7,7	16,3	61,3	3,2	21,7
25-54 años	24,6	1,1	3,2	33,7	1,8	15,2
Más de 55 años	18,0	1,0	2,4	28,0	-1,0	13,8
Parados de larga duración	55,0	2,5	5,0	808,8	6,8	28,1
Parados registrados	Miles	dic. 12	4.848,7	-1,2	9,6	1.083,8	-2,4	11,8
II. CONDICIONES DE TRABAJO								
Salario mínimo	€/mes	4º Trim. 12	641,4	0,0	0,0	"	"	"
Coste laboral por	€/mes	3º Trim. 12	2.455,	-5,2	-0,1	2.259,3	"	-0,6
Industria	2.847,	-4,7	2,6	2.659,4	-4,0	2,1
Construcción	2.543,	-8,8	2,6	2.451,6	-11,2	-0,5
Servicios	2.370,	-5,0	-1,0	2.188,4	-5,7	-0,7
Jornada laboral efectiva	Horas/me	3º Trim. 12	121,6	-8,6	0,0	122,6	-6,4	-1,4
III. REGULACIÓN DE								
Expedientes	Total	nov. 12	2.903	-5,7	34,6	257	-8,2	7,1
Trabajadores	32.037	-23,6	-7,9	1.999	-21,7	-25,2
Extinción de empleo	6.612	18,2	-1,0	442	59,0	22,8
Suspensión de	18.537	-31,2	-21,4	984	-38,8	-30,5
Reducción de	6.888	-26,7	52,1	573	-14,1	-36,1
IV. CONFLICTOS								
Huelgas	Total	oct. 12	116	27,5	18,4	"	"	"
Participantes	Miles	..	29,7	-41,2	56,1	"	"	"
Jornadas no trabajadas	106,8	-41,0	153,9	"	"	"
V. PRINCIPALES INDICADORES								
Crecimiento económico	Porcentaie	4º Trim. 12	-1,4	-0,7	-1,8	"	"	"
Balanza por cuenta	Millones €	nov. 12	1.777	"	"	"	"	"
Inflación	Porcentaie	dic. 12	2,7	-1,3	2,7	"	"	"
Tipo de interés (Euribor	Porcentaie	dic. 12	0,5	-0,3	-1,4	"	"	"

(*) VA = Variación con respecto al trimestre anterior; VB = Variación con respecto a igual periodo del año anterior.

* El informe ha de considerarse cerrado con los datos disponibles a 31 de enero de 2012.

Comentarios de Jurisprudencia

PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA

Universidad de Cádiz

EL EXPEDIENTE CONTRADICTORIO EN EL DESPIDO DISCIPLINARIO

Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de septiembre de 2012

MARÍA DEL JUNCO CACHERO*

SUPUESTO DE HECHO: D. Justino, representante legal de los trabajadores y trabajador de un Matadero, es despedido por considerar la empresa que ha llevado a cabo actividades que han transgredido la buena fe y han dado lugar a su propio beneficio y a dejar en mal lugar a la empresa. Demanda D. Justino a la empresa y el Juzgado de lo Social estima que el despido es procedente. Eleva recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, y éste también declara que el despido es procedente, confirmando la sentencia recurrida. Pero no desiste, y presenta recurso de casación unificadora ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El alto Tribunal estima el recurso de casación unificadora; casa y anula la sentencia recurrida y declara la improcedencia de despido.

En las tres instancias en las que D. Justino ha actuado, adujo el defecto de forma con que se llevó a cabo su despido, ya que al ser representante legal de los trabajadores tenía recogido por convenio colectivo unas formalidades adicionales a las que el E.T.¹ establece para estos sujetos.

RESUMEN: Lo más llamativo de la sentencia que comentamos es quizás el giro que hace con respecto a las dos sentencias que la preceden. No entra la magistrada en si D. Justino obró o no de mala fe, o transgredió la buena fe contractual; se limita a relatar y constatar que D. Justino no tuvo un despido con todos los requisitos formales que establece el convenio colectivo que le es de aplicación y sobre todo y en particular, el requisito establecido convencionalmente de no haber nombrado la empresa a un instructor y un secretario imparciales, para llevar a cabo todo el expediente contradictorio.

* T.E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en adelante E.T.

ÍNDICE

1. DESPIDO DISCIPLINARIO: TRANSGRESIÓN DE LA BUENA FE
2. EXPEDIENTE CONTRADICTORIO: REQUISITOS ESTABLECIDOS EN CONVENIO COLECTIVO
3. CALIFICACIÓN DEL DESPIDO

1. DESPIDO DISCIPLINARIO: TRANSGRESIÓN DE LA BUENA FE

Establece el art. 54.1 y 54. 2.d) del E.T.: “El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador. Se considerarán incumplimientos contractuales, la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo”.

El deber de buena fe del trabajador supone la observancia de una regla de conducta que le obliga a conducirse con probidad, honestidad y celo para no defraudar los intereses del empresario ni la confianza en él depositada².

No obstante, en el ámbito del contrato de trabajo no cabe duda de que el trabajador puede desarrollar una actividad por cuenta propia en el mercado siempre y cuando no se compita con el empleador con el que mantiene, simultáneamente, un vínculo jurídico contractual³.

Para que el trabajador compita con su empleador es requisito ineludible, en consecuencia, que desarrolle una actividad de carácter económico que persiga la colocación en el mercado del mismo producto, o la oferta de bienes y servicios de igual o similar naturaleza que los ofrecidos por la empresa contra la que se compite y que, al ir dirigidos a una clientela hipotéticamente igual, sean susceptibles de ocasionar un perjuicio al empleador⁴.

En la sentencia que comentamos cada uno de estos elementos señalados -competencia, actividad económica, mismo servicio y misma clientela-, habían sido claramente ejecutados y desempeñados por el actor, llamando poderosamente la atención que ello mismo no sea ni siquiera “tocado de puntillas” por la magistrada ponente. Más adelante, en el epígrafe siguiente de este comentario, daremos debida cuenta de los argumentos utilizados, que no son otros sino algunos defectos de forma en lo que al procedimiento de despido del actor se refiere.

² Conde Marín, E.: *La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*. La Ley. Madrid 2007. Pág. 381.

³ Nogueira Guastavino, M.: *La Prohibición de Competencia Desleal en el Contrato de Trabajo*. Aranzadi. Pamplona 2007. Pág. 215.

⁴ Nogueira Guastavino, M.: *La Prohibición de op. cit.* Pág. 216.

El actor, D. Justino, ya fue en un primer momento, antes del despido, sancionado con 11 días de suspensión de empleo y sueldo por haber tenido el empresario quejas de un cliente denunciando que le habían faltado dos gorrines, que aparecieron en las perchas del actor. Asimismo, el actor, al margen del trabajo en el Matadero, utilizaba sin permiso las instalaciones y el camión del Matadero con su chófer de reparto para entregar a clientes del actor, sus propios gorrines. El propio D. Justino admite los hechos y pide disculpas por los perjuicios causados, comprometiéndose a no utilizar los locales de la empresa ni materiales y/o herramientas de la misma con fines personales, así como a no realizar actividad laboral alguna ajena a la empresa en el ámbito de ésta⁵.

Por todo ello, a la vista de la declaración de D. Justino, parece quedar claro que aquello que califica a los actos de un trabajador como transgresión de la buena fe, ya no se volvería a producir, y por tanto, todo quedará en una suspensión de sueldo y empleo. A la vista está que no fue así, pues D. Justino fue despedido del Matadero. De nuevo vuelven a llegarle quejas de clientes al empresario: “Por el presente escrito, D. H. y D. F. desean comunicarle su más enérgica protesta por los siguientes hechos que hasta la fecha han sido reiteradamente denunciados de forma verbal al Encargado y al Gerente del Matadero, pero al no haber sido resueltos, procedemos ahora a denunciarlo de forma escrita: Durante todos los días previos a las recientes fiestas navideñas, el trabajador de esa empresa D. Justino ha venido visitando a nuestros clientes habituales, ofreciéndoles los mismos productos que nosotros. Esto, a primera vista puede parecer una competencia sana y normal; sin embargo, nosotros estamos convencidos de que su posición de trabajo en el Matadero le proporciona la suficiente información en cuanto a datos de los propios clientes, consumos, precios, etc., como para poder ofrecer mejores condiciones y en definitiva, aprovechándose de esa información, quitarnos ventas, como así ha ocurrido. Sabemos que anteriormente ya le han llamado varias veces al orden. Sin embargo si ustedes no ponen remedio, hemos decidido rescindir nuestra relación de trabajo con ustedes, dejando de utilizar los servicios del Matadero”⁶. Ciertamente el actor estuvo utilizando a los clientes habituales del Matadero, ofreciéndoles los mismos productos pero a precios más baratos.

Así pues, considerar que el trabajador quiebra el principio de buena fe contractual por captar o desviar clientes de su empleador, resulta evidente cuando se trata de clientela habitual o actual⁷.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de septiembre de 2012.

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de septiembre de 2012.

⁷ Nogueira Guastavino, M.: *La Prohibición de...* op. cit. Pág. 231.

Cuando un acto que ha producido un daño provoca beneficios para el trabajador, puede ser considerado como transgresor y permite declarar el despido como procedente. El deber de fidelidad implica un deber de abstenerse a conseguir un provecho personal para el trabajador⁸. Es significativo, pensamos, cómo el despido de D. Justino por éstos hechos es calificado de procedente tanto en primera instancia⁹, como en el recurso de suplicación que D. Justino presenta ante el Tribunal Superior de Justicia de Navarra¹⁰ y es el Tribunal Supremo, como anteriormente señalábamos, quien declara improcedente dicho despido, sin entrar en absoluto en el tema que provoca el mismo.

Por tanto, lo esencialmente relevante es que el trabajador, sin autorización del empresario, genere con sus actos intereses contrapuestos, ya que ofrece a la misma clientela, bienes o servicios de igual especie o carácter, y perjudique a aquél, sin que sea necesario que el perjuicio sea efectivo y real, bastando con que sea potencial y que el perjuicio se presume en todo trabajo en actividad idéntica o similar, máxime si se desarrolla, por ejemplo, en la misma localidad o zona, tal como es el caso que aquí traemos¹¹.

En definitiva, el incumpliendo del deber de buena fe por parte del trabajador, permite al empleador el uso de su poder disciplinario y, en su caso, la extinción del contrato, circunstancias acaecidas en este supuesto.

Pero ya decíamos que no es este el asunto que trae a colación la sentencia del Tribunal Supremo que comentamos¹², sino el no cumplimiento que ha existido por parte de la empresa de algunos requisitos formales que deben ir aparejados al despido, en este caso al de D. Justino, ya que el mismo es representante de los trabajadores, término establecido correctamente por las sentencias de primera instancia y por la de suplicación interpuesto: “El actor es representante legal de los trabajadores” y tal concepto aparece confundido en el texto de la sentencia del Tribunal Supremo que establece: “Existía en la empresa un solo delegado sindical: el expedientado, y era de imposible cumplimiento dar audiencia a los demás miembros del comité de empresa o delegados sindicales”. Debiera la jurisprudencia tener presente el uso correcto de la terminología, pues una cosa es ser delegado de personal y otra, delegado sindical; y

⁸ García Viña, J.: *La Buena Fe en el Contrato de Trabajo*. Consejo Económico y Social. Madrid 2001. Pág. 197.

⁹ Sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Pamplona, de 20 de julio de 2011: “Ha quedado acreditado que el actor utilizaba el Matadero donde prestaba servicios como matarife para matar sus reses y efectuar la venta y reparto de las mismas entre los clientes de la empresa, en clara concurrencia con la actividad de la demandada al desviar clientes de la misma en beneficio propio, transgrediendo la buena fe que debe presidir en el ámbito empresarial”.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Social, de 24 de noviembre de 2011.

¹¹ García Viña, J.: *La Buena Fe*.... op. cit. Pág. 214.

¹² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de septiembre de 2012.

más en este caso, donde nunca podrían coincidir en la misma persona, uno y otro –delegado sindical y delegado de personal- pues el número de trabajadores en el Matadero tan sólo daba para elegir a un delegado de personal, ni siquiera a tres ni haber tenido un comité de empresa.

Así pues, visto el tema que debería haber centrado el despido de D. Justino, pasamos al que ocupa la sentencia que aquí traemos: el cumplimiento del expediente contradictorio y los requisitos que éste conlleva al tratarse de un despido de un representante de los trabajadores.

2. EXPEDIENTE CONTRADICTORIO: REQUISITOS ESTABLECIDOS EN CONVENIO COLECTIVO

El art. 68.a) E.T. establece que “los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos, las siguientes garantías: apertura de expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves, en el que serán oídos, aparte del interesado, el comité de empresa o restantes delegados de personal”.

Así pues, el expediente supone una exigencia adicional a la pura comunicación escrita de la sanción o a la carta de despido, en el sentido de que a la comunicación que inicia el expediente, en la que deben figurar los hechos que se le imputan al representante, debe seguir una fase o periodo en el que el posible sancionado traslade sus criterios a la empresa, y que también lo hagan el resto de representantes, o incluso se practiquen las pruebas necesarias¹³

La sentencia que aquí analizamos ha dispuesto en sus Fundamentos de Derecho el proceder o no de la empresa a la hora de hacer efectivo el despido de D. Justino¹⁴.

El art. 55.1 E.T. dispone: “El despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos. Por convenio colectivo podrán establecerse otras exigencias formales para el despido. Cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical procederá la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a la que perteneciese, si los hubiera”.

¹³ González de Lena Álvarez, F.: *La Regulación Legal de los Representantes de los Trabajadores en la Empresa*. Fundación Confemetal. Madrid 2000. Págs. 85 y 86.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de septiembre de 2012. Es una sentencia Unificadora de Doctrina, basada en la necesidad de cumplir los requisitos formales que un convenio colectivo pueda disponer para llevar a cabo el despido disciplinario de un trabajador que es representante de los trabajadores.

Y esta posibilidad legal –establecer por convenio colectivo otras exigencias formales- es lo que ha establecido justamente el convenio colectivo que es de aplicación al Matadero donde trabaja D. Justino, que es el convenio colectivo básico, de ámbito estatal para las Industrias Cárnicas¹⁵, que dispone en su art. 72.2 que “en los casos en que se imponga una sanción por falta grave o muy grave, a los representantes legales de los trabajadores, que se encuentren en el desempeño de sus cargos, o a aquellos respecto a los que no hubiera transcurrido un año desde la extinción de su mandato, será preceptiva la incoación de un expediente, que se ajustará a las siguientes normas: a) La Empresa notificará al trabajador la apertura del expediente, comunicándole simultáneamente el pliego de cargos en el que se contengan los hechos en que se basa el expediente; b) En el mismo escrito de apertura del expediente, se designará por la Empresa un Secretario y un Instructor del expediente, imparciales; c) La Empresa dará traslado de este escrito al interesado para que, en el plazo de diez días, exponga las alegaciones y proponga la práctica de las pruebas que estime pertinentes.....El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos implicará la nulidad de la sanción impuesta”.

La cuestión que se plantea en esta sentencia¹⁶ es determinar si dadas las exigencias formales adicionadas en negociación colectiva para proceder la empresa a un despido disciplinario, es o no suficiente para entender cumplido dicho requisito formal el transmitirle al trabajador los hechos imputados en la carta de despido y que se haya seguido el expediente sin nombramiento de secretario ni instructor.

No existe una definición legal de lo que deba entenderse por “expediente contradictorio”, pues la ley se centra más en establecer su obligatoriedad que en identificar su contenido mínimo, o mucho menos en adoptar una definición.

