

# TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO  
Y BIENESTAR SOCIAL  
131/2015 - Cuarto Trimestre

131



JUNTA DE ANDALUCIA

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



---

# TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo  
y Bienestar Social

# 131

Junta de Andalucía  
Consejería de Empleo, Empresa y Comercio

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

## CONSEJO ASESOR

### PRESIDENTE

JOSÉ SÁNCHEZ MALDONADO  
Consejero de Empleo, Empresa y Comercio

### VOCALES

ANTONIA JESÚS MORO CÁRDENO	Viceconsejera de Empleo, Empresa y Comercio
JULIO SAMUEL COCA BLANES	Secretario General de Empleo
VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Consejero Permanente de Estado
JOSÉ VIDA SORIA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Granada
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

JOSÉ SÁNCHEZ MALDONADO	Consejero de Empleo, Empresa y Comercio
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Sevilla
CRISTINA CAMPAYO RODRÍGUEZ	Profesora Titular de Universidad de Economía Aplicada Universidad de Sevilla
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Granada
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	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, uno, 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 131/2015**  
**Cuarto Trimestre**

**ÍNDICE**

**1. ESTUDIOS**

La nueva regulación en Italia del contrato indefinido de “tutela creciente” entre el derecho y economicismo y los imperativos constitucionales . . . . .	13
VALERIO SPEZIALE	
Las recomendaciones europeas a los mercados de trabajo: una huida del Derecho Social Europeo . . . . .	65
J. EDUARDO LÓPEZ AHUMADA	
La prohibición de incrementar injustificadamente las bases de cotización en edades próximas a la jubilación . . . . .	109
FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ	
El complemento por discapacidad y la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad en la negociación colectiva de los últimos años (2012-2014) . . . . .	149
DAVID GUTIÉRREZ COLOMINAS	

**2. MERCADO DE TRABAJO**

Recuperación económica y subempleo en el mercado de trabajo español . . . . .	183
SANTOS RUESGA BENITO, JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO, LAURA PÉREZ ORTIZ Y ANA ISABEL VIÑAS APAOLAZA	

**3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA**

NEGOCIACIÓN COLECTIVA	
Universidad de Almería	
Ultraactividad excepcional del convenio colectivo . . . . .	213
JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ	
RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO	
Universidad Loyola Andalucía	
Reconsideración sobre la equiparación entre enfermedad y discapacidad . . . . .	231
M <sup>a</sup> TERESA VELASCO PORTERO	

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Internacional de La Rioja

Selección de trabajadores afectados por despido colectivo y discriminación por razón de edad ..... 243

RAQUEL POQUET CATALÁ

DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

Distribución de competencias entre el orden jurisdiccional social y el contencioso-administrativo en materia de impugnación de sanciones administrativas por impago de cuotas de la seguridad social ..... 259

MARÍA LUISA PÉREZ GUERRERO

**4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN**

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía ..... 275

M<sup>a</sup> DOLORES RUBIO DE MEDINA

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

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

## 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/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias>

## FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

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

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

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

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

### 1. ENCABEZAMIENTO

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

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

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

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

### 2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

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

### 3. ÍNDICE

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

### 4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

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

### 5. TEXTO

Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso. Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una exposición en su primer uso a través de paréntesis. Las referencias a proyectos de investigación se pondrán incorporar en la primera página si no se excede la extensión reservada al contenido obligatorio de la misma mediante nota a pie de página con marca asterisco (\*).

### 6. NOTAS

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

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

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

Ejemplos:

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

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

### 7. EXTENSIÓN

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

### 8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

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

### 9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

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

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

### 10. CESIÓN DE DERECHOS

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

**LABOUR AFFAIRS  
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE  
ANDALUSIAN REVIEW**

**Nº 131/2015  
Fourth Trimester**

**INDEX**

**1. STUDIES**

The new regulation in Italy of the indefinite contract “protects growing” between law and economic and constitutional imperatives.....	13
VALERIO SPEZIALE	
The European recommendations to labour markets: a flight of European Social Law .....	65
J. EDUARDO LÓPEZ AHUMADA	
The prohibition of increase bases of contributions near the pension retirement .....	109
FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ	
The complement disability and the job quota for people with disabilities in the collective bargaining of the past few years (2012-2014) .....	149
DAVID GUTIÉRREZ COLOMINAS	

**2. LABOUR MARKET**

Underemployment in the Spanish labour market and economic recovery .....	183
SANTOS RUESGA BENITO, JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO, LAURA PÉREZ ORTIZ Y ANA ISABEL VIÑAS APAOLAZA	

**3. JUDICIAL COMMENTS**

COLLECTIVE BARGAINING	
University of Almeria	
Outstanding ultra-activity of the collective agreement .....	213
JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ	
EMPLOYMENT CONTRACT REGIME	
Loyola University Andalusia	
Reconsideration on the equalization between illness and disability .....	231
M <sup>a</sup> TERESA VELASCO PORTERO	

THE END OF THE EMPLOYMENT CONTRACT International University of La Rioja Selection of workers affected by collective dismissal and discrimination on grounds of age.....	243
RAQUEL POQUET CATALÁ	
ADMINISTRATIVE LABOUR LAW University of Huelva Distribution of knowledge between Social Order and Administrative Court (judicial review) in respect of challenges to sanctions for non-payment of social insurance contributions .....	259
MARÍA LUISA PÉREZ GUERRERO	
<b>4. LEGISLATIVE REMARKS</b>	
Legislative comment about the Autonomous Community of Andalusia .....	275
M <sup>a</sup> DOLORES RUBIO DE MEDINA	





# LA NUEVA REGULACIÓN EN ITALIA DEL CONTRATO INDEFINIDO DE “TUTELA CRECIENTE” ENTRE EL DERECHO Y ECONOMICISMO Y LOS IMPERATIVOS CONSTITUCIONALES\*

VALERIO SPEZIALE

*Catedrático de Derecho del Trabajo*  
Universidad de Chieti Pescara (Italia)

## EXTRACTO

**Palabras clave: Derecho del trabajo y al trabajo, Italia, contrato de tutela creciente**

El presente ensayo analiza la nueva regulación en Italia del contrato por tiempo indefinido denominado “de tutela creciente”, que introduce un sistema de indemnización por extinción del mismo que se incrementa progresivamente en relación con la antigüedad del trabajador, a resultas de la aprobación del Decreto Legislativo nº 23, de 4 de marzo de 2015. En la primera parte el artículo destaca los objetivos de la reforma, donde se defiende que, de acuerdo con los estudios económicos y los datos empíricos disponibles, resulta difícilmente argumentable sostener que una reducción de la protección legal del empleo pueda incrementar el número de ocupados con permanencia en el empleo. En todo caso, la nueva regulación se encuentra completamente enfocada en los posibles (e improbables) objetivos económicos, acudiendo a todas las categorías del Derecho y la Economía sin tomar en consideración la singular lógica consustancial al Derecho del Trabajo

El artículo analiza algunos concretos elementos, como son los relativos al ámbito de aplicación de la norma, situaciones de despido discriminatorio y nulo, imposición de la reincorporación al puesto en caso de despido disciplinario, así como la cuantía de la indemnización en caso de despido ilícito. El trabajo examina todas las cuestiones jurídicas vinculadas a estas materias, subrayando en particular la posible violación que la nueva regulación podría implicar respecto de la Constitución y de los imperativos legales derivados de la normativa de la Unión Europea.

## ABSTRACT

**Key words: Labour Law, Italy, Contract indefinitely “increased supervision”**

This essay analyzes the new regulation in Italy of the contract indefinitely called “increased protection”, which introduces a system of compensation to extinction that is progressively increased in relation to the age of the worker, as a result of the adoption of Legislative Decree No. 23 of March 4, 2015. In the first part, the article highlights the objectives of the Reformation, where it defends that, according to economic studies and the available empirical data, it is hardly arguable hold that a reduction of the legal protection of employment can increase the number of busy with remained in employment. In any case, the new regulation is completely focused on the possible (and improbable) economic objectives, attending all the categories of law and the economy without taking into consideration the unique inherent logic to the labour law.

The article discusses some specific elements, such as those relating to the scope of application of the standard, situations of dismissal null and discriminatory, imposition of the reinstatement to the position in the event of disciplinary dismissal, as well as the amount of compensation in the event of unlawful dismissal. The work examines all legal issues related to these matters, in particular stressing the possible violation that the new regulations could imply with respect to the Constitution and legal imperatives derived from the regulations of the European Union.

\* Traducido del italiano por Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca, Profesor Contratado Doctor del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Universidad de Sevilla).