Desde la perspectiva doctrinal el expediente contradictorio podría definirse como “el conjunto de diligencias o actuaciones necesarias para, con la intervención del trabajador expedientado, preparar la decisión sobre unos hechos susceptibles de ser sancionados disciplinariamente por su empresario”¹⁷

Desde la óptica jurisprudencial, contradictorio significa “que deben hacerse saber a quien se pretende sancionar con claridad los hechos y las faltas que se le imputan, dándole audiencia y otorgándole la posibilidad de desvirtuarlas en el mismo expediente, sin que el dato de poder defenderse excuse de

¹⁵ Resolución de 6 de marzo de 2008. BOE de 18 de marzo de 2008.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de septiembre de 2012.

¹⁷ Sempere Navarro, A. V. y Pérez-Campos, A. I.: *Las Garantías de los Representantes de los Trabajadores*. (Estudio del Art. 68 E.T.) Thomson. Aranzadi. Navarra 2004. Págs. 28 y 29.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1982, de 5 de febrero de 1990 y de 4 de abril de 1990.

la necesidad de que en aquél deben existir una serie de garantías mínimas para el interesado que no se cumplen sólo con haberle recibido declaración y entregarle la carta de despido que pone fin al expediente¹⁸.

Como señalábamos, la negociación colectiva puede establecer o disponer una regulación más exhaustiva de este expediente contradictorio.

La mayoría de los convenios colectivos cuando optan por afrontar la cuestión, lo que suelen hacer es una reiteración de lo establecido en el precepto estatutario y sólo en contadas ocasiones se entra en una más detenida regulación del expediente, incidiendo en aspectos sobre su modo de tramitación. Actuación esta última ante la que nos encontramos en el convenio colectivo de aplicación en el supuesto que analizamos.

Decíamos que la cuestión que se plantea es determinar si no habiendo seguido todas las exigencias formales recogidas en el convenio colectivo, y fundamentalmente la de no nombrar un instructor y un secretario como establece el art. 72.2 del convenio colectivo de Industrias Cárnicas, es motivo suficiente para declarar la improcedencia del despido del actor. No debemos perder de vista que tanto en primera instancia como en suplicación, ello no fue óbice para declarar la procedencia del despido en base a los hechos probados de transgresión de la buena fe que D. Justino llevó a cabo.

De una parte, la doctrina “nada entre dos aguas”; por un lado, se afirma categóricamente que la falta de estos sujetos –instructor y secretario- en la tramitación de un expediente contradictorio, decae nula la sanción, y por otro lado, se quiere salvar al instructor, pero no pasa nada si no hay secretario. Así, se dispone que cuando se han pactado en convenio determinadas formalidades o concretos requisitos en la instrumentalización del expediente, de no observarse los mismos, ha de concluirse con la necesaria declaración de improcedencia o nulidad (del despido o la sanción) en función de los preceptos aplicables¹⁹, o “parece imprescindible, tomando en consideración las particularidades del equilibrio sinalagmático presente en el vínculo laboral, la presencia de un tercero ajeno a las partes del contrato que pueda aportar equilibrio e imparcialidad y, al tiempo, refuerce las garantías del procedimiento sancionador. Nada impide el establecimiento en convenio colectivo de su nombramiento, en cuyo caso, su ausencia resultará relevante para determinar la nulidad del procedimiento²⁰”.

¹⁹ Sempere Navarro, A. V. y Pérez-Campos, A. I.: *Las Garantías...* op. cit., Pág. 44.

²⁰ Fernández-Costales Muñiz, J.: *Poder disciplinario empresarial y proceso especial de impugnación de sanciones*. Consejo Económico y Social del Principado de Asturias. Oviedo 2005. Pág. 76.

“Numerosos convenios colectivos incluyen la participación del instructor y secretario en la tramitación del expediente, lo que plantea el grado de exigibilidad que, en estos supuestos, deba atribuirse a este requisito formal. En el caso del instructor, la ausencia de éste cuando así se hubiera prescrito convencionalmente representa un vicio grave que podrá determinar la nulidad del procedimiento ya que, dado el papel que se le asigna dentro del expediente, su introducción en el mismo por vía convencional no es un elemento accesorio sino un incremento sustancial de las garantías que se ofrecen al trabajador. Por el contrario, la omisión de secretario no debería generar en todo caso similares consecuencias anulatorias ya que su función, constatar por escrito el desarrollo y contenido de las diferentes actuaciones, podrá ser suplida en ocasiones por el instructor, a quien por otro lado cumplimenta”²¹.

Debe quedarnos claro que no estamos ante la ausencia de cualquier requisito formal para llevar a cabo el expediente contradictorio. El expediente se ha tramitado, aunque defectuosamente, y por ello habrá que distinguir en función de que se haya provocado indefensión o no al trabajador expedientado²². No queda reflejado en ninguna parte de la sentencia, ni por manifestación del actor ni por intervención de la magistrada., que aquél haya sufrido indefensión; el problema radica que no fueron nombrados instructor y secretario por la empresa, tal y como dispone el convenio colectivo.

Establece la sentencia²³ que “como acertadamente señala el Ministerio Fiscal en su informe, la exigencia de nombramiento de Instructor y Secretario imparciales “no es baladí”; responde a la necesidad de garantizar la pureza del procedimiento sancionador, designando a personas imparciales que sin prejuicios puedan tramitar con solvencia el expediente, haciendo constar en el mismo todas las circunstancias, tanto favorables como desfavorables, así como apreciar la pertinencia de las pruebas que se pudieran proponer”

De conformidad con lo establecido en el art. 108.1 de la L.J.S.²⁴, el juez calificará el despido como improcedente cuando no quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario o en el supuesto que se hubieren incumplido los requisitos de forma establecidos en el número 1 del art. 55 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Así pues, el despido es declarado improcedente por imperativo de lo dispuesto en el art. 55.1 E.T.²⁵.

²¹ López Álvarez, M^a. J.: *El Expediente Disciplinario Laboral*. Aranzadi. Pamplona 1999. Pág. 181.

²² Matorras Díaz-Caneja, A.: *El Despido Disciplinario: Forma, Lugar, Tiempo, Calificación y Efectos*. Aranzadi. Pamplona 2009. Pág. 39.

²³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de septiembre de 2012.

²⁴ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de septiembre de 2012.

3. CALIFICACIÓN DEL DESPIDO

Ya hemos dejado señalado con anterioridad cuál ha sido la calificación del despido de D. Justino: improcedente, llamando poderosamente la atención que ninguno de los dos juzgados anteriores –el de lo Social y el Tribunal Superior de Justicia de Navarra– dieran dicha calificación al mismo. El despido en las dos instancias precedentes fue calificado de procedente.

No podemos perder de vista que una de las finalidades principales de la figura del expediente contradictorio la constituye el otorgar protección a quienes pueden ser objeto de los despidos disciplinarios. Se trata de una garantía inmediata –*ad personam*– para el representante de los trabajadores individualmente considerado, garantizando la independencia en el ejercicio de su tarea a quienes ocupan esta clase de puestos en una empresa, al evitar en buena medida la imposición de sanciones discriminatorias²⁶.

Y pensemos que es en esto último donde está el *quid* de la cuestión: el expediente es una garantía de protección frente a la sanción disciplinaria en el ejercicio de su tarea representativa. Y nos preguntamos: si el trabajador obró mal, actuó transgrediendo la buena fe, se benefició de su posición en el Matadero, pero en ningún momento dichas actividades estaban relacionadas con su actividad representativa, ¿qué pesaría más, la falta de nombramiento de instructor y secretario, aún cuando se tramitó el expediente contradictorio, o por el contrario el mal obrar disciplinariamente de este sujeto?

El E.T. dice textualmente: “cuando el trabajador fuere representante de los trabajadores procederá la apertura de expediente contradictorio”, art. 55.1. El expediente contradictorio se señala en la sentencia²⁷ que se tramitó, pero ha quedado claro que no cumplieron todos los requisitos formales establecidos en el convenio colectivo.

Cierto es que el empresario podría haber llevado a cabo lo dispuesto en el art. 55.2 E.T.: “Si el despido se realizara inobservando lo establecido en el apartado anterior, el empresario podrá realizar un nuevo despido en el que cumpliera los requisitos omitidos en el precedente.....”. No consta que lo hiciera en ningún momento.

A la vista de todo, parece que D. Justino tuvo “suerte” de ser representante de los trabajadores, para que por incumplimiento formal del trámite que convencionalmente se exigía para el expediente contradictorio, su despido haya sido declarado improcedente.

Por ello, será D. Justino quien tenga la opción de elegir entre permanecer en el Matadero o ser indemnizado.

²⁶ Fernández-Costales Muñoz, J.: *Poder disciplinario*.....op. cit. Pág. 73.

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de septiembre de 2012.

DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén

LAS TASAS JUDICIALES EN EL ÁMBITO SOCIAL Y SU REINTERPRETACIÓN A LA LUZ DE LA LEY DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA: LAS DISTORSIONES DE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA LEY DE TASAS

Auto del TSJ del País Vasco, de 19 de febrero de 2013

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ*

SUPUESTO DE HECHO: Frente a Sentencia de la misma Sala que desestima un recurso de suplicación interpuesto por el trabajador contra sentencia del Juzgado de lo Social que igualmente desestimaba la demanda por despido y que lo declara procedente por causas económicas, se prepara recurso de casación para unificación de doctrina, lo que determinó la posterior interposición del mismo sin adjuntar a su escrito el justificante de pago de la tasa judicial prevista en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, razón por la que el trabajador fue requerido de subsanación en plazo de cinco días. Frente a dicho requerimiento formuló recurso de reposición que fue desestimado mediante Decreto del Secretario Judicial, de 5 de febrero de 2013, el cual, a la vista de la falta de subsanación del defecto advertido, dio cuenta a la Sala a efectos de que dictar la resolución oportuna sobre la continuidad o no de la tramitación del recurso de casación para unificación de doctrina.

RESUMEN: El Tribunal concluye su Auto, dictado en el seno del Recurso núm. 2162/2012, llamado a convertirse en centro de atención de cuantos discuten lo poco oportuno de la implantación del sistema de tasas judiciales instaurado por la ley 10/2012 de 20 de Noviembre, que el trabajador no está sujeto a la carga de pagar la tasa judicial en el ámbito del recurso de casación para la unificación de doctrina. Argumenta su posición en la existencia de preceptos contradictorios en la referida ley, contradicción que se hace más patente al ser confrontados con la todavía vigente Ley de Justicia Gratuita. La ley de tasas dispone la exención total de la tasa a las personas

* Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Abogado en ejercicio.

que tienen reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita frente a la obligación de pago que impone a los trabajadores, si bien beneficiándose de la una exención del 60 por 100 en la cuantía de la tasa por la interposición de los recursos de suplicación y casación. Para la Sala la cuestión está bien clara, los trabajadores no pagarán la tasa cuando litigan en el orden social en dicha condición en virtud del reconocimiento *ex lege* del derecho a la justicia gratuita sin necesidad de acreditar su insuficiencia de recursos toda vez que el artículo 2.d de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita no ha sido modificado.

ÍNDICE

1. LAS TASAS EN EL ORDEN SOCIAL
2. LA REINTERPRETACIÓN DE LAS EXENCIONES SUBJETIVAS DE LAS TASAS A LA LUZ DE LA LEY DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA
3. VALORACIÓN FINAL: LAS DISTORSIONES DE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA LEY

1. LAS TASAS EN EL ORDEN SOCIAL

La presencia de las tasas o cantidades satisfechas a la Administración de Justicia no es nueva en nuestro sistema. En sus inicios pretendía cubrir parte de los gastos causados por la participación y colaboración de determinados profesionales en los Tribunales, y se destinaban esencialmente a las retribuir a los Secretarios Judiciales, los Oficiales de Justicia, los Auxiliares de la Administración de Justicia y los Agentes Judiciales, por determinadas actuaciones procesales. En 1959 un Decreto refunde todas las normas reguladoras anteriores y los importes que se deben sufragar, convalidándolas en una disposición única que además quedaba abierta a la posibilidad de su eliminación. La Ley del 24 de diciembre de ese año 1986 eliminaba el pago de tasas por la reclamación ante la Justicia. Entre las principales razones que justificaban la supresión el legislador del momento manifiesta “*Mantener el principio de constitucionalidad de igualdad, para que la solicitud de tutela judicial no quede condicionada por la situación económica o posición social*”.

Será en 2002, la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la que vuelva a recuperar de nuevo las tasas en los órdenes Civil y Contencioso-Administrativo. Sin que en la ley que las recupera se justifique razón alguna de esa nueva imposición de tasas, sí queda claro que estas solo afectaban a las personas jurídicas, no a las físicas, que la gestión de estas se atribuye a las Oficinas Judiciales, siendo de ámbito estatal y que a su vez podían convivir con otras fijadas por las comunidades autónomas dentro de sus competencias. La nueva ley vigente, aumenta los supuestos en los que se debe pagar y las cuantías a pagar, incluye a las personas físicas y solo deja fuera el orden jurisdiccional penal.

Con la intención de hacer viable un modelo en el que parte del coste de la Administración de Justicia sea soportado por quienes más se benefician de ella y tratando de corregir los desajustes que persisten y que justifican la adopción de una nueva normativa que permita profundizar en determinados aspectos de las tasas judiciales, todo ello desde la óptica de los que el Tribunal Constitucional declaró conformes a nuestra norma fundamental en su sentencia 20/2012, de 16 de febrero de 2012, el legislador se ha apresurado a la remodelación del sistema de tasas judiciales reinstaurado mediante Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que vuelva a recuperar las tasas en los órdenes Civil y Contencioso-Administrativo, en el 2002, solo para las personas jurídicas. La 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 incluye, ahora si, al orden social.

Afirma el legislador en la exposición de motivos que el derecho a la tutela judicial efectiva no debe ser confundido con el derecho a la justicia gratuita, por tratarse de dos realidades jurídicas diferentes. Desde el momento en que la Constitución encomienda al legislador la regulación del alcance de esta última, está reconociendo que el ciudadano puede pagar por los servicios que recibe de la Administración de Justicia. La excepción vendría de la mano de aquellos supuestos en los que se acredite «insuficiencia de recursos para litigar» siendo el único supuesto en el que la propia Constitución consagra la gratuidad de la justicia.

Con el trasfondo de la realidad económica de España, lo cierto es que la Ley traslada a los ciudadanos una parte de los costos de la Administración de Justicia utilizando el criterio tributario en el que su hecho imponible está constituido, fundamentalmente por la prestación de servicios en régimen de Derecho público que afecten o beneficien al obligado tributario. No es por tanto la capacidad económica del contribuyente la que determina la carga tributaria, sino del coste del servicio prestado, que nunca puede superarse.

Con la vista puesta ahora, no sólo en las personas jurídicas sino también en las personas físicas, solo se prevé la exención subjetiva de aquellos a quienes se reconozca el derecho a la asistencia jurídica gratuita, al igual que se prevé para el deudor que solicita su concurso, el Ministerio Fiscal, las Administraciones Públicas y las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

Dado que la aplicación de la tasa queda regulada por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social, es necesario conocer en qué términos procede la aplicación de la misma en la jurisdicción social, dadas las especificidades de una jurisdicción destinada a solventar en su gran medidas las necesidades de trabajadores y beneficiarios

del sistema de Seguridad Social. Con la idea de atender a este tratamiento especial la jurisdicción social ha recibido tradicionalmente del legislador la Ley, si bien incluye la aplicación de las tasas lo hace de modo especial.

Queda excluida la instancia en el pago de las tasas, de este modo todos los legitimados en el ejercicio de acciones del orden social, podrán obtener un pronunciamiento judicial a sus conflictos, sin que el pago de las tasas afecte en este orden. El principio de la gratuidad queda de algún modo inalterado sumando a la ausencia de tasas, la ausencia de representación obligatoria (con la excepción del artículo 19.2 de la LRJS), así como la ausencia de una representación técnica por graduado social o defensa por letrado.