## ÍNDICE

1. REFORMA DEL DESPIDO, FINES ECONÓMICOS Y CRISIS EPISTEMOLÓGICA DEL DERECHO DEL TRABAJO
2. LAS CARACTERÍSTICAS ESTRUCTURALES DE LA NUEVA REGULACIÓN Y EL AUMENTO DE LOS PODERES EMPRESARIALES
3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN Y LAS DUDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD
4. EL DESPIDO DISCRIMINATORIO Y NULO
5. LA READMISIÓN EN EL DESPIDO DISCIPLINARIO
6. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL RÉGIMEN "DUAL" READMISIÓN/INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO
7. LA TUTELA INDEMNIZATORIA Y SU POSIBLE OPOSICIÓN AL DERECHO EUROPEO Y A LA CONSTITUCIÓN

## 1. REFORMA DEL DESPIDO, FINES ECONÓMICOS Y CRISIS EPISTEMOLÓGICA DEL DERECHO DEL TRABAJO

Tras dos años y medio desde la entrada en vigor de la reforma Fornero (Ley 92/2012), el legislador vuelve de nuevo a modificar la regulación de los despidos individuales y colectivos. La modificación, en esta ocasión, tiene efectos bastante más convulsos. porque el Decreto Legislativo 23/2015, de 4 marzo no se limita a flexibilizar aún más las reglas, sino que transforma profundamente la protección en esta materia, al pasar de un sistema basado en la reincorporación al puesto de trabajo en caso de despido declarado como ilícito a otro en el que el resarcimiento económico del daño, en cuantía predeterminada y fija, se convierte en el eje de la nueva regulación.

El objetivo que la reforma se propone es el de “incrementar la entrada en el mundo del trabajo por parte de aquéllos que están buscando ocupación”<sup>1</sup>, en un contexto de revalorización de la protección del trabajador, no ya en la relación individual de trabajo, sino en el mercado de trabajo en su conjunto, de acuerdo con la línea conductora típica de la flexiguridad. Por ello, el legislador considera que el régimen de los despidos puede influir de manera determinante en la dinámica de la ocupación. O lo que es lo mismo, las limitaciones excesivas a la facultad de los empresarios para extinguir el contrato (y en particular el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores) desalentarían nuevas altas laborales<sup>2</sup> y favorecerían el dualismo del mercado de trabajo, dividido entre trabajadores “seguros” y los privados de tutela que no consiguen alcanzar una ocupación estable.

<sup>1</sup> Art. 1, c. 7, Ley 183/2014.

<sup>2</sup> V. Rodano, 2015, 18; también para un análisis que subraya la escasa incidencia de la nueva regulación en orden a alcanzar efectos ocupacionales positivos.

He aquí, como puede verse, una clara adhesión al “pensamiento único” en esta materia, puesto de manifiesto por vez primera por la OCDE en 1994 y asumido por las grandes Instituciones económicas internacionales (el Fondo Monetario, el Banco Central Europeo) y por la Comisión Europea que, mediante recomendaciones, viene animando desde hace tiempo a los países europeos a facilitar la ruptura del vínculo contractual<sup>3</sup>. He defendido ya en muchas ocasiones que “esta tesis ha sido desmentida por numerosos estudios teóricos y sobre todo por la evidencia empírica. Desde este punto de vista los datos de que disponemos y la extensión temporal a la que éstos se refieren deberían eliminar ya cualquier duda sobre lo erróneo de esta teoría. La “prueba contraria” respecto de la idea favorable a la relación entre ocupación y reducción de la protección en materia de despido está tan difundida y es tan evidente que resulta incomprendible cómo se puede seguir sosteniendo una opinión con tan escaso fundamento teórico y práctico. Incluso Pietro Ichino, que es uno de los defensores más autorizados e incansables de la influencia negativa de la *Legislación Protectora del Empleo* sobre el mercado de trabajo, se ha visto recientemente obligado a admitir que “la ciencia económica no nos ofrece ninguna evidencia del hecho de que el “equilibrio mediterráneo” (mío: caracterizado por una intensa protección frente al despido) determina por sí solo tasas de desocupación más elevadas que el equilibrio típico de los Países del Norte de Europa y de aquéllos de tipo estadounidense”<sup>4</sup>. Una conclusión que, por otro lado, ya hacía tiempo había sostenido la OCDE<sup>5</sup>.

En realidad, la tasa de ocupación y desocupación se determina por el nivel de la demanda agregada y de las inversiones productivas y, en este contexto, “el papel del mercado de trabajo (y de sus características) es mucho menor de lo que se podría pensar”<sup>6</sup>. Con la consecuencia de que el Decreto Legislativo de 2015 no puede tener la finalidad “de crear directamente nuevos puestos de trabajo”<sup>7</sup>. La

<sup>3</sup> Sobre estos aspectos, me permito remitir a Speziale, 2012a, 525 ss.; Id., 2013, 305 ss.; Id., 2014b, 356 ss. (y a otras referencias bibliográficas allí indicadas).

<sup>4</sup> Speziale, 2014a, 16. Para un mayor conocimiento de estos temas remito a mis artículos citados en nota 3, y a las referencias y datos allí indicados.

<sup>5</sup> “En conjunto los análisis teóricos no ofrecen una respuesta bien definida sobre los efectos de la legislación en materia de despido sobre los niveles globales de ocupación o desocupación” (OCDE, 2004, 80). La Organización sostiene que la regulación de los despidos podría tener efectos negativos en la ocupación de algunos grupos de trabajadores (mujeres, jóvenes) (63), lo que ha sido defendido por “algunos estudios” (sin que haya sido confirmado por todos los expertos en la materia).

<sup>6</sup> Rodano, 2015, quien subraya el papel “pasivo” del mercado de trabajo: “los niveles de ocupación y de desocupación se deciden en otro sitio”, porque “la ocupación aumenta cuando las

misma tesis según la cual el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores habría desalentado las nuevas altas laborales ha sido desmentida por numerosas investigaciones que destacan cómo el nivel de transición laboral en Italia (en sustancia: la movilidad para entrar y salir del mercado de trabajo y la creación/destrucción de empleos) se encuentra entre los más altos de Europa. Y por otro lado no existen pruebas empíricas de un grado de transición superior en las empresas donde no se aplica el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores; es más, los resultados en éstas vienen a significar lo contrario<sup>8</sup>.

Lo cierto es que la tesis según la cual la menor tutela en materia de despidos crea empleo pertenece al grupo de las “creencias no demostradas”<sup>9</sup>, de aquéllas que “no son aceptadas comúnmente por ser evidentes, sino que parecen evidentes por ser comúnmente aceptadas”<sup>10</sup>. No obstante, las numerosas y argumentadas críticas a esta teoría, fundadas en estudios o datos empíricos, no producen su efecto. Y esto, en primer lugar, por el declive del método científico tradicional basado en la contraposición de razonamientos verificables en la realidad. En efecto “la ciencia jurídica se guía menos por la demostración de la falsedad de la afirmación errónea (Popper) y más por la negociación del consenso entre los miembros de la comunidad científica”<sup>11</sup>. Un rol determinante, sin embargo, ha jugado la difusión de una corriente de pensamiento económico que, asumida por las grandes instituciones internacionales y políticas, se ha convertido en una suerte de “teología económica”, que se caracteriza por “axiomas presentados como verdades indiscutibles convertidos en pura ortodoxia, dotada de una racionalidad intrínseca que no admite objeciones, en cuanto fundada sobre (presuntas) verdades objetivas de carácter económico”<sup>12</sup>. Y todo ello sin olvidar que reducir la tutela en materia de despidos significa restablecer

empresas precisan más mano de obra y esto acontece cuando en el mercado (¡de bienes!) aumenta la demanda de los productos de las empresas” (3).

<sup>7</sup> Rodano, 2015, 2.

<sup>8</sup> Sobre esta cuestión, véanse otros artículos citados en la nota 3; v. Speziale 2014b, 356 ss., con mención de los estudios sobre la elevada movilidad del mercado de trabajo italiano. En él analizo también la tesis que muestra el impacto “insignificante” sobre los niveles de ocupación de la introducción, en 1990, de límites al poder de extinción de contratos en las empresas con menos de 15 trabajadores. La opinión de Rodano (2015, 18) según la cual el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores desalentaría las altas laborales no encuentra refrendo empírico.

<sup>9</sup> Perulli, 2015, 12.

<sup>10</sup> Amsterdamski, 1977, 975.

<sup>11</sup> Perulli, 2015, 16.