Sin embargo es en la vía de los recursos donde la Ley establece la obligación en el pago de las tasas judiciales. El artículo 2 en su apartado f) indica que constituye el hecho imponible de la tasa el ejercicio de la potestad jurisdiccional la interposición de recursos de suplicación y casación en el orden social. La interposición de los tres recursos devolutivos esenciales del ámbito social, recurso de suplicación y casación (entendida la inclusión del recurso de casación para la unificación de doctrina) queda afectada de una manera proporcionada a los intereses que se tutelan en el mismo, en atención a los derechos e intereses en juego en este orden jurisdiccional, lo que también lleva a prever una tasa de menor cuantía cuando el demandante que presente aquellos recursos sea el trabajador tanto por cuenta ajena como autónomo.

El artículo 4 dedicado a las exenciones de la tasa contiene tanto las exenciones objetivas como las subjetivas. En cuanto a las exenciones subjetivas (art 4. 2) mantiene dos referencias que son de aplicación al caso que nos ocupa. Desde el punto de vista subjetivo, están, en todo caso, exentos de esta tasa, entre otras, las personas a las que se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, acreditando que cumplen los requisitos para ello de acuerdo con su normativa reguladora. Tras esta relevante afirmación que nos obliga a remitirnos al contenido de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, el apartado tercero incluye una exención parcial referida al orden, indicando que los trabajadores, sean por cuenta ajena o autónomos, tendrán una exención del 60 por ciento en la cuantía de la tasa que les corresponda por la interposición de los recursos de suplicación y casación. De dichas afirmaciones surge la contradicción desde la que se plantea el razonamiento interpretativo novedoso de la Sala de lo Social, del TSJ del País Vasco en el auto que comentamos.

2. LA REINTERPRETACIÓN DE LAS EXENCIONES SUBJETIVAS DE LAS TASAS A LA LUZ DE LA LEY DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

Considera la Sala que la Ley 10/2012, *contiene dos preceptos contradictorios entre sí*, en relación a la exigencia del pago de tasa judicial a los trabajadores que interponen recurso de casación para unificación de doctrina. Concretamente, *en su art. 4.2.a) “establece la exención total de la tasa judicial a las personas a las que se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita”*, acreditando que cumplen los requisitos para ello de acuerdo con su normativa reguladora. *Por su parte, en el art. 4.3 se dispone: “en el orden social, los trabajadores, sean por cuenta ajena o autónomos, tendrán una exención del 60 por ciento en la cuantía de la tasa que les corresponda por la interposición de los recursos de suplicación y casación”*. La contradicción proviene de que la normativa reguladora del derecho a la asistencia jurídica gratuita reconoce a los trabajadores ese derecho cuando litigan en el orden social, a tenor de lo que establece el art. 2 de la LAJG, cuando dice que tendrá derecho a la asistencia jurídica gratuita, entre otros: *“En el orden jurisdiccional social, los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social, tanto para la defensa en juicio como para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales”*.

Sobre la base de este precepto de la LAJG, defendiendo la vigencia del mismo, e interpretándolo en el sentido de que reconoce a los trabajadores el beneficio de justicia gratuita durante toda la intervención del proceso, también en los recursos de suplicación y casación, todo ello contando como base que la Ley 10/2012 no ha modificado ni ha derogado, tanto expresa como tácitamente el Art. 2.d) LAJG. De este modo los trabajadores lo tienen reconocido con arreglo a la Ley 1/1996, para actuar en el orden social a lo largo de todo el proceso, incluso en fase de recurso de suplicación y casación. Recordemos que la concesión del derecho a la asistencia jurídica a los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social cuando litigan en el orden social en dicha condición, la reciben sin necesidad de acreditar individualmente insuficiencia de recursos económicos,

La elaborada lista de argumentos expuesta en el auto, son concluyentes y el argumento jurídico y lógico, de la Sala, es consistente, así la Ley 10/2012 muy claramente dispone que los trabajadores, en el orden social, tendrán una exención del 60 por ciento en la cuantía de la tasa que corresponda a los recursos de suplicación y casación (art. 4.3), lo que la Sala interpreta como un mandato inequívoco y revelador de que quiere que paguen tasas en tales casos, pero con la misma nitidez advierte la Sala que dispone la exención total de tasas a quienes tengan reconocido el derecho de justicia gratuita por cumplir sus

requisitos, conforme a su propia normativa (art. 4.2.a), lo cual incluye a los trabajadores cuando litigan en el orden social en dicha condición, de manera automática, sin necesidad de acreditar su insuficiencia de recursos (art. 2.d LAJG), ya que no ha modificado esta norma.

La Sala aprecia la contradicción y se atreve a interpretar el motivo de la misma considerando que el proyecto de ley de tasas, debió correr paralelo a otro proyecto de modificación de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, que fue postergado en beneficio de la más pronta entrada en vigor del sistema de recaudación. Sea como fuere, como la propia Sala indica no es ella a la que le corresponde averiguar la causas de esa contradicción normativa, pero si les corresponde resolverla ya que el art. 2.d) LAJG subsiste y es preciso seleccionar cuál de los dos preceptos de la Ley 10/2012 ha de aplicarse a los casos de recursos de suplicación y casación interpuestos por trabajadores, si el art. 4.2.a) o el art. 4.3.

El criterio ha encontrado pronto eco en la doctrina. Así el Magistrado FOLGUERA CRESPO¹, sostiene la vigencia del criterio de la Sala del TSJ del País Vasco, incluso tras la entrada en vigor del RDL 3/2013, de 22 de Febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita,² ya que en nada varía la condición del trabajador como beneficiario directo, en el ámbito social, del derecho a la asistencia jurídica gratuita, sin necesidad de justificar su insolvencia.

Desde un punto de vista mucho más extenso hemos tenido la oportunidad de conocer, por deferencia del autor, la opinión del Profesor MOLINA NAVARRERE, quien se posiciona con sentido crítico frente al auto del TSJ del País Vasco. Mediante el artículo que será publicado en Aranzadi Social 2013, considera la tesis de los magistrados de la Sala, un tanto extrema, entendiendo que *abrogar judicialmente una ley es excepcional y, por tanto, debe haber bases mayores, o no existir interpretaciones razonables que mantengan la compatibilidad*. Sostiene la viabilidad de una interpretación doblemente correctora, del exceso de aplicación del art. 4. 2 a) –por no tener en cuenta el art. 4.3–, y del exceso del art. 4.3, por no tener en cuenta la eventual insuficiencia de solvencia para recurrir en el caso concreto.

La clave interpretativa de la Sala, parte de la remisión que efectúa el artículo 4.2.a) de la Ley 10/2012, en el que claramente se refiere a quienes se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita de acuerdo con su normativa reguladora. No existiría contradicción interpretativa si considerá-

¹ Aplicación de las tasas en el orden social. Diario La Ley, Nº 8045, Sección Tribuna, 18 Mar. 2013, Editorial LA LEY. LA LEY 1742/2013.

² BOE, núm. 47 de 23 de febrero de 2013, páginas 15205 a 15218.

ramos que lo que hace el art. 4.2.a) de la Ley es limitar el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los casos de reconocimiento expreso del derecho a la asistencia jurídica gratuita por acreditación de insuficiencia de recursos para litigar y es aquí donde el Prof. Molina Navarrete encuentra las claves para un interpretación correctora de la nueva norma, que evite la derogación de la norma.

Sin embargo la Sala rechaza que quepa una lectura en la que sea posible un reconocimiento expreso del beneficio de justicia gratuita a la vista de la acreditación de la insuficiencia de recurso, basando su inadmisión en una serie de motivos:

1) desde su literalidad, el precepto se refiere a quien acredite cumplir los requisitos conforme a su normativa reguladora, sin exceptuar el supuesto del art. 2.d) de la Ley 1/1996, ya que no contiene expresamente dicha salvedad ni tampoco puede entenderse incluida en forma tácita.

2) ese derecho a la asistencia jurídica gratuita desligado de la acreditación singular de la insuficiencia de recursos económicos no alcanza en la Ley 1/1996 únicamente a los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social cuando litigan en el orden social en tal condición, sino también a otras entidades que no tienen encaje en los otros supuestos de exención total subjetiva del art. 4.2 de la Ley 10/2012 (Ministerio Fiscal, Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas, entidades locales y organismos públicos dependientes de todas ellas, Cortes Generales y Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas), como son el caso de la Cruz Roja Española, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios y las asociaciones de utilidad pública cuyo fin sea la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad (disposición adicional segunda de la LAJG), las cuales estarían obligadas al pago de las tasas judiciales dispuestas en la Ley 10/2012 si tal fuese la comprensión del alcance de su art. 4.2.a).

3) la concesión del derecho a la asistencia jurídica a los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social cuando litigan en el orden social en dicha condición, sin necesidad de acreditar individualmente insuficiencia de recursos económicos, tiene su razón de ser en el hecho de que una gran parte de quienes así litigan estarían en el supuesto de insuficiencia de recursos y, su particularizado reconocimiento llevaría consigo unas dilaciones relevantes para los intereses en juego en ese tipo de litigios, en donde se dirimen cuestiones que atienden necesidades básicas de dichas personas, no concurriendo en las tasas judiciales ninguna razón singular que justifique apartarse del modelo general de reconocimiento del derecho a ese colectivo.

4) el hecho de que el art. 4.3 mencione únicamente a los trabajadores como sujetos parcialmente exentos, sin incluir a los beneficiarios del sistema de Seguridad Social, ya que no resulta concebible que éstos queden sujetos a la tasa sin exención alguna.

5) desde una vertiente funcional de la norma, ya que si se entiende que el art. 4.2.a) de la Ley sólo incluye los supuestos de reconocimiento del derecho por insuficiencia de recursos económicos, obligaría a cuantos litigan en el orden social y estuvieran en este supuesto a que, desde un primer momento, previo a la interposición de la demanda (o al juicio, si su presencia en el pleito es como demandados), deban interesar ese reconocimiento por exigencias del art. 8 LAJG, lo que generaría: a) retrasos en esos litigios (contradiciendo el principio de celeridad que inspira su regulación); b) una petición desmesurada de reconocimientos del beneficio para el uso que luego pueda necesitarse del mismo, en función de que dicho litigante tenga que interponer recurso de suplicación o casación (opuesto al principio de eficacia que debe tener cualquier servicio público).

Para la Sala, la colisión entre la exención del 60 por ciento en la cuantía de la tasa que corresponda a los recursos de suplicación y casación (art. 4.3), a los trabajadores en el orden social, como voluntad expresa de pago y la exención total de tasas a quienes tengan reconocido el derecho de justicia gratuita por cumplir sus requisitos, conforme a su propia normativa (art. 4.2.a), lo cual incluye a los trabajadores cuando litigan en el orden social en dicha condición, de manera automática, sin necesidad de acreditar su insuficiencia de recursos (art. 2.d LAJG), ya que no ha modificado esta norma.

3. VALORACIÓN FINAL: LAS DISTORSIONES DE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA LEY

Con independencia de la relevancia que la tesis interpretativa de la Sala del TSJ del País Vasco, mantenga desde el punto de vista de la teoría jurídica, estimulando a la doctrina a pormenorizar el alcance de cuestiones tan jurídicamente esenciales como la dimensión integradora de la interpretación judicial en la aplicación de las normas, sin que se convierta en una forma de derogar las normas que, legítimamente aprobadas, han de regirnos, lo cierto es que desde el punto de vista práctico, ofrece una innegable dimensión que simplifica la aplicación de un perverso sistema de tasas judiciales, especialmente gravoso en procesos de la innegable repercusión del proceso social.

Aun cuando la presencia de las tasas en nuestro sistema no es nueva, han sido, por tanto, las nuevas modificaciones incluidas en la ley de 2012, por el Gobierno, las que han conseguido aunar el rechazo de todos los grupos políticos, así como de todos los colectivos que intervienen dentro del ámbito de la Justicia: jueces, secretarios judiciales, fiscales, abogados y procuradores, y también desde el resto de colectivos tanto sociales, como de defensa de los derechos de los consumidores. Igualmente la doctrina se ha posicionado con vehemencia en contra del sistema o más bien en contra de la vulneración de

derechos que se ven afectados con el sistema de recaudación por el uso de la administración de justicia. Pocos temas dentro del sistema judicial, han sido capaces de suscitar semejante grado de consenso y compromiso en aquellos colectivos sobre los que recae la responsabilidad de hacer posible la tutela judicial efectiva de los derechos de los ciudadanos, cuestión esta que afirmamos no sin tristeza ante la falta de unión y compromiso en cuestiones que permitiría hacer posible una justicia más próxima al ciudadano y más cercana a los fines que ha de perseguir. Resulta altamente significativa la rápida reacción de los distintos colectivos anunciando e interponiendo los correspondientes recursos ante el Tribunal Constitucional.

No es ajeno el legislador al amplio debate suscitado a consecuencia del nuevo sistema de tasas instaurado a partir de la entrada en vigor de la Ley 10/2012. Pese a los esfuerzos del Gobierno por hacer entender cuáles son sus motivaciones, asegurando que su implantación no vulnera derecho constitucional alguno, la intranquilidad del legislador, quizá por la repercusión social de la medida y el unánime rechazo de su modelo, le han llevado a efectuar modificaciones. La exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, expresa de algún modo la voluntad del legislador de aminorar los gravosos efectos de su implantación en nuestro sistema judicial, siguiendo las claras indicaciones del Defensor del Pueblo. El alegato exculpatario introducido en la parte expositiva del referido texto legal, a esto nos conduce cuando afirma que pese a la legitimidad del sistema, *“La aplicación de la ley, sin embargo, ha puesto de manifiesto que pese a que las tasas, en abstracto y por sí mismas, no se consideran lesivas de derecho alguno, podrían llegar a darse casos concretos e individualizados en los que la cuantía fijada en la tasa resultara excesiva”*. La modificación, por tanto de las cuantías de las tasas se arbitra con el fin de que la cuantía de las tasas pueda generar efectos indeseados. De lo contrario se estaría incumpliendo el mandato del Tribunal Constitucional³ que pese a afirmar que son constitucionales, indica que deben fijarse en una cuantía *que no sean tan excesivas que, a la luz de las circunstancias propias de cada caso, impidan satisfacer el contenido esencial del derecho de acceso efectivo a la justicia”*.

Si bien dicho Real Decreto, responde a un necesario ajuste que salve el juicio de constitucionalidad al que se verá sometida la norma, ha sido una nueva oportunidad perdida para zanjar las cuestiones contradictorias que se generan por la vigencia de una norma cuya modificación se anuncia. La entrada en vigor de esta norma se ha producido de forma anticipada, -y precipitada, añadiríamos

³ Sentencia 20/2012, de 16 de febrero de 2012.

nosotros- en relación con la norma complementaria que habrá de venir, la nueva ley de Asistencia Jurídica Gratuita, de mayor complejidad en su tramitación, como así reconoce la propia exposición de motivos. Sin embargo, las matizaciones surgidas en algunos aspectos de esta norma no han afectado, en modo alguno al contenido de la condición del trabajador como beneficiario, *ex lege*, del derecho a la asistencia jurídica gratuita, sin necesitar acreditar su insuficiencia de recursos. Si el uso de la vía legislativa amparada en la extraordinaria y urgente necesidad es, según reconoce el legislador, evitar que los distintos tiempos de aprobación de las leyes citadas, derivados de las diferencias de tramitación parlamentaria, distorsionen su aplicación práctica, hemos de concluir que solo compete al juez tratar de corregir estas *distorsiones en su aplicación práctica*.

No sabemos si antes de la modificación de LAJG, tendremos la oportunidad de conocer la opinión del TS, al respecto de este criterio hermenéutico abierto, pero ciertamente se abre la puerta a ello entendiendo que el fundado argumento del TSJ del País Vasco, exime del pago de la tasa en recursos de suplicación y casación a los trabajadores que litiguen en esta comunidad autónoma, frente al pago al que se ven obligados todos los demás, y en su caso generando lo que el Prof. Molina Navarrete augura, considerando que aquellos expedientes que no tramitó la comisión de asistencia jurídica gratuita, tendrá que tramitarla ahora la hacienda pública.