<sup>12</sup> Speziale, 2014b, 364.

de manera clara la autoridad de la empresa, en un contexto de marcado reequilibrio de poderes en el contrato de trabajo<sup>13</sup>. Esta aproximación al problema no es muy novedosa si se considera la postura, típica del *Derecho economicista*, que considera la empresa como un equipo con “una red de contratos, ventajosos para cada uno y para todos”<sup>14</sup>, en el marco de una elaboración teórica que niega la existencia misma del “poder”. Sin embargo, a quien no se deja engañar por este planteamiento y razona en términos jurídicos y de relaciones reales de fuerza en el contrato de trabajo, le resultará imposible no entender esta reforma legal en el sentido ya descrito.

El legislador, por lo tanto, se ha adaptado al “mantra” europeo de la relación entre rigidez de la normativa protectora del trabajo y el nivel de desempleo<sup>15</sup>. Sin embargo, la nueva reforma es también hija de un intercambio totalmente “político” entre operaciones nacionales que inciden en el equilibrio de las finanzas públicas, sin respetar los parámetros europeos, y la introducción de “reformas estructurales” del mercado de trabajo, incluida ésta en materia de despido impulsada desde hace tiempo por la Comisión Europea. Un intercambio que, en este caso, ha funcionado perfectamente<sup>16</sup>. Por otro lado, la reforma podría ser considerada como una obligación impuesta por la Unión Europea. La modificación de la regulación del despido, en efecto, constituiría una de las reformas estructurales que, tras las recientes novedades normativas en materia de gobernanza económica europea, se habría convertido en una auténtica y propia obligación de cada Estado miembro, cuya violación podría recibir como respuesta graves sanciones<sup>17</sup>. En realidad, aun en el contexto de una fuerte acentuación del carácter vinculante de las Recomendaciones y Orientaciones relativas a la política económica y de empleo, es discutible que éstas hayan alcan-

<sup>13</sup> Perulli, 2015, 6; Scarpelli, 2015, 3.

<sup>14</sup> Denozza, 2015, 46.

<sup>15</sup> M.T. Carinci, 2012a, 536.

<sup>16</sup> No hay duda, en efecto, de que la modificación de la regulación del despido es la contrapartida con la que el Gobierno Renzi ha conseguido que los incumplimientos de los objetivos económicos europeos –como, entre otros, el *bonus* de los 80 € concedido a un extenso número de contribuyentes- no hayan sido sancionados por la Unión. Sobre este tema cfr. Speziale, 2014a, 7 ss. También Pizzoferrato (2015, 18) comenta la apreciación de la Comisión que, aunque advierte de la crisis económica de nuestro país (debida a la elevada deuda pública), destaca la importancia de las reformas estructurales como instrumento de reajuste a los parámetros UE.

<sup>17</sup> Chieco, 2015, para quien “el papel directivo de la gobernanza económica europea obliga a nuestro país a “desarrollar más frecuentemente una actividad de recepción normativa antes que de política-normativa”, estableciendo así un sistema de flexiseguridad y un modelo de mercado de trabajo adaptado a los objetivos macroeconómicos perseguidos” (58).

zado el carácter de verdaderas obligaciones jurídicas<sup>18</sup>. Los Estados miembros, en cuanto que no están vinculados por los Memorándums de intenciones, poseen de hecho “márgenes de decisión propia”<sup>19</sup>, también porque las Recomendaciones en materia de empleo, a diferencia de aquéllas de contenido directamente económico, si no se asumen, no son objeto de sanción. Por tanto, la opción por una flexibilización tan fuerte de las reglas en materia de despidos no era un camino obligado<sup>20</sup>.

La nueva regulación, por otro lado, exige razonamientos que atiendan a la misma esencia y a la finalidad del Derecho del Trabajo y que impulsen a analizar los perfiles epistemológicos de la materia. Una rápida valoración de los contenidos de la reforma muestra cómo ésta se encuentra totalmente influida por criterios estrictamente económicos. Su finalidad, como queda dicho, es el incremento de la ocupación. Pero incluso las técnicas utilizadas constituyen la expresión típica del Derecho economicista. Por ejemplo, la drástica reducción de la posibilidad de readmisión y su sustitución por una indemnización se justifican por la necesidad de eliminar la indeterminación del coste del despido, ligado a la ignorancia de la duración y del resultado del proceso judicial (que, tras mucho tiempo, podría imponer la readmisión elevando los costes de la empresa). La reforma, además, disminuye, siempre en términos economicistas, las negativas consecuencias que resultan de la asimetría informativa. El empleador no conoce las competencias y la capacidad del trabajador en el momento de contratarlo y, si ha hecho una selección equivocada, debe poder despedirlo “sin coste alguno (o con un coste mínimo). Pero esta flexibilidad es justo lo que el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores impide”<sup>21</sup>. La exacta predeterminación del coste del despido (ligada, como veremos, a la antigüedad en el puesto y sin que el magistrado pueda, discrecionalmente, incidir sobre el *quantum*) refleja una doble exigencia: a) determinar por adelantado cuál será el coste económico del despido, eliminando los riesgos de la variación de dicho importe o de su modificación a resultas de la intervención del juez o de la duración del proceso; b) permitir a la empresa, en el análisis típico coste/beneficio, valorar *a priori* si conviene más extinguir el contrato sin causa justificativa (abonando una

<sup>18</sup> Pizzoferrato, 2015, 14 ss.

<sup>19</sup> Chieco, 2015, 68, quien, por otra parte, manifiesta algunas dudas sobre este punto, señalando la obligatoriedad de las indicaciones dadas por la Unión.

<sup>20</sup> He profundizado en estos aspectos en Speciale, 2014a, 8 ss.

<sup>21</sup> Rodano, 2015, 17. A este artículo remito para todo lo relativo a la indeterminación del “coste del despido” mencionada en el texto principal (16).

cantidad reducida ya conocida) o mantener la relación contractual al ser aún superior el beneficio económico que ésta puede aportar. De esta forma el enfoque seguido es el del “incumplimiento si es lo más eficaz”<sup>22</sup>, de acuerdo con el planteamiento de que “la norma jurídica se debe poder violar, a cambio de un resarcimiento económico, sin la aplicación de sanciones y mucho menos obligar a su cumplimiento específico, de manera que cada sujeto pueda elegir entre respetar la ley o no hacerlo pero pagando”<sup>23</sup>.

También la propuesta de conciliación (prevista por el art. 6 del Decreto Legislativo 23/2015) se inspira en el análisis coste/beneficio. En este caso, de hecho, la predeterminación de la indemnización por despido, con cierta reducción en su cuantía, permite a la empresa, que siga el procedimiento y cumpla las condiciones previstas por la ley, conocer exactamente el valor económico de la resolución del contrato, renunciando a la acción judicial y evitando así el riesgo de que el juez sentencie la ilicitud del despido y la condene a una indemnización superior. Por parte del trabajador, el incentivo económico para que acepte la propuesta de conciliación es aún mayor. La indemnización, aunque inferior a la normal, está exenta del pago del Impuesto de la Renta por tal concepto, lo que no sucede con la indemnización ordinaria por daño. Con la aceptación de esta cantidad –que se le entrega de modo inmediato mediante talón bancario, para así reforzar lo atractivo de la conciliación- el trabajador recibirá una suma dineraria de la que podrá disponer al momento, ligeramente inferior a la prevista por ley para el despido ilícito. Además, tendrá la ventaja de evitarse el coste del acceso a la justicia (cargas fiscales, honorarios del abogado) y los riesgos de un fallo judicial adverso).

Se ha subrayado acertadamente cómo esta absoluta dimensión económica de la nueva regulación del despido constituye la expresión de un cambio de paradigma científico del Derecho de Trabajo, que se puede definir como “la *declinación iuslaboralista del análisis económico del derecho*”<sup>24</sup>. En tal contexto el Derecho del Trabajo no funciona como instrumento “de equilibrio/moderación de intereses en la compleja relación evolutiva entre libertad

<sup>22</sup> Perulli, 2015, 12; Id., 2012a.

<sup>23</sup> Perulli, 2012a, 563.