Se opte por la opción que se opte, el auto deja al descubierto una legislación apresurada, adentrando nuestro sistema en un mecanismo de reducción de pleitos, de recaudación de fondos y de mejora de los tribunales así como de la propia garantía de la asistencia jurídica gratuita, que no ha nacido del consenso y la opinión de los distintos sectores implicados en el ámbito judicial, sino más bien en la necesidad de ajustar, presupuestariamente, el gasto público del Estado, en evitación de causar males mayores a nuestra economía. Cuando la precipitación preside el mecanismo legislativo, es lógico que aparezcan las distorsiones en la aplicación práctica, o bien por falta de previsión o bien por no corregirlas a tiempo con la modificaciones de las normas complementarias. Lo cierto es que tales disonancias nos permiten disfrutar de este debate teórico que resulta apasionante, atendiendo al meticuloso análisis que nos ofrece la doctrina, confrontado pareceres sólidamente construidos, tanto en las voces que apoyan la tesis de la Sala de lo Social del TSJPV, como en la única voz que hemos podido conocer que critica ese punto de vista.

En la práctica, evidentemente aplaudo la discrepancia que permitirá, cuando menos hasta la modificación de la LAJG, evitar que los recursos extraordinarios devolutivos del orden social, no abonen la pretendida tasa, aunque para ello haya que solicitar la devolución de las efectuadas por la Hacienda Pública.

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN PARCIAL

*Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo 308/2013 y
727/2013, sala IV, de 22 y 30 de enero de 2013*

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS*

SUPUESTO DE HECHO: Se trata de determinar si un trabajador jubilado parcial, cuyo contrato de trabajo temporal a tiempo parcial se extingue por despido colectivo que afecta a la totalidad de los trabajadores de la empresa, tiene o no derecho a continuar en situación de jubilación parcial desde la fecha de tal extinción contractual o desde la de finalización de la percepción de la prestación por desempleo hasta que cumpla la edad que le permita acceder a la jubilación ordinaria o anticipada.

RESUMEN: En ambas sentencias, el actor es un trabajador que pasó a la situación de jubilación parcial, suscribiendo con su empresa un contrato a tiempo parcial del 15% de la jornada que anteriormente realizaba hasta el momento de la edad de jubilación. Algún tiempo más tarde la empresa presentó concurso voluntario de acreedores, en base al mismo, el Juzgado de lo Mercantil autorizó la extinción colectiva de los contratos de trabajo de dicha empresa. Desde dicha fecha comenzó a percibir la prestación por desempleo parcial, pero extinguida la misma, el Instituto Nacional de la Seguridad Social acordó extinguir la prestación por jubilación parcial al considerar que la extinción de los contratos de trabajo tras concurso voluntario equivale a un despido procedente.

* Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: LA EDAD DE JUBILACIÓN
2. UNA MANIFESTACIÓN DEL LLAMADO “ENVEJECIMIENTO ACTIVO”: LA JUBILACIÓN PARCIAL
3. LA EXTINCIÓN DE LA JUBILACIÓN PARCIAL ANTICIPADA POR EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DEL JUBILADO PARCIAL

1. INTRODUCCIÓN: LA EDAD DE JUBILACIÓN

Como regla general, alcanzada una edad, determinada por la legislación, se podrá obtener en caso de cese en el trabajo una pensión de jubilación¹, si se cumplen los requisitos de aportación previa al sistema.

No cabe duda de que las pensiones por jubilación han sido las prestaciones “centrales” de los sistemas Seguridad Social, de hecho, una parte sustancial del gasto en prestaciones de la Seguridad Social de los Estados la supone dichas pensiones.

El alto coste económico, y su proyección a causa del envejecimiento de la población (y la baja tasa de natalidad), ha supuesto que en los últimos años se hayan producido importantes cambios normativos en esa materia.

Claramente, los distintos avisos producidos desde la Unión Europea dieron lugar a que por consenso de las distintas fuerzas políticas se adoptara a mediados de los noventa del siglo pasado el conocido como Pacto de Toledo, que, respecto del tema que nos ocupa, estableció como recomendación la flexibilidad en la edad de jubilación (que habría de establecerse de forma progresiva y gradual). La idea era que el sistema no pudiera impedir “una presencia social activa del pensionista” bien facilitando la prolongación voluntaria de la vida activa de quienes libremente lo desearan o bien permitiendo una jubilación parcial.

¹ Aunque quizás este concepto ya debe de ser abandonado, como se recuerda, la DA 37ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, estableció que el Gobierno presentaría con proyecto de Ley que regulara la compatibilidad entre pensión y trabajo”. Desde luego, ello no se ha producido así. La forma ha sido la tomada como costumbre por el actual ejecutivo de regular a través de Reales Decretos Leyes. De conformidad con esta errónea técnica legislativa, a mi juicio, que sustrae sistemáticamente al Parlamento el objeto de su cometido, el RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, ha establecido en su capítulo I la compatibilidad de la pensión de jubilación contributiva con el trabajo por cuenta ajena o propia, a tiempo completo o parcial, siempre que se haga cumplida la edad de jubilación ordinaria (no anticipada o con bonificaciones) y que con el período máximo de cotización que conlleve que el porcentaje aplicable a la base reguladora fuese el 100%.

A esta idea ha de unirse el hecho de que la Recomendación anterior de este Pacto, la novena, propone el reforzamiento de los principios de equidad y contributividad, “sin perjuicio del criterio de solidaridad”², de tal modo que las prestaciones guarden una mayor proporcionalidad con el esfuerzo de cotización realizado.

Estas ideas han supuesto la modificación, en no pocas ocasiones, de la regulación de las prestaciones de jubilación contributivas de la Seguridad Social.

Así pues, desde hace más de 20 años, se comenzaron a implantar políticas tendentes a la flexibilización de la figura de la jubilación y a la gradualidad de su realización efectiva, parece que es algo en lo que ha habido un cierto consenso social y por tal motivo se convirtió en un línea de actuación “preferente” del legislador.

En esta situación también se produce una discusión sobre la determinación de la edad de jubilación. Es cierto y manido, que la edad de 65 años que se estableció con la regulación del retiro obrero de 1919 y la esperanza de vida en aquél momento y en éste son muy distintas; en el momento actual la superior esperanza de vida lleva consigo que el período de abono de las pensiones sea más largos y por lo tanto, más costosas las pensiones para el sistema.

Aunque hay sectores de la opinión que se encuentra a favor de reducir dicha edad tanto para los trabajadores con mayores carreras de seguro, como para permitir un alivio en las plantillas de empresas o sectores en crisis³, en cambio, son mayoritarias (o al menos han conseguido mayor difusión) las opiniones en favor de un prolongación en la vida activa de los trabajadores maduros, retrasando su edad de jubilación. Este tipo de valoraciones pertenece, como indica de forma impecable GARCÍA MURCIA, “al terreno de la sociología, la demografía y la ciencia financiera o presupuestaria, aunque siempre con algún ingrediente importante procedente del campo asegurador o actuarial. El gran objetivo de estas propuestas es la preservación de la salud financiera de los sistemas de Seguridad Social, aunque en su puesta de largo también suelen intervenir argumentos de otro calado: de una parte, la alusión a las expectativas de vida de las personas y, por lo tanto, al momento de llegada de la fase de vejez, que hoy en día parece en trance de despegarse del mero cumplimiento de

² Lo cual siempre me ha parecido incongruente. Estamos en un sistema de pensiones de reparto, el reforzamiento de criterios de contributividad es propio de los de capitalización, salvo que quieran imponerse como obstáculos a la obtención de prestaciones públicas y con ello conseguir contener el gasto social. ¿Quién nos garantiza una pensión proporcional al esfuerzo de cotización realizado si cuando nos jubilemos nuestras cotizaciones ya se habrán gastado en el pago de pensiones de los pasivos durante nuestro período de aportación?

³ Lo cual no parece que sea un motivo sólido con la nueva regulación de los despidos colectivos y objetivos, tras el RD-Ley y la Ley 3/2012 de reforma del mercado de trabajo.

la edad de sesenta y cinco años; de otra parte, la invocación de razones productivas y económicas, más pendientes de la posible aportación de las personas, aún a sabiendas de su avanzada edad, al sistema productivo”⁴.

La dulcificación de la rigidez de la edad se ha producido a través de las posibilidades establecidas por el sistema para que el trabajador se jubilara anticipadamente. En esta situación pueden distinguirse claramente varias modalidades: anticipaciones de la edad mínima ordinaria en función de la actividad desarrollada⁵; anticipación de la edad por la situación de discapacidad del trabajador; anticipación de la edad que se produce bien por causas no imputables al trabajador o bien por voluntad del interesado, a las que se refiere en la actualidad el art. 161 bis de la LGSS⁶. E incluso entre esta podrían incluirse las jubilaciones parciales, antes de la edad ordinaria, como medida de reparto del empleo.

También podría entenderse una manifestación de la flexibilización en la edad de jubilación la eliminación, por dos veces ya, de la posibilidad que se ofrecía por la DA 10ª del Estatuto de los Trabajadores de permitir que los convenios colectivos establecieran edades de jubilación forzosa como medida de fomento del empleo⁷.

A todo ello se une, dentro de la idea de gradualidad o progresividad, el establecimiento de posibilidades para compatibilizar el trabajo a tiempo parcial con la pensión de jubilación a tiempo parcial que es el objeto de la sentencia que se comenta. Y es que el concepto de flexibilidad afecta también a la propia contingencia de la jubilación, ya no sólo a las posibilidades que deja al trabajador en cuanto a la elección de adelantar o retrasar la edad de jubilación, sino también a la posibilidad de compatibilizar la pensión con el desempeño con una actividad laboral sea cual sea el momento⁸.

⁴ En “La política contemporánea de jubilación: algunos dilemas y algún contrasentido”, en AAVV, *Tratado de jubilación: Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo motivo de su jubilación*, Coord. López Cumbre, Editorial Iustel, Madrid, 2007, pág. 395.

⁵ Referida a la reducción de la edad en los trabajos de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad. Sobre esta cuestión, en general, puede verse Barrios Baudor, G.L. y Sempere Navarro, A.V., en *La jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social*, Aranzadi, Elcano, 2000, pág. 203.

⁶ Son fórmulas que permiten la anticipación en la misma con la finalidad de proteger a los trabajadores de mayor edad que al perder su trabajo tienen muy complicado reintegrarse en el mercado de trabajo nuevamente.

⁷ Véase al respecto Álvarez Cortés, J.C. “Un efecto más de la jubilación gradual y flexible: la imposibilidad de fijar edades de jubilación forzosa en la negociación colectiva” TL nº 75, 2004 y Álvarez Cortés, J.C. y Pérez Yáñez, R.M. en “La Ley 14/2005, de 1 de julio: nuevamente sobre la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo”, *Relaciones Laborales* t, II, 2005.

⁸ Como indica Alarcon Caracuel, M.R., “El concepto de jubilación flexible”, TL nº 66, 2002, 122-123.

En definitiva, como indica BORRAJO DACRUZ “más que a edad cronológica habría que estar a la edad biológica, o mejor aún, habría que estar en una categoría multidimensional en la que entrasen, en conexión e interdependencia: factores somáticos, psíquicos, económicos, sociales, culturales, entre otros posibles”⁹, quizás por ello la doctrina se ha planteado el concepto de “jubilación a la carta” en la que el trabajador elegirá, en caso de que cumpla los requisitos oportunos en cada una de las situaciones, el momento que, según sus necesidades, más le convenga para jubilarse.

2. UNA MANIFESTACIÓN DEL LLAMADO “ENVEJECIMIENTO ACTIVO”: LA JUBILACIÓN PARCIAL

Puede verse en las sentencias que se comentan como los actores de las mismas son trabajadores que redujeron voluntariamente su jornada de trabajo y comenzaron a percibir una pensión de jubilación parcial, compatible con el trabajo a tiempo parcial que venían realizando.

Esa mezcla y mantenimiento simultáneo de trabajo a tiempo parcial y pensión parcial es “la auténtica seña de identidad de la jubilación parcial”¹⁰. Aunque, a decir verdad, ello será así siempre que se produzca desde la situación de activo, esto es, cuando el trabajador decide jubilarse parcialmente, no en el caso del jubilado que decida trabajar parcial o, ahora como novedad tras el RD-Ley 5/2013, a tiempo completo, ya que en este supuesto nos encontraríamos con otra situación, con régimen jurídico distinto: la jubilación flexible¹¹. Nueva regulación que, por cierto, y como anteriormente se apuntó, rompe el criterio general de la incompatibilidad entre la pensión de jubilación contributiva y el trabajo del pensionista que venía recogiendo tanto en la LGSS como en el art. 16 de la Orden de 18 de marzo de 1967.

⁹ En “Envejecimiento de la sociedad y jubilación gradual y flexible”, AL nº 2, 2003, pag 390.

¹⁰ Como indica García Perrote Escartín, I, en “La jubilación parcial y contrato de relevo”, en AAVV, *Tratado de jubilación*, op. cit., pág. 1017

¹¹ Ha de recordarse que la “jubilación flexible” como término que utiliza el art. 1 de la Ley 35/2002 “puede llevar a confusión, pues ha referido la mención jubilación flexible a sólo un supuesto específico de ella, el de compatibilidad de la pensión de jubilación ya obtenida con un posterior trabajo a tiempo parcial. El concepto de jubilación flexible es genérico e incluye a todos los supuestos de alteración de la regla de la jubilación total y completa a los 65 años”, como indica Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M, en “La flexibilidad de la edad de jubilación”, RL t. II, 2002, versión leydigital.es, pág. 14. De hecho, en términos generales, podría decirse que “la jubilación parcial es una manifestación más de la jubilación flexible en relación a las condiciones de la percepción de la prestación”, como indica PUMAR BELTRÁN, N., en “La jubilación parcial como manifestación de flexibilidad”, TL nº 82, 2005, pág. 139.

La jubilación parcial requiere una novación del contrato, por supuesto acordada con el empresario, que conlleve una reducción de la jornada del trabajador que va a jubilarse parcialmente entre unos límites establecidos a modo de horquilla por la norma¹², y cumpliendo el resto de requisitos (antigüedad en la empresa, período de cotización previo y por supuesto, la edad) el trabajador podrá acceder así a la pensión de jubilación reducida de forma inversamente proporcional al tiempo de dedicación en la actividad.

Pero hay una clase de jubilación parcial, la anticipada, esto es, la que se realiza antes de la edad ordinaria de jubilación, que legalmente requiere otro requisito adicional consistente en la necesaria celebración de un segundo contrato de trabajo, llamado contrato de relevo, que puede ser o no a tiempo parcial con otra persona. Esta medida fue diseñada como de política de empleo o reparto de trabajo.

Es en esta segunda situación, la jubilación parcial anticipada, y sus condicionantes, en la que se centran las sentencias que se comentan. Pero creemos que sería interesante ver de forma previa cómo se introduce este tipo de jubilación en nuestro ordenamiento, quizás para comprender mejor la situación de los hechos de las sentencias que posteriormente se comentarán.

Con motivo de la Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, celebrada en Madrid en 2002, la Comisión Europea presentó una Comunicación denominada “La respuesta de Europa al envejecimiento a escala mundial. Promover el progreso económico y social en un mundo en proceso de envejecimiento” (COM 2002, 143 final), en la que se promueve el concepto de “envejecimiento activo” con la intención de dar respuesta a una serie de desafíos comunes para la UE y sus Estados miembros: “hacer frente a los efectos económicos del envejecimiento a fin de preservar el crecimiento y el saneamiento de las finanzas públicas; dar una respuesta adecuada al desafío que plantean el envejecimiento y la disminución de la mano de obra; garantizar pensiones adecuadas, viables y adaptables y asegurar el acceso de todos a una atención sanitaria de calidad, preservando al mismo tiempo la viabilidad financiera de los sistemas de salud”. Ello implica respecto de la jubilación, entre otras cosas, el impulso de la prolongación de la vida activa, la promoción de una jubilación más tardía y progresiva y la potenciación de la jubilación activa. Dicho de otro modo, es bueno alargar la vida laboral de los trabajadores en un marco lo suficientemente flexible para que pudiera dar respuesta a todas las especiales situaciones de este colectivo. Y es que, como ha indicado certeramente LÓPEZ GANDÍA, “las nuevas relaciones entre pensión de jubilación y trabajo son por

¹² Aunque en la regulación inicial de 1984 era una reducción fija (50% de jornada), en las posteriores regulaciones se establecieron una horquilla, que ha cambiado en varias ocasiones a lo largo de estos años.

otro lado una muestra más del llamado Estado del Bienestar ‘activo’, del nuevo papel de las prestaciones de Seguridad Social en relación con la actividad, esto es, del paso de un sistema de protección social identificado con la sustitución de rentas del trabajo exclusivamente a un sistema de prestaciones al servicio de la recolocación”¹³.

Aunque este concepto de “envejecimiento activo” ha sido impulsado (hasta incluso convertirlo en motivo de un “Año Europeo” en 2012), el debate sobre la jubilación flexible en la Comunidad Europea tiene su origen en la Recomendación del Consejo relativa a los principios de una política comunitaria sobre la edad de jubilación (82/587/CEE). Por la misma se invitaba a los Estados miembros a que se implantaran dentro de los respectivos sistemas de protección social mecanismos para conseguir flexibilización en la jubilación, en el sentido de permitir a los beneficiarios que pudieran elegir el momento en que puedan beneficiarse de su pensión de jubilación. Curiosamente, y sin todavía pertenecer a la misma, desde 1984 nuestro ordenamiento laboral y de Seguridad Social implanta la modalidad de jubilación parcial, a través de la Ley 31/1984, desarrollada por el RD 1991/1984: se permitió esta situación de compatibilización del trabajo a tiempo parcial con la pensión de jubilación parcial a partir de los 63 años y siempre que se redujera por el trabajador su jornada de trabajo en un 50%¹⁴.

Ya siendo miembros de la CEE, en 1993, el Consejo dictó otra Resolución sobre los regímenes flexibles de jubilación (93/C 188/01), en la que se formula el deseo “de que las personas mayores puedan seguir desempeñando un papel activo en la sociedad ... y puedan mantener un vínculo con el mercado de trabajo” por lo que se invitaba a los Estados miembros a que adaptasen sus políticas de empleo “para que se puedan ajustar con flexibilidad a los cambios demográficos y a la modificación de las estructuras de edades de la población activa”. Evidentemente, esta Resolución se vio reflejada en el Pacto de Toledo de 1995, tal y como anteriormente se dijo. No obstante ello, en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social no se adoptaron medidas para hacer efectivas las recomendaciones del Pacto de Toledo referidas a esta cuestión, hubo de esperar hasta 1998 (al hilo de la implantación de la Directiva 97/81/CE de Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial y del Acuerdo sobre Trabajo a Tiempo Parcial suscrito con los agentes sociales en España, salvo la patronal) cuando se adoptó

¹³ En *Jubilación parcial*, Bormarzo, Albacete, 2004, pág. 7.

¹⁴ Un desarrollo de la normativa europea e interna sobre la jubilación parcial puede seguirse con detenimiento en Paredes Rodríguez, J.M., en *La jubilación parcial en el sistema español de seguridad social*, CES, Madrid, 2008, págs 43 a 65.

el RD-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, que modificó el art. 12.6 del ET. Fue desarrollado por el RD 144/1999, de 29 de enero. Fruto de esta modificación normativa, se flexibilizaron los requisitos de la jubilación parcial, ampliando la reducción máxima de la edad para acceder a la jubilación parcial, a los 60 años, y se modificó el porcentaje de reducción de jornada a modo de horquilla entre un máximo y un mínimo.

Durante los años 2000 y 2001, la política comunitaria sigue incidiendo en esta cuestión: la Comunicación de 11 de octubre de 2000 sobre “Evolución futura de la protección social desde una perspectiva a largo plazo: pensiones seguras y viables” COM (2000) 622 final o la Comunicación de 3 de julio de 2001 sobre “Apoyo a las estrategias nacionales para garantizar pensiones seguras y viables mediante un planteamiento integrado” COM (2001) 362 final sirven para estos objetivos de flexibilizar la edad de jubilación y permitir la permanencia de los trabajadores de más edad facilitando una jubilación gradual. La Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y mejora de su calidad, viene a producir una importante modificación en el art. 12.6 ET en varias cuestiones de calado: se amplía la horquilla de reducción de jornada del jubilado parcial, se permite la jubilación parcial, sin necesidad de contrato de relevo, para los mayores de 65 años y se amplían las posibilidades de contratación respecto del contrato de relevo.

De otro lado, como consecuencia del Acuerdo de Pensiones de 2001 (este no suscrito por UGT) se adoptó el RD-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, que fue convertido Ley 35/2002, de 12 de julio, para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible. Esta norma ha sido, sin duda, el mayor impulso dado a la jubilación parcial desde 1984, eliminando las trabas producidas en la anterior legislación y usándola como mecanismo de política de empleo. Dicha norma fue desarrollada por el RD 1131/2002 que es el actualmente vigente¹⁵ (aunque han de tenerse en cuenta las modificaciones producidas por el RD-Ley 5/2013).

La Ley 35/2002 ha establecido la estructura de cómo ha de formularse la compatibilidad del trabajo con la pensión de jubilación, estableciendo junto a la conocida jubilación parcial otra forma de compatibilización: la jubilación

¹⁵ Críticos con esta reforma, al menos desde la perspectiva de su adaptación a la regulación comunitaria, son del Rey Guanter, S. y Gala Durán, C, que indican que esa perspectiva de conjunto vinculada a la puesta en práctica de una reforma de la regulación de la pensión de jubilación en la que se contemplan la perspectiva de la Seguridad Social, de política económica y de política de empleo con todos los matices, sin duda, “no se halla de forma suficientemente presente en las reformas que estamos analizando, aun cuando es uno de los objetivos recogidos en la Comunicación de la Comisión de 3 de julio de 2001” en *La jubilación gradual y flexible : aspectos legales y análisis de la reciente negociación colectiva*, Tirant lo blanch, 2004, pág. 25

flexible¹⁶. Desde luego son dos situaciones distintas: la jubilación parcial es para personas en activo que desean reducir su jornada de trabajo y compatibilizar con una pensión de jubilación parcial y la jubilación flexible supone que un pasivo, un trabajador ya jubilado, vuelve a acceder al mercado de trabajo a través de un contrato a tiempo parcial, viendo por ello reducida su pensión en proporción inversa a la jornada de trabajo a tiempo parcial realizada.

La Unión Europea ha seguido en la senda del “envejecimiento activo”¹⁷ y nuestros legisladores no han sido menos, puesto que han venido a modificarse la jubilación parcial, en el art. 4 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social¹⁸ y a partir de esta fecha, con la crisis económica, se han dictado dos normas¹⁹ que recortan el derecho al acceso a las pensiones de jubilación parcial, y con especial virulencia contra la modalidad “anticipada”. Realmente es un “recorte sobre recorte”, la primera de ellas preveía un recorte en la jubilación parcial, y la segunda, antes de que entre en vigor, la modifica haciéndolo más difícil acceder a la jubilación parcial anticipada. Así, la primera venía recogida en el art. 6 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. Norma que no ha habido en vigor²⁰, cuando el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, la endurece, aún más si cabe, reduciendo las posibilidades para acceder a las prestaciones de jubilación parcial. El resultado final es que se mantienen, pues, dos tipos de jubilación:

¹⁶ Por todos, véase, García Ninet, J.I.: “Jubilación parcial, jubilación flexible y contrato de relevo. Nuevos intentos de utilización de esta modalidad contractual. Reparto del empleo e incentivo a la prolongación de la vida laboral a tiempo parcial”, *Tribuna Social*, n° 247, 2003, pág. 7. Y, especialmente, como se inserta la legislación española sobre la jubilación flexible en el seno de la normativa europea, puede verse López Cumbre, L., en “El marco comunitario y la legislación española sobre jubilación flexible”, *RMTAS* n° 37, 2002.

¹⁷ En el Consejo Europeo celebrado en Barcelona en marzo de 2002 o en la Estrategia Europea de Lisboa de 2005, por ejemplo.

¹⁸ Sobre las modificaciones producidas por esta norma, PALOMINO SAURINA, P., en “La jubilación pacila tras la Ley 40/2007”, *RGDTSS* n° 17, 2008.

¹⁹ Tendría que haber entrado en vigor el 1 de enero de 2013, pero la DA 1° del RD-Ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de la gestión y protección social en el sistema especial para empleados del hogar y otras medidas de carácter económico y social, estableció que “De conformidad con lo establecido en el párrafo anterior, la regulación de las modalidades de acceso anticipado a la jubilación, así como de la jubilación parcial, se regirá por lo establecido en la legislación vigente a 31 de diciembre de 2012, si bien las referencias a la edad de jubilación ordinaria se entenderán realizadas a la contenida en el artículo 161.1.a) y disposición transitoria vigésima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada, respectivamente, por los apartados uno y dos del artículo 4 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto.”

A) La jubilación parcial sin contrato de relevo

Que como se conoce es la que se produce desde que el trabajador cumple la edad de jubilación ordinaria. En este caso, la modificación es leve puesto que sólo se ha modificado la horquilla de reducción de jornada del jubilado parcial entre un 25 y un 50% de la jornada de un trabajador a tiempo completo.

B) La jubilación parcial con contrato de relevo o jubilación parcial “anticipada”

Esta es la que se produce cuando se cumple una determinada edad. El RD-L 5/2013, de 15 de marzo, se afana en crear una escala de transición, hasta el 2027, con una doble entrada, dependiendo de que se tengan 33 años cotizados o más, la diferencia es que cuando entre plenamente en vigor, con 33 años cotizados la edad máxima de anticipación serán los 65 años, y si se tienen 36,5 años cotizados, la edad máxima de anticipación serán 63 años.

Así pues, con respecto a las normas anteriores además de aumentar la edad y el período mínimo de cotización (antes era de 30 años), salvo para las personas con discapacidad superior al 33%, que sólo se exigen 25 años, se contemplan las siguientes modificaciones:

- Se reduce la horquilla de reducción de jornada del jubilado parcial entre un 25 y un 50%, hasta el 75% si el relevista ha sido contratado a tiempo completo de forma indefinida (antes era entre un 25 y un 75%, pudiendo llegar al 85%).
- Si se contrata a un relevista a tiempo completo e indefinido “deberá mantenerse al menos durante una duración igual al resultado de sumar dos años al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación.
- Durante el período de disfrute de la jubilación parcial, empresa y trabajador cotizarán por la base de cotización que hubiera correspondido de seguir éste trabajando a tiempo completo.

En definitiva, con estas nuevas reglas podemos vaticinar la extinción “por desuso” de la figura de la jubilación parcial anticipada. No creemos que sea una forma de fomentar el “envejecimiento activo”, solo una forma de ahorrar en costes de pensiones. Aquella filosofía de un paso progresivo para procurar una mejor adaptación de la persona trabajadora a su nueva situación de jubilado desde luego no podrá conseguirse con la jubilación parcial anticipada ya que se encarece para el empresario el coste de las mismas (tanto en cotizaciones como en salarios en caso de contratar a alguien a tiempo completo indefinido).

Quizás la gradualidad se lleve con las jubilaciones parciales “sin necesidad de contrato de relevo”, esto es, para los trabajadores que ya cumplen los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, que podrán mante-

nerse un período más prolongado en el sistema productivo. Y ello se producirá en el futuro, sin duda. Especialmente, en los casos en los que tras la determinación de las pensiones con las nuevas bases reguladoras de 25 años, trabajadores con carreras cortas de seguro, se den cuenta que la pensión que la que podrían corresponderles sería la mínima (que, por cierto, con la Ley 27/2011 se limita la cuantía de los complementos a mínimos con la cuantía de la pensión no contributiva), por lo que les será más beneficioso continuar en activo, prestando servicios, para poder seguir aportando rentas suficientes para el mantenimiento de sus familias (compatibilizando, quizás con las pensiones de jubilación parcial). Esto es, podrá producirse un temor cierto de este colectivo a un sistema de pensiones que ya no podrá ofrecerles rentas de sustitución de los salarios dejados de percibir. Junto a ello otra cuestión: es posible que en el futuro los empresarios españoles mantengan la cultura de “obsolescencia” de los trabajadores mayores; desde luego, con la regulación actual, en aplicación de los arts. 51 y 52 del ET es muy fácil desprenderse de trabajadores (mayores o no), por lo que la determinación de mantenerse en activo de una persona madura ya no dependerá de él mismo sino de la consideración que tenga la empresa al respecto de los servicios prestados, pudiera ser posible, aunque de forma remota, que a la empresa realmente le interesara mantenerlos en plantilla por la experiencia que puedan aportar.

En fin, difícil panorama para este colectivo de trabajadores. El tiempo determinará si efectivamente los mayores querrán o podrán salir del mercado de trabajo cuando hayan cumplido la edad de jubilación.

3. LA EXTINCIÓN DE LA JUBILACIÓN PARCIAL ANTICIPADA POR EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DEL JUBILADO PARCIAL

Pues bien, en este orden de cosas, los actores de las sentencias que dan origen a este comentario se encontraban en situación de jubilación parcial y, por el porcentaje de reducción de su jornada, se deduce que anticipada²⁰.

²⁰ El art. 166.2 c) de la LGSS, permite una horquilla de la reducción de su jornada de trabajo entre un mínimo de un 25 % y un máximo del 75 %, “o del 85 % para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida”. La obligación de contratar a un relevista sólo lo es para las jubilaciones parciales de los trabajadores que no hubieran cumplido la edad “ordinaria” de jubilación prevista en el art. 161 de la LGSS.

Como ya dijimos hace tiempo, este tipo de jubilación está íntimamente ligada al régimen jurídico laboral de la contratación ya que, al menos para los menores de la edad ordinaria de jubilación se convierte en una verdadera fórmula de política de empleo y reparto de trabajo²¹.

Es necesario que haya de contratarse a un trabajador relevista para poder obtener la prestación de jubilación parcial²², por lo que si durante la vigencia del contrato de relevo, “antes de que el trabajador sustituido alcance la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o a la anticipada”, se produjera el cese del trabajador relevista, el empresario deberá sustituirlo por otro trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada (mediante contrato de relevo con jornada que será como mínimo igual a la que realizaba el trabajador cesado que tendrá que realizar en el plazo de 15 días naturales desde el cese). Una vez que el trabajador ha cumplido la edad ordinaria de jubilación, no bonificada o anticipada, a la empresa no se le exigirá la celebración simultánea de un contrato de relevo.

La idea es que han de mantenerse los dos puestos de trabajo, por ello también se regula la extinción del contrato a tiempo parcial del jubilado parcial en la DA 2ª del RD 1131/2002: si el trabajador jubilado parcialmente fuera despedido improcedentemente antes de cumplir la edad que le permite acceder a la jubilación “ordinaria o anticipada” y no se procediera a su readmisión: la empresa deberá ofrecer al trabajador relevista la ampliación de su jornada de trabajo y, de no ser aceptada por éste dicha ampliación, deberá contratar a otro trabajador que se encuentre en situación de desempleo que tuviese con la empresa un contrato de duración determinada (mediante contrato de relevo). En cualquier caso, la jornada del nuevo contrato de relevo será como mínimo igual a la que realizaba el jubilado parcial. En el supuesto de que la jornada de trabajo del relevista fuera superior a la jornada dejada vacante, la ampliación tendrá como límite la jornada a tiempo completo establecida en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada ordinaria máxima legal. Además, la nueva contratación se hará en el plazo de 15 días naturales siguientes a la decisión de no readmisión tras la declaración de improcedencia del despido.