<sup>24</sup> Perulli, 2015, 9, quien explica cómo, “según el planteamiento epistemológico de Thomas Kuhn, con (el concepto de paradigma científico) se designan las reglas admitidas e interiorizadas como “normas” por la comunidad científica en un momento histórico determinado, donde la ciencia se desarrolla como “ciencia normal”, basada en “ideas, teorías y prácticas comúnmente aceptadas como válidas por la comunidad científica” (4).

económica y derechos sociales”<sup>25</sup>. Al contrario, se utiliza exclusivamente en un planteamiento de (asumida) “eficacia económica”, como un instrumento capaz de evitar las disfunciones del sistema productivo. La norma jurídica viene así sometida a un proceso de evaluación de sus efectos en la economía, lo que “conlleva una visión reductiva de la función jurídica”, privada por otro lado de una unánime contestación en la literatura económica<sup>26</sup>. La misma idea del Derecho se ha vuelto a cuestionar con radicalidad. Éste no es considerado como un instrumento de atribución de posiciones subjetivas que expresan valores interiorizados por la sociedad y reconocidos normativamente en las Constituciones, en los Tratados fundamentales y en las leyes ordinarias. Al contrario, “el Derecho debe diseñarse en línea de principio para maximizar el bienestar, prescindiendo del modo en que éste quede distribuido”<sup>27</sup>. Desde esta perspectiva, las normas no establecen límites a los comportamientos del empleador en una función de adecuación con los derechos fundamentales del trabajador, sino que sólo sirven “para fijar los límites de las actuaciones permitidas: las cuales, si producen resultados “injustos” a un nivel de relación individual de trabajo (despido ilegítimo, modificación de funciones por encima de la titulación profesional del trabajador, etc.) se justifican siempre en términos de “agregaciones de bienestar” y no se corrigen en el ámbito de la relación intersubjetiva, sino sistémicamente, a través de equipos y técnicas especializadas en función redistributiva”<sup>28</sup>.

No hay duda de que el Derecho del Trabajo, por su profunda conexión con la producción de bienes y servicios, no puede ser indiferente a los motivos de la economía<sup>29</sup>. Tiene, por tanto, razón quien sostiene que no tiene sentido “contraponer horizontalmente el Derecho del Trabajo a la Economía: sencillamente porque *el Derecho del Trabajo se compone también de Economía, así como por tantas otras razones y motivos*, sin que ninguna de éstas llegue a agotarlo”<sup>30</sup>. Más bien, la apertura cognitiva con la ciencia económica (y con las otras ciencias, como, por ejemplo, la sociología) significa intercambio de información, de juicios y de opiniones, evitando que se materialice “el riesgo de la subordinación

<sup>25</sup> Perulli, 2015, 7.

<sup>26</sup> Perulli, 2015, 10 – 11.

<sup>27</sup> Denozza, 2013, 48.

<sup>28</sup> Perulli, 2015, 11 – 12.

<sup>29</sup> Hace muchos años, un Maestro de nuestra disciplina subrayaba la necesidad “de conjugar los objetivos sociales con los objetivos de eficiencia”, recordando que ésta última no es una prerrogativa patronal, sino que constituye un principio de acción válido para todos. Pero tampoco es una ley científica, y por lo tanto sobre sus posibles traducciones prácticas pueden surgir discrepancias, de gran intensidad” (Giugni, 1989, 334).

<sup>30</sup> Del Punta, 2013, 45-46.

monista del Derecho [del Trabajo] a la Economía”<sup>31</sup>. No obstante, me parece que nos encontramos en presencia de una “nueva tiranía de los valores económicos”<sup>32</sup>. La perspectiva económica, de hecho, constituye el único motivo justificativo de la reforma de la regulación en materia de despidos; un juicio éste que puede hacerse extensivo a las más recientes modificaciones en materia de contratos temporales o de regulación del mercado de trabajo. No es preciso detenerse sobre la validez o no de las teorías económicas que ligan la reducción de la tutela en materia de despido y el nivel de ocupación, que ya han sido analizadas. Se trata sólo de repetir, en primer lugar, pues su inconsistencia teórica no se subraya con la frecuencia debida, que el Derecho economicista no es una “ciencia exacta”<sup>33</sup>. Y además, conviene sobre todo recordar que conlleva la negación de la misma especificidad del Derecho, pasando por alto totalmente su “dimensión axiológica, sus valores, sus principios”<sup>34</sup>.