²¹ En *Lecciones de derecho del empleo*, Tecnos, Madrid, 2006, págs 442 y sigs. Como indica López Gandía, J, “Otro de los efectos que también se valoran como positivos de la jubilación parcial, cuando va acompañada de un contrato de relevo, es que puede facilitar el adiestramiento y la transferencia de experiencias y de saber profesional del trabajador que se jubila al trabajador relevista contratado por la empresa para su sustitución parcial”, op. cit, pág. 23.

²² Nuevamente, López Gandía, J., op. cit, de manera que el acceso a la jubilación parcial por el trabajador no suponga perjuicios para la Seguridad Social, “al compensarse con las cotizaciones que siguen ingresando en las arcas de la Seguridad Social a cargo de nuevos trabajadores”, pág. 9

En ambos casos anteriores, si el empresario incumple sus obligaciones deberá de abonar a la entidad gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial, desde el momento de la extinción del contrato de trabajo hasta el momento en que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o a la anticipada²³.

Pues bien, en esta situación a la empresa no le suponía ningún coste extra la situación de jubilación parcial (y sí algún beneficio si los salarios del trabajador relevista eran inferiores por no aplicarle complementos de antigüedad, por ejemplo) sólo tenía que comprometerse a mantener el empleo tanto del relevista como del jubilado parcial, al menos hasta que éste cumpliera la edad ordinaria de jubilación. Repetimos, lo dicho más arriba, ahora con el RD-Ley 5/2013 esta situación ha cambiado puesto que a la empresa ya le supone un coste extra mantener la situación de jubilación parcial anticipada.

Por su parte, el art. 16 d) del RD 1131/2002 establecía como causa de la pensión de jubilación parcial: *“La extinción del contrato de trabajo a tiempo parcial, realizado por el jubilado parcial, salvo cuando se tenga derecho a prestación de desempleo, compatible con la jubilación parcial, o a otras prestaciones sustitutorias de las retribuciones percibidas en aquel, en cuyo caso la extinción de la jubilación parcial se producirá en la fecha de la extinción de las mismas.*

Lo previsto en el párrafo anterior, no será de aplicación a las extinciones del contrato de trabajo declaradas improcedentes, en cuyo caso se mantendrá el derecho a la jubilación parcial, sin perjuicio de las obligaciones establecidas en la disposición adicional segunda de este Real Decreto”.

Y aquí es de lo que se trata en la interpretación de las sentencias del Tribunal Supremo 308/2013 y 727/2013, sala IV, de 22 y 30 de enero de 2013: determinar si un trabajador jubilado parcial, cuyo contrato de trabajo temporal a tiempo parcial se extingue por despido colectivo que afecta a la totalidad de los trabajadores de la empresa, tiene o no derecho a continuar en situación de jubilación parcial.

²³ En las causas de extinción de la pensión de jubilación parcial puede verse el cambio de filosofía de la norma, desde un simple mantenimiento en el mercado laboral de las personas de más edad a una política de reparto del empleo por lo que en momentos anteriores, con la regulación del RD 144/1999 la simple extinción de la relación laboral del relevado no extinguía la jubilación parcial anticipada. Así lo indica, Calvo Gallego, J., en *El acceso progresivo a la jubilación: del contrato de relevo a la jubilación parcial*, CARL, Sevilla, 2002, pág. 133. No obstante, Garrido Pérez, E, matiza esta interpretación en el sentido de que habría que distinguir (como así posteriormente fue regulado en el RD 1131/2002) entre extinciones del contrato de trabajo que fueran imputables al trabajador jubilado parcial, de las que no lo fueran, en *“Contrato de relevo y jubilación parcial”*, en AAVV, *Trabajo a tiempo parcial*, Francis Lefebvre, Madrid, 1998, pág. 96.

El Instituto Nacional de la Seguridad Social entendía que este despido, producido en el marco de una extinción colectiva de los contratos de trabajo por el Juzgado de lo Mercantil en un proceso de concurso voluntario, equivalía a un despido procedente. Con dicha interpretación, extinguidas las prestaciones por desempleo correspondiente, se vería también extinguida la prestación por jubilación parcial.

Los reclamantes entienden que dicha extinción habría de equivaler a un despido “improcedente” por lo que, de conformidad con el último párrafo del art. 16 del RD 1131/2002, se tendría que mantener el derecho a la jubilación parcial.

Este supuesto tiene además la particularidad del cese total de la actividad mercantil ya que tampoco existe trabajador relevista al que poder ampliar la jornada ni posibilidad de que se contrato a otro trabajador para cubrirla.

Pues bien, el Tribunal Supremo dirime esta controversia en el sentido de entender que ha de producirse una equiparación de la calificación de los despidos colectivos de la totalidad de la plantilla de la empresa en que prestaba sus servicios el trabajador jubilado parcial con contrato a tiempo parcial como “improcedentes” a los efectos de lo dispuesto en el art. 16.d). Y ello al poderse configurar como una extinción “ajena a la voluntad del trabajador”, aplicando a la interpretación lo dictado en el art. 51 del ET, vigente en dicho momento, ya que para delimitar la procedencia de acudir a tal procedimiento extintivo colectivo, el ET hace referencia específica a las extinciones de los contratos de trabajo a iniciativa del empresario “en virtud de motivos no inherentes a la persona del trabajador”. Además utiliza la filosofía de las causas de extinción recogidas en el art. 49 del ET, distinguiendo la extinciones colectivas de la extinción recogida en el apartado k) “por despido del trabajador”, tal situación permite entender fundamentos comunes de unas causas y de otras, “y referir al despido disciplinario la calificación estricta de improcedencia pero ampliándola para comprender en ellas las formalmente procedentes extinciones contractuales mediante despidos colectivos por causas lógicamente no inherentes a la persona del trabajador a los fines del citado art. 16.II del Real Decreto 1131/2002” .

Para dar más forma a dicha argumentación, se utiliza la doctrina de la propia sala referida a la extinción de los contratos del relevista y del jubilado parcial por despido colectivo²⁴ en las que el propio INSS no denunció la infracción del art. 16 del RD 1131/2002 , que se refiere a la extinción de la pensión de jubilación parcial, “probablemente porque admite que no existe causa para tal extinción”.

²⁴ En SSTs/IV 29 de mayo de 2008 (rcud 1900/2007), de 23 de junio de 2008 (rcud 2930/2007), 23 de junio de 2008 (rcud 2335/2007), de 16 de septiembre de 2008 (rcud 3719/2007) y 19 de septiembre de 2008 (rcud 3804/2007).

Finalmente, fortalece su argumentación con sentencias dictadas en casos análogos con relación a otras materias de Seguridad Social, como la calificación de una jubilación como involuntaria y no voluntaria a los efectos de acceso a pensiones de jubilación anticipada a través de la DT 3ª.1.2ª LGSS, en cuya doctrina de la Sala se ha “calificado de involuntaria la jubilación anticipada en virtud de despido colectivo autorizado en un ERE (art. 51 ET), a diferencia de los supuestos de acuerdo conjunto de empresario y trabajador (art. 49.1.a ET) calificados como jubilación voluntaria”²⁵.

Corolario de todo ello, es que, dado que se trata de una extinción por causas objetivas y lo que la norma trata de evitar son aquellas situaciones en las que el trabajador jubilado parcial extingue voluntariamente o por causa a él imputable el contrato de trabajo, “debe entenderse que, por el contrario, no existe razón para extinguir la referida prestación de jubilación parcial si la extinción del contrato lo es por despido improcedente lo que debe ser extensivo a aquellos supuestos, como el presente, en el que el contrato, del mismo modo que cuando es improcedente, se ha extinguido por voluntad del empresario o por causa ajena, en todo caso, a la voluntad del trabajador”.

En aplicación de esta correcta doctrina, el jubilado parcial que vea extinguido su contrato de trabajo por despido colectivo, autorizado por el Juzgado de lo Mercantil, tendrá derecho a continuar en situación de jubilación parcial desde la fecha de tal extinción contractual o desde

la de finalización de la percepción de la prestación por desempleo hasta que cumpla la edad que le permita acceder a la jubilación ordinaria o anticipada.

Una parte de la doctrina se planteaba para estos supuestos “el interrogante no resuelto... de cómo se calcularía la correspondiente pensión de jubilación total en el momento de causar derecho a ella”²⁶. En principio, si estuvo cobrando la prestación por desempleo, compatible con la jubilación parcial (que en el momento actual, con los 6 años de permanencia en la empresa llegaría a los dos años) es más que posible que llegue a la edad de jubilación ordinaria mientras que percibe la prestación por desempleo (lo cual será causa de extinción de ambas en aplicación del art. 16 del RD 1131/2002 y 213 .1. e) de la LGSS), por lo que no se verá afectado ya que en el nivel contributivo de la protección por desempleo se cotiza a la Seguridad Social. En el caso de que no tuviera derecho a la protección por desempleo, creemos que habrá de aplicarse por analogía la DA 2ª del RD 1131/2002 respecto de la base reguladora²⁷.

²⁵ Señalando, por todas, la STS de 25 de octubre de 2006 (rcud 2318/2005, dictada en Sala General)

²⁶ Del Rey Guanter, S. y Gala Durán, C., op. cit., pág. 112.

²⁷ Así lo indica, Calvo Gallego, J., op.cit., pág. 136.

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Sevilla

DEFINICIÓN LABORAL DE GRUPO DE EMPRESA Y EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DE SU CONDICIÓN COMO EMPLEADOR

Sentencia del TSJ de Galicia, de 27 de julio de 2012

E. MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO*

SUPUESTO DE HECHO: El actor había venido prestando servicios con la categoría profesional de mecánico por cuenta y bajo la dependencia de General de Alquiler de Maquinaria Industrial SL desde 2 de noviembre de 2009 hasta el 1 de noviembre de 2010; de Gam Divisiones Especializadas SL desde el 1 de noviembre de hasta el 31 de mayo de 2011 y para Gam Noroeste SL desde el 1 de junio de 2011 hasta el 5 de septiembre de 2011. Con fecha 5 de septiembre de 2011 ésta última comunica a través del director general de recursos humanos de Gamsa el despido objetivo del trabajador fundado en causas económicas. Se da la circunstancia que todas las empresas citadas se integran en el Grupo Gam compuesto por 26 sociedades siendo la sociedad rectora o dominante General de Alquiler de Maquinaria SA. La reclamación por despido es desestimada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo que absuelve a las empresas demandadas convalidando el despido del actor.

RESUMEN: Contra la resolución se Recurso de Suplicación en el que se sostiene que se dan todos los presupuestos para reconocer la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales: funcionamiento unitario, venir la carta de despido firmada por el director de recursos humanos de Gam SA y no de la empresa que formalmente le despide (Gam Noroeste), lo que demuestra, dirección del grupo unitaria; prestación común sucesiva para todas las empresas del grupo, pues trabajó en tres de las empresas del grupo; y confusión de plantillas, de patrimonios, con apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección, al encontrarse todas las sociedades del grupo participadas mayoritariamente por Gam SA. El Tribunal, basando sus argumentos en pronunciamientos anteriores rechaza el pedimento del actor por entender que en el caso de autos no se está en un supuesto de los que la Jurisprudencia social denomina

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

“patológico”, entendiendo por tal aquél que mantiene una unidad de dirección y se presenta frente al trabajador como un único empleador y que conllevaría la extensión de la responsabilidad solidaria de todas las empresas ante el despido del trabajador en el caso de que no se acredite la situación económica negativa.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL PROBLEMÁTICO CONCEPTO DE GRUPO DE EMPRESAS
3. LA IDENTIFICACIÓN DEL GRUPO DE EMPRESA COMO EMPRESARIO LABORAL
4. LOS ELEMENTOS ADICIONALES QUE JUSTIFICAN LA EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los debates frecuentes que, en el ámbito de las relaciones laborales, surgen en sede judicial y doctrinal es la identificación de uno de los componentes de la relación jurídico laboral: la persona del empresario como sujeto al que imputar las responsabilidades que se derivan de la misma. Esta cuestión tiene lugar cuando se dan situaciones, negocios jurídicos o estructuras empresariales complejas que por sus peculiaridades pueden ocultar la verdadera figura del empresario¹. Tal sucede con los grupos de empresas fórmula empresarial muy utilizada por sus múltiples ventajas económicas, financieras, fiscales e incluso laborales compuesta por un conjunto de sociedades que mantienen su personalidad formal pero que se vinculan entre ellas mediante una dirección común. Como se sabe, esta forma económica de organización, dista del tradicional régimen societario caracterizado por la autonomía donde cada sociedad mantiene un poder de dirección propio². Su principal problemática reside en la imputación de responsabilidades por actos o decisiones llevadas a cabo por empresas –normalmente sociedades mercantiles- que forman el grupo y que afectan a trabajadores contratados por una o varias de ellas. Los conflictos de intereses que surgen con los trabajadores contratados por las empresas filiales o sociedades del grupo exigen determinar quién/nes responden ante los trabajadores como empresario real (el empresario que formalmente ha contratado al trabajador/res, la empresa dominante o la pluralidad de empresas que componen el grupo).

¹ En este sentido vid. Lalaguna Holzwardt E.: “El empresario aparente y los problemas de imputación de responsabilidades empresariales” en la obra colectiva “El empresario laboral”. Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Camps Rufz con motivo de su jubilación, coord. Blasco Pellicer A., Edit, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pag. 199.

² Sánchez Calero F, Sánchez-Calero Guilarte J.: “Instituciones de Derecho Mercantil”, Vol. I, 35ª edic. (8ª en Aranzadi), Edit. Aranzadi, Navarra, 2012, pag. 860.

2. EL PROBLEMÁTICO CONCEPTO DE GRUPO DE EMPRESAS

En el ámbito del Derecho del Trabajo, son muchas las cuestiones laborales que han sido planteadas por doctrina y jurisprudencia en relación con los grupos de empresas (prestación laboral por uno o varios trabajadores para varias empresas o el grupo en su conjunto; el problema que surge tras movilidad profesional del trabajador y la conservación de los derechos adquiridos; la cuestión de la estabilidad en el empleo al desaparecer una de las empresas del grupo para la cual el trabajador prestaba sus servicios; la extensión de la responsabilidad de las empresas del grupo en el pago de los salarios debidos por una de ellas, etc.)³.

La complejidad del fenómeno ya ha sido claramente expuesta por la doctrina en un doble sentido: por un lado, porque el fenómeno del grupo de empresa desde el plano económico establece relaciones de dependencia de las unidades inferiores que se combina desde el plano de lo jurídico con una autonomía de funcionamiento⁴. Es decir, al producirse una separación entre la realidad económica unificada con la formal autonomía de las empresas que integran en el grupo se plantean problemas a la hora de tutelar los intereses de trabajadores y de terceros ajenos al grupo y de determinar quién ostenta la condición de empresario responsable, esto es de identificar a quién se ha de imputar la responsabilidad por las decisiones o actuaciones que se deriven de alguna de las sociedades del grupo (si al grupo en su conjunto o a la sociedad filial o dominada actuante respetando así el dato de la personalidad jurídica formal)⁵. Y, por otro, por la multiplicidad de vínculos que pueden establecerse entre las empresas más allá de la general distinción entre grupos subordinados y coordinados, ya que cada una de estas modalidades puede, a su vez, manifestarse a través de una variada gama de supuestos.

³ Vid. Martín Valverde A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez F., García Murcia J.: "Derecho del Trabajo" 20ª edición, edit. Tecnos, Madrid 2012, pag.239.

⁴ Vid. Cruz Villalón J. "Notas acerca del Régimen Contractual Laboral en los Grupos de Empresa", Revista Temas Laborales, nº 38, 1996, pags. 33-34. En relación a la clasificación de los grupos de sociedades vid. también Desdentado Aroca pags. 459-463.

⁵ Vid. Camps Ruíz L.M.: "Problemática jurídico-laboral del grupo de empresas: puntos críticos" en la obra colectiva: "Grupo de empresas y Derecho del Trabajo", Antonio Baylos y Luis Collado Editores, Edit. Trotta, Madrid 1994, pag. 88. En el mismo sentido, y siguiendo a Camps Ruíz vid. La Laguna Holzwarth E.: "El empresario aparente y los problemas de imputación de responsabilidades empresariales" en la obra colectiva "El empresario laboral". Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Camps Ruíz con motivo de su jubilación, coord. Blasco Pellicer A., Edit, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pag. 208.

A pesar de lo anterior, en este campo del ordenamiento y, al igual que sucede en Derecho Mercantil, no existe una regulación genérica sobre los grupos de empresa existiendo diversas referencias normativas que tratan aspectos específicos de su régimen jurídico y que han sido recopiladas con exhaustividad por la doctrina especializada en distintos estudios⁶. De entre todas ellas esas referencias normativa la STSJ alude especialmente al art. 3 y la D.A. 4ª del RDL 1/1992, de 13 de abril (después L.22/1992, de 30 de julio) sobre Medidas Urgentes sobre Fomento de Empleo y Protección por Desempleo; el art. 7 del RD 830/1985 de 30 de abril, sobre Empresas Pesqueras conjuntas y, de manera especial, la L 10/1997, de 24 de abril sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (que traspone la Directiva 94/95/CEE), modificada por la L.44/1999, de 29 de noviembre, en cuyo art. 3 define el grupo de empresas como “el formado por una empresa que ejerce el control y las empresas controladas”.

En Derecho Mercantil existen referencias normativas a los grupos de empresas que el TSJ cita remitiéndose a la Sentencia de la misma Sala de 6 de junio de 2005 señalando al respecto la L. 12/1991, de 29 de abril de Agrupaciones de Interés Económico; el art. 87 del RDL 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y que define a la sociedad dominante; referencia especial hace la Sala a la L.24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores en cuyo art. 4 (redacción originaria) recogía un concepto amplio del grupo al considerar como tales y en el ámbito de la Ley “las entidades que constituyan una unidad de decisión porque alguna de ellas ostente, directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto”. Actualmente dicho precepto remite al art. 42 del Código de Comercio en cuanto a la definición de grupo de sociedades. Y el art. 42 del Código de Comercio (Leg 1885) establece que “existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

⁶ Vid. Cruz Villalón J. “Notas acerca del Régimen Contractual Laboral en los Grupos de Empresa”, op.cit., pags. 38-40. Más reciente Palomeque López M.C.:” La responsabilidad del empresario en organizaciones complejas de empresas” en la obra colectiva “El empresario laboral”. Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Camps Ruíz con motivo de su jubilación, coord. Blasco Pellicer A., Edit, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pags.226-227.

- a. Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b. Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c. Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- d. Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

De las referencias normativas citadas puede desprenderse que el Código de Comercio y de la Ley de Sociedades Anónimas basa la peculiaridad de los grupos de empresa en el control de las sociedades que lo integran como elemento definidor, la Ley Concursal se basa en la unidad de dirección. Como vía intermedia se encuentra la definición que proporciona la Ley de Mercado de Valores al establecer un concepto mixto en el que si bien el elemento definidor es la dirección unitaria éste se completa, mediante una serie de presunciones, con un segundo elemento cual es el control de las sociedades⁷. No obstante lo anterior el criterio mayoritario acogido por la doctrina mercantilista es que ninguna de las definiciones anteriores sirve para establecer una definición general del grupo de empresas⁸.

Pero ya sea en uno u otro ámbito del ordenamiento (el mercantil o el laboral) de las referencias normativas existentes en relación a los grupos de empresa se puede extraer como denominador común que, en general, van referidas a los denominados grupos de empresas subordinados en donde la empresa matriz o dominante posee el control o sobre las empresas filiales, control que puede tener su origen en factores muy diversos como las participaciones sociales, o las uniones personales, etc.)⁹ quedando fuera los grupos de empresas coordinados en los que las relaciones entre las distintas empresas que lo componen se sitúan en el mismo plano de igualdad (como sucede con las agru-

⁷ Vid. Desdentado Aroca E.: "La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales", Edit. Lex Nova, 1ª edic, Valladolid, abril 2006, pags 451-452.

⁸ Vid. Desdentado Aroca Desdentado Aroca E.: "La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales", op.cit., pags.451-453.

⁹ Vid. Sempere Navarro A. y Areta Martínez M.: "El Derecho del Trabajo y los grupos de empresas: inventario", Revista del Ministerio de Trabajo nº 48 ,año 2004, pag. 99.

paciones de interés económico o las unidades temporales de empresas). En dicho sentido el TS ha venido a aclarar que “ con el término “grupo de empresas” se viene designando un fenómeno según el cual las empresas que lo integran –normalmente sociedades mercantiles-, aun siendo independientes entre sí desde una perspectiva jurídico-formal, actúan con arreglo a criterios de subordinación que permiten identificar una cierta unidad económica” (STS 16-11-2005). Ello obedece a que “el grupo por subordinación constituye la única forma susceptible de imputación de responsabilidades jurídicas y, por extensión, de sometimiento a controles de carácter jurídico”¹⁰ descartándose, a efectos jurídicos, el tratamiento de los grupos coordinados.

Una vez situados en el ámbito de los grupos de empresa subordinados y centrandó sus características principales en el control, la dirección unitaria y en la división económica/jurídico-formal el TSJ de Galicia procede a referirse al concepto de grupo de empresa en el ámbito del Derecho del Trabajo La delimitación conceptual del fenómeno grupo de empresas en sede laboral interesa dado que, según el TSJ en el ámbito del Derecho del Trabajo, se viene produciendo a menudo una confusión en el concepto de grupo de empresa al identificarse en él dos realidades completamente diferentes: “por una lado, dicha expresión se utiliza para referirse a los conglomerados societarios con nexos empresariales y de producción y/o prestación de servicios comunes. Por otro lado, el término es utilizado para mencionar a aquellos supuestos patológicos en los que diferentes realidades empresariales (aparentemente diferenciadas) constituyen, en realidad, un único empleador”. Y, a pesar de los vínculos que entre ambos supuestos pueden darse el TSJ aclara que “ni todo grupo de empresas “legítimo” esconde un fraude de acreedores, ni todo grupo de empresas impropio o “patológico” se estructura sobre realidades societarias vinculadas entre ellas”. De lo anterior la necesidad de deslindar ambas realidades.

Para el TSJ, existe un tópico que actualmente se mantiene y es la idea de que no existe una definición legal de grupo de empresas siendo éste de creación netamente jurisprudencial. Esta afirmación no se adecua a la realidad normativa situando la definición iuslaboralista del grupo de empresas en el art. 3 de la L.10/1997¹¹. Entiende el TSJ que, aún cuando la referida Ley realiza una definición de los grupos de empresas en el marco de los comités de empresas

¹⁰ Vid. Cruz Villalón J. “Notas acerca del Régimen Contractual Laboral en los Grupos de Empresa”, op.cit., pag.34.

¹¹ Esta interpretación del TSJ de Galicia viene siendo mantenida de forma reiterada por el Tribunal desde la Sentencia de 3-6-2008. Un comentario de la misma en Ormaetxea Terradillos E.:” De un concepto jurisprudencial de grupo de empresas a otro legal, circunscrito a los grupos de empresas por subordinación”, Revista Aranzadi Social publicada en la base de datos WetlawwEs BIB2008\1981, pags. 1-6.

Europeos, el rango legal de la disposición citada y el hecho de ser una normativa que se dicta para trasponer una directiva comunitaria su eficacia jurídica traspasa el campo de aplicación formal al que va dirigido para convertirse en el concepto laboral de este fenómeno, concepto que por otra parte, aclara el TSJ resulta acorde con la definición que del grupo regula el Código de Comercio¹². Dicho concepto patrimonialista cercano a la definición mercantilista que se recoge en el Código de Comercio también encaja con la identificación de los elementos básicos que ante la ausencia de regulación unitaria ha establecido la doctrina del TS: la existencia de una pluralidad de empresas que componen el grupo; la actuación independiente de cada una de ellas y la existencia de un vínculo común entre todas ellas¹³. Se trata pues de un concepto mercantil aséptico de elementos laboristas que define al grupo en base a las relaciones entre sus empresas¹⁴.

3. LA IDENTIFICACIÓN DEL GRUPO DE EMPRESA COMO EMPRESARIO LABORAL

Identificado así el grupo de empresas el TSJ procede a diferenciar esta institución de otra realidad bien distinta que doctrina y jurisprudencia vienen calificando de “grupo de empresa patológico” diferencia importante por cuanto en el primer supuesto estaríamos ante un verdadero grupo de empresas -lo que no le excluye de que se le puedan imputar responsabilidades en función de otros títulos jurídicos diversos al puramente contractual-¹⁵, mientras que en el

¹² En opinión de Desdentado Aroca no existe en el área del Derecho del Trabajo un concepto general de grupo de empresa. Si bien reconoce que la única definición que existe en este ámbito se sitúa en el art. 3 de la L.10/1997 la autora considera que se trata de un concepto instrumental e insuficiente para servir como concepto general en el ámbito laboral. Vid. pags.453-454. Para Arce Ortiz la L.10/1997 no aclara si el grupo puede ser depositario del poder de dirección laboral. Por lo es una norma no clara que no permite desentrañar el sentido del art. 1.2 ET, esto es, si el grupo puede actuar o no como empleador o empresario. Vid. Arce Ortiz E.:” La circulación de trabajadores en el grupo de empresas, Edit. Mergablum, Universidad de Cádiz, 2003, pag. 35.

¹³ Vid. Sempere Navarro A. y Areta Martínez M.:” El Derecho del Trabajo y los grupos de empresas: inventario”, op.cit., pag. 100.

¹⁴ En semejante sentido Gil y Gil J.L.:” El concepto Laboral de grupo de empresa”, Revista Capital Humano nº 234, julio-agosto 2009, pag. 119; Ormaetxea Terradillos E.:” De un concepto jurisprudencial de grupo de empresas a otro legal, circunscrito a los grupos de empresas por subordinación”, op.cit., pag. 3.

¹⁵ Aclara Cruz Villalón que “si bien la atribución al grupo de empresas de la condición de sujeto del contrato de trabajo trae consigo necesariamente la imputación de las correspondientes responsabilidades económico-contractuales, su negación no comporta siempre la exclusión de este tipo de responsabilidades, pues las mismas pueden derivar de otros títulos jurídicos diversos al estrictamente contractual” Vid. en “Notas acerca del Régimen Contractual Laboral en los Grupos de Empresa”, op.cit., pag. 42.

segundo se trataría de una mera apariencia formal de sociedades diferenciadas pero que, en realidad, asumen la posición de un único empleador escondiendo la intención fraudulenta de eludir las responsabilidades laborales que para el empresario (real) se derivarían de una relación jurídico laboral. En este segundo supuesto estaríamos ante el ropaje formal de un fraude de ley¹⁶.

Pues bien, es esta última realidad, tal y como indica el TSJ, desde la que se vertebra el importante debate en sede laboral a los efectos de determinar si el grupo de empresas puede tener cabida en el art. 1.2 ET, es decir, ostentar la condición de empleador o empresario y asumir las responsabilidades patrimoniales que se generan como sujeto contractual de la relación laboral. La duda estriba en que, si bien, los grupos de empresas carecen de personalidad jurídica propia, el art. 1.2 del ET reconoce la condición de empresario no sólo a las personas físicas o jurídicas sino también las comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de los trabajadores por cuenta ajena. La incorporación al precepto a las comunidades de bienes permite que entes sin personalidad jurídica como el citado se les reconozca la condición de empresario. Pero la omisión que el mismo hizo respecto de la figura de los grupos de empresa planteó, en su día, la duda de extender la condición de empresario a cualquier ente carente de personalidad.

Las opiniones doctrinales han respecto no han sido unánimes, si bien la mayoría se inclina por rechazar la condición de empresario al grupo de empresa. Las razones alegadas al respecto son variadas resumiéndose en las siguientes¹⁷:

- El grupo de empresas carece de personalidad jurídica y la condición de empresario va ligada al reconocimiento de la personalidad
- El grupo no puede asumir la condición de empresario. Lo que existe es una pluralidad de empresarios o de cotitulares del contrato de trabajo
- La condición de empresario sólo puede recaer en cada una de las empresas agrupadas
- La referencia a la comunidad de bienes del art. 1.2 ET no puede extenderse al grupo de empresas puesto que aquélla es la antítesis de éste, siendo ambas figuras completamente diferentes
- La personificación del grupo equivaldría a la negación del grupo como tal.

La doctrina del TS también parte del respeto a la personalidad independiente de cada una de las sociedades que componen el grupo y la correspondiente responsabilidad individual, si bien en situaciones excepcionales en aras

¹⁶ Vid. Cruz Villalón J. “Notas acerca del Régimen Contractual Laboral en los Grupos de Empresa”, *op.cit.*, pag. 47.

¹⁷ Vid. Desdentado Aroca E.: “La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales”, *op.cit.*, pags. 507-513

de proteger los intereses legítimos de los trabajadores dicha responsabilidad puede hacerse extensiva hacia el resto de empresas que componen el grupo reconociéndose para todas ellas una responsabilidad solidaria. Se tratan de situaciones excepcionales o atípicas en donde las notas determinantes del grupo, si bien aparecen visibles desde un plano formal y económico quiebran en el plano material. Y son precisamente estas situaciones en las que la doctrina del TS sí reconoce al grupo de empresas la condición de empresario incluyéndolo en el art. 1.2 ET. Y así se refiere la STSJ <<la sentencia del TS de 23 de enero de 2007 (recurso 641/2005), ha incluido al grupo de empresas dentro del concepto de empresario del art. 1 del Estatuto de los Trabajadores señalando que “A estas situaciones apuntan lo dispuesto en el art. 1.2 ET, que califica como empresarios a las “personas físicas y jurídicas” y también a las “comunidades de bienes” “que reciben la prestación de servicios” de los trabajadores asalariados>>. En esta sentencia en concreto el TS basa su apreciación en la prestación de trabajo indistinta o conjunta para dos o más sociedades del grupo lo que indica una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo. Pero nótese que este reconocimiento del TS se efectúa no con carácter generalista sino excepcional, es decir, de quiebra de la regla al respeto por la autonomía y personalidad jurídica propias de las empresas del grupo. En este sentido la STSJ se refiere a la Jurisprudencia del TS e incluso del TCT “en el sentido de que se han decantado por la consideración de negar al grupo su condición de empresario “per se” a menos que se den o concurren supuestos patológicos”. De ahí que, con acierto, algún autor haya afirmado que estos supuestos excepcionales confirman la regla general de no extensión del art. 1.2 ET a los grupos de empresas¹⁸.

Son precisamente estos supuestos particulares o excepcionales en los que es necesario levantar el velo jurídico por el que se adopta la forma de grupo de empresas y destapar la realidad subyacente que bajo la forma del grupo se oculta: que es el grupo el único empresario real y efectivo que es el que verdaderamente recibe los servicios de los trabajadores contratados por empresas pertenecientes al propio grupo¹⁹.

¹⁸ Vid. Cruz Villalón J. “Notas acerca del Régimen Contractual Laboral en los Grupos de Empresa”, op.cit., pag. 47.

¹⁹ En opinión de De la Villa Gil “ la mención de la LET a las “comunidades de bienes” obliga a convertir la anécdota en categoría, pues lo que en verdad quiere decir la LET es que también pueden ser empleadores todos los sujetos de derecho desprovistos de personalidad jurídica. Admitida esa posibilidad...la cuestión remite a un plano descriptivo, para enumerar los supuestos claros de empleadores tales – lo sean con mayor o menor frecuencia en la práctica-, pues lo que jurídicamente importa es que lo sean efectivamente cuando empleen a un trabajador”. Vid en:” El concepto de empresario-empleador en Derecho del Trabajo” en la obra colectiva “El empresario laboral”, Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Camps Rufz con motivo de su jubilación, coord. Blasco Pellicer A., Edit, Tirant lo Blanch, Valencia 2010. pag. 16.

4. LOS ELEMENTOS ADICIONALES QUE JUSTIFICAN LA EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

En consecuencia, para reconocer tales supuestos y proceder al levantamiento del velo de la persona jurídica no basta con la constatación de aspectos propios o característicos de los grupos de empresas tales como la existencia de administradores o accionistas comunes, dirección comercial común, sociedades participadas entre sí, etc. sino que tal y como recuerda el TSJ citando la doctrina del TS “ el reconocimiento del grupo de empresas en el ordenamiento laboral, cuyos efectos se manifiestan sobre todo en la comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo, exige la presencia de una serie de factores atinentes a la organización de trabajo; y estos factores, sistematizados en la sentencia de 3 de mayo de 1990 y en otras varias posteriores como la de 29 de mayo de 1995, la de 26 de enero de 1998, y la de 26 de diciembre de 2001, configuran un campo de aplicación normalmente más restringido que el del grupo de sociedades”. Será necesario, pues, que se produzca la concurrencia de algunos de esos e elementos específicos para que quede delimitado el fenómeno en cuestión (1.unidad en la organización del trabajo entre las empresas del grupo; 2.prestación de trabajo común –simultánea o sucesiva- entre varias de las empresas del grupo; 3.relación de empresas aparentes sin sustento real que determinen una exclusión de responsabilidades laborales; confusión de plantillas; 4.confusión de patrimonios; 5.apariencia externa de unidad empresarial 6. confusión de plantillas; y 7. unidad de dirección) factores que la STSJ agrupa en “ la existencia de un funcionamiento integrado de la organización de trabajo, o en la prestación de trabajo indistinta o común a las empresas del grupo, o en la búsqueda artificiosa de dispersión o elusión de responsabilidades laborales” excluyendo factores propios y característicos del grupo de empresas como la unidad de dirección y la apariencia externa de de unidad empresarial²⁰.

²⁰ Como bien indica Desdentado Aroca existen elementos del listado que elabora la doctrina del TS que forman parte de la definición del grupo, tales como la unidad de dirección y la apariencia externa de unidad y otros que constituyen una reiteración del mismo factor o presentan el mismo factor bajo distintas perspectivas de análisis, por ejemplo, el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo, la prestación de trabajo indiferenciada y la confusión de plantillas. Vid. en Desdentado Aroca E.:” La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales”, op.cit., pags. 481-483-

a) Funcionamiento integrado de la organización de trabajo: se trata de un factor relativo al aspecto organizativo del grupo que, desde un punto de vista laboral, funciona como una sola empresa agrupando instalaciones o medios de producción, pero que también puede tener cabida aquí otros indicios como la confusión de patrimonio dentro del grupo, esto es comunicación o trasvase de patrimonios que permita deducir la inexistencia de un sustrato económico diferenciado o la unidad de caja entendiéndose ésta última como el control de los ingresos y gastos de las empresas del grupo, así como el pago de salarios por parte de la empresa dominante. Normalmente este factor se suele venir acompañado de otro indicio o elemento como es la existencia de una prestación de trabajo común o indiferenciada.

b) Prestación de trabajo indistinta o común a las empresas del grupo: también denominado “confusión de plantillas” tiene lugar cuando el trabajador/res prestan servicios simultáneos o sucesivos de forma indiferenciada o conjunta para distintas empresas del grupo lo que evidencia la existencia de un único vínculo laboral entre el trabajador/es y las diversas empresas que componen el grupo siendo éste el verdadero receptor de los servicios prestados.

c) Búsqueda artificiosa de dispersión o elusión de responsabilidades laborales: a través del uso de la personalidad jurídica de forma fraudulenta o abusiva que a través de un acto ilícito provoca un daño o perjuicio al trabajador/es afectados por el mismo.

En el supuesto enjuiciado la Sala del TSJ rechaza la existencia de esos elementos fácticos que configuran la presencia del grupo de empresas como empresario real frente al trabajador. A juicio del Tribunal tan solo se ha acreditado que el trabajador prestó servicios para varias empresas del grupo sin que de los hechos probados se pueda apreciar la existencia de elementos que permitan detectar la existencia de un grupo de empresas “patológico”. Y así el TSJ reiterando pronunciamientos anteriores (Sentencia de 6-6-2005) recuerda que «tan sólo se admite “levantar el velo” de la personalidad jurídica y extender la responsabilidad empresarial más allá de la sociedad contratante, alcanzando al empleador real (plural o individual) y trascendiendo de las formalidades jurídicas, cuando concurren específicas circunstancias» las cuales no concurren en el supuesto debatido por lo que el TSJ procede a desestimar dicho motivo del recurso.

Reseña de Legislación

COMENTARIO DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: ENERO A MARZO DE 2013

MARÍA DOLORES RUBIO DE MEDINA

Doctora en Derecho. Funcionaria: DP. Convenios Colectivos
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

ACUERDO DE 18 DE DICIEMBRE DE 2012, DEL CONSEJO DE GOBIERNO, POR EL QUE SE APRUEBA LA FORMULACIÓN DE UNA ESTRATEGIA DE INNOVACIÓN DE ANDALUCÍA 2014-2020 (BOJA NÚM. 5, 8 DE ENERO DE 2013)

El Consejo de Gobierno, en el marco de la «Estrategia de investigación e innovación para la especialización inteligente» (Research and Innovation Strategy for Smart Specialisation) para el período 2014-2020, y aplicando lo dispuesto en el artículo 27.13 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, acuerda la formulación de la Estrategia de Innovación de Andalucía 2014-2020, centrada en los siguientes principios:

1. Orientar la política económica y movilizar las inversiones públicas y privadas hacia oportunidades de desarrollo basadas en la innovación.
2. Descubrir y aprovechar el potencial andaluz en innovación.
3. Involucrar a la Universidad, a otros agentes innovadores y a la sociedad en la innovación como impulsora del cambio de la estructura económica andaluza.

Para su desarrollo se establece que se creará en la Comisión de Política Económica, órgano de apoyo a la Comisión Delegada para Asuntos Económicos (regulada en la disposición adicional tercera del Decreto 281/2010, de 4 de mayo, por el que se regula la composición y funciones de las Comisiones Delegadas del Gobierno), un grupo de trabajo que asumirá la dirección técnica del proceso, concretará los cauces de participación de los agentes económicos y sociales, y recabará el parecer de expertos, con la finalidad de elevar la Estrategia de Innovación de Andalucía 2014-2020 a la correspondiente Comisión de Política Económica para su tramitación y aprobación por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía.

ACUERDO DE 12 DE FEBRERO DE 2013, DEL CONSEJO DE GOBIERNO, POR EL QUE SE MODIFICAN LOS ACUERDOS DEL CONSEJO DE GOBIERNO, DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 2011, POR EL QUE SE APRUEBA EL PLAN DE OPORTUNIDADES LABORALES EN ANDALUCÍA, Y DE 26 DE JULIO DE 2012, POR EL QUE SE APRUEBA EL PLAN DE CHOQUE POR EL EMPLEO EN ANDALUCÍA. (BOJA NÚM. 32, 14 DE ENERO DE 2013)

La modificación de los Acuerdos tiene su origen en las consecuencias de la crisis económica (destrucción de empleo e incremento del paro de larga duración), lo que requiere introducir modificaciones en los criterios de selección personal regulados en el Acuerdo de 6 de septiembre de 2011, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan de Oportunidades Laborales en Andalucía; y en el Acuerdo de 26 de julio de 2012, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan de Choque por el Empleo en Andalucía.

En lo que se refiere al Acuerdo de 6 de septiembre de 2011, se modifican las letras a) y d) de su apartado décimo, de modo que se podrá contratar al personal que los contratistas y subcontratistas requieran emplear para la ejecución de las actuaciones de acuerdo con las siguientes prescripciones:

- a) El personal, con excepción del personal propio o de dirección técnica, deberá encontrarse inscrito en el Servicio Andaluz de Empleo como demandante de empleo no ocupado.

Las empresas adjudicatarias de los contratos deberán presentar ante el Servicio Andaluz de Empleo una oferta de empleo identificando el proyecto de que se trata, y la selección se realizará de entre los candidatos facilitados por dicho servicio en base a la adecuación al perfil solicitado para el puesto de trabajo demandado y que no hayan tenido vinculación con la entidad empleadora en los tres meses anteriores a la fecha de presentación de la oferta de empleo. Tendrán preferencia aquellas personas que residan en el municipio en el que se ejecutará la actuación y que tengan la condición de paradas de larga duración no perceptoras de prestaciones ni subsidios priorizando, entre éstas, a las que tengan cargas familiares acreditadas ante el Servicio Andaluz de Empleo.

En el supuesto de que no existan en el municipio demandantes de empleo no ocupados que cumplan la anterior condición, la búsqueda se ampliará a municipios que pertenezcan a la misma área territorial de empleo.

En el supuesto de que en la correspondiente área territorial de empleo ninguna de las personas inscritas reúna los anteriores requisitos, la selección se efectuará preferentemente entre aquellas personas residentes en el municipio que no perciban subsidios ni prestaciones y cuya

demanda de empleo tenga fecha de inscripción más antigua, ampliándose la búsqueda a los municipios integrados en la misma área territorial de empleo en el caso de que no hubiera personas candidatas en el municipio en el que se ejecuta la actuación.

A efectos de este acuerdo, se entiende por personas paradas de larga duración las que lleven inscritas al menos doce meses ininterrumpidamente como demandantes de empleo no ocupadas o, al menos, seis meses ininterrumpidamente si están inscritas como trabajadores agrarios en el Servicio Andaluz de Empleo.

- b) Al menos, el setenta por ciento (70%) del coste del personal empleado en cada actuación deberá corresponder a empleo de nueva creación y, si se incluyese a otro personal, propio o de dirección técnica, deberá encontrarse contratado por tiempo indefinido.

En casos excepcionales, la Comisión Provincial de Participación podrá acordar, de manera motivada, reducir este porcentaje hasta el cincuenta por ciento (50%).

- c) No podrá contratarse al personal por periodos de tiempo inferiores a la duración de la tarea para la que se requiere la contratación.
- d) La contratación del personal por las empresas contratistas y subcontratistas que ejecuten las obras o actuaciones se someterá a las prescripciones del correspondiente convenio colectivo sectorial.

Será preferente, una vez constatada su idoneidad para el puesto de trabajo ofertado, la contratación de personas que no sean beneficiarias de ningún tipo de prestación o subsidio y, especialmente, las pertenecientes al colectivo de personas paradas de larga duración.>>

En lo que se refiere al Acuerdo de 26 de julio de 2012, por el que se aprueba el Plan de Choque por el Empleo de Andalucía, se realizan dos modificaciones:

- a) Se puntualiza el perfil de las personas que pueden ser contratadas, mediante la modificación del punto 1.º de la letra d) del párrafo octavo del apartado tercero; en consecuencia, este personal <<con excepción del personal propio o de dirección técnica, deberá encontrarse inscrito en el Servicio Andaluz de Empleo como demandante de empleo no ocupado.

Las empresas adjudicatarias de los contratos deberán presentar ante el Servicio Andaluz de Empleo una oferta de empleo, identificando el proyecto de que se trata, y la selección se realizará de entre las personas candidatas facilitadas por dicho servicio en base a la adecuación al perfil solicitado para el puesto de trabajo demandado y que no hayan tenido vinculación con la entidad empleadora en los tres meses anteriores a la fecha de presentación de la oferta de empleo. Tendrán preferencia aquellas personas que residan en el municipio en el que se ejecutará la actuación y que tengan la condición de paradas de larga duración no percep-

toras de prestaciones ni subsidios priorizando, entre éstas, a las que tengan cargas familiares acreditadas ante el Servicio Andaluz de Empleo. En el supuesto de que no existan en el municipio demandantes de empleo no ocupados que cumplan la anterior condición, la búsqueda se ampliará a municipios que pertenezcan a la misma área territorial de empleo.

En el supuesto de que en la correspondiente área territorial de empleo ninguna de las personas inscritas reúna los anteriores requisitos, la selección se efectuará preferentemente entre aquellas personas residentes en el municipio que no perciban subsidios ni prestaciones y cuya demanda de empleo tenga fecha de inscripción más antigua, ampliándose la búsqueda a los municipios integrados en la misma área territorial de empleo en el caso de que no hubiera personas candidatas en el municipio en el que se ejecuta la actuación.

A efectos de este acuerdo, se entiende por personas paradas de larga duración las que lleven inscritas al menos doce meses ininterrumpidamente como demandantes de empleo no ocupadas o, al menos, seis meses ininterrumpidamente si están inscritas como trabajadores agrarios en el Servicio Andaluz de Empleo.

- b) En segundo lugar, suprime el punto 5.º de la letra d) del párrafo octavo del apartado tercero del Acuerdo de 26 de julio de 2012.

ORDEN DE 28 DE DICIEMBRE DE 2012, POR LA QUE SE SUSPENDE LA CONVOCATORIA DE LAS AYUDAS PREVISTAS EN LA ORDEN DE 16 DE MAYO DE 2011, DE LA CONSEJERÍA DE EMPLEO, POR LA QUE SE ESTABLECEN LAS BASES REGULADORAS DE LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES Y SU CONVOCATORIA A PYMES Y AUTÓNOMOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA PARA EL DESARROLLO DE PROYECTOS DE PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS LABORALES. (BOJA NÚM. 9, 14 DE ENERO DE 2013)

Las ayudas se suspenden por la necesaria adaptación de la Orden que establece las bases reguladoras de las subvenciones a la reestructuración de Consejerías (Decreto del Presidente 3/2012, de 5 de Mayo). Dicho Decreto ha trasladado las competencias en materia de seguridad y salud laboral a la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo. Igualmente se justifica su suspensión, por una parte, por la necesidad de actualizar el Plan de Actuación de la Estrategia Andaluza de Seguridad y Salud en el trabajo 2010-2014 (aprobado por Acuerdo de 9 de febrero de 2010, del Consejo de Gobierno); y, por otro, por la exigencia de la Decisión de la Comisión

Europea de 20 de diciembre de 2006 (ayuda estatal N626/2006-España) que dispone que el límite básico de ayuda en Andalucía finalizará el 31 de diciembre de 2013.

ORDEN DE 28 DE DICIEMBRE DE 2012, POR LA QUE SE SUSPENDE LA CONVOCATORIA DE LAS AYUDAS PREVISTAS EN LA ORDEN DE 18 DE FEBRERO DE 2011, DE LA CONSEJERÍA DE EMPLEO, POR LA QUE SE ESTABLECEN LAS BASES REGULADORAS DE LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES A LOS COLEGIOS PROFESIONALES Y CONSEJOS ANDALUCES DE COLEGIOS PROFESIONALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA PARA EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES DE PROMOCIÓN DE LA PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS LABORALES Y SU CONVOCATORIA ANUAL. (BOJA NÚM. 9, 14 DE ENERO DE 2013)

La suspensión, al igual que en la Orden anterior, se justifica: a) Por la necesaria adaptación derivada de la nueva reestructuración de Consejerías y por la consiguiente actualización de las líneas del Plan de Actuación de la Estrategia Andaluza de Seguridad y Salud en el trabajo. B) Por la asunción de parte de las actividades formativas en materia de prevención de riesgos laborales y realización de estudios por el Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, en colaboración con los Colegios Profesionales y los Consejos Andaluces de Colegios Profesionales de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