Un ejemplo conexo a la tutela en materia de despido puede resultar útil para comprender mejor la realidad. El despido, en efecto, extingue la ejecución de la prestación, que no es sólo el cumplimiento de la obligación contractual sino también un instrumento de realización de la personalidad del trabajador y de ejercicio de sus derechos fundamentales. No casualmente se ha dicho que “el trabajador, a través de su trabajo, en el interior de la empresa, entendida como formación social en el sentido del art. 2 de la Constitución, realiza no sólo la utilidad económica prometida al empleador, sino también los valores individuales y familiares mencionados en dicho art. 2 y en el posterior art. 36”<sup>35</sup>. Por otra parte, la readmisión es expresión de una particular técnica de tutela: la ejecución en sus justos términos. Con ésta se persigue el objetivo de restablecer integralmente la posición subjetiva lesionada, con base en la consideración de que los valores protegidos por la norma jurídica son tan importantes que no pueden ser compensados por un mero resarcimiento económico del daño. En dicho contexto se ha afirmado que “el derecho del trabajador a su puesto de trabajo, protegido por los arts. 1, 4 y 35 de la Constitución, sufriría una sustancial expropiación si quedara reducido por vía normativa al derecho a percibir una suma económica”<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> Del Punta, 2013, 46.

<sup>32</sup> Perulli, 2012a, 584.

<sup>33</sup> No es casualidad que uno de los juristas que más ha estudiado esta materia haya empleado en el título de uno de sus artículos la expresión “el éxito de una teoría tan débil” (Denoza, 2013, 43). Y es también significativo que uno de los máximos teóricos del Derecho economicista (Richard Posner) haya revisado críticamente sus opiniones sobre dicha tesis.

<sup>34</sup> Perulli, 2012a, 561.

<sup>35</sup> Cass., S. U., 10.1. 2006 n. 141, [www.dejure.giuffrè.it](http://www.dejure.giuffrè.it), 6.

<sup>36</sup> Cass., S. U., 10.1.2006 n. 141, 6.

No se quiere obviamente defender que la readmisión al puesto de trabajo sea la única forma posible de tutela de los derechos fundamentales del trabajador. Sobre todo es importante resaltar cómo los aspectos jurídicos antes mencionados (cumplimiento de la prestación laboral como desarrollo de la personalidad humana/tutela en sus justos términos por medio del restablecimiento íntegro de los derechos fundamentales) resultan totalmente ignorados por el legislador cuando, en la regulación del despido no discriminatorio, se deja llevar por el exclusivo fin de satisfacer presuntas exigencias objetivas de carácter económico en el sentido tantas veces explicado.

Creo, por lo tanto, que “la subordinación monista del Derecho (del Trabajo) a la Economía” es algo más grave que un mero “riesgo”: la plena realización de la “tiranía de los valores económicos”. Estamos, en efecto, ante una crisis del estatuto epistemológico del Derecho del Trabajo, cuya dimensión jurídica –en el sentido axiológico varias veces explicado- se encuentra del todo ausente, o en cualquier caso completamente subordinada a los motivos económicos. Asistimos, así, a un verdadero proceso de “colonización”, que impone los objetivos y métodos de la Economía como único fundamento científico. La apertura metodológica y cognitiva no puede suponer “la expropiación” de la especificidad del Derecho que justifica su propia existencia. Es totalmente cierto que la identidad del iuslaboralista no puede prescindir del contexto económico y del análisis de la eficiencia de la norma jurídica. Sin embargo, también es verdad que acoger exclusivamente el punto de vista del análisis económico del Derecho significa aceptar una lectura de las normas basada exclusivamente en la búsqueda de la eficiencia, lo que lleva a considerar las disposiciones jurídicas como límites, u obstáculos, capaces de modificar los comportamientos de los actores económicos y productivos con perversos resultados, contrarios ya sea a la racionalidad instrumental ya a la racionalidad axiológica (coincidente con la protección de los derechos fundamentales de la persona). Sin embargo, el Derecho en general (y el Laboral, en particular) debe ser concebido necesariamente como un sistema de valores que completa los económicos y mercantiles. En resumen, es necesario reafirmar con fuerza que “la esencia de la racionalidad (o razón) jurídica, y señaladamente la iuslaboralista, consiste en ser una racionalidad de síntesis, que incluye la racionalidad económica dentro de un marco de referencia más amplio”<sup>37</sup>. De no ser así, la propia identidad epistemológica del Derecho del Trabajo se verá amenazada.

<sup>37</sup> Del Punta, 2001, 39.

## 2. LAS CARACTERÍSTICAS ESTRUCTURALES DE LA NUEVA REGULACIÓN Y EL AUMENTO DE LOS PODERES EMPRESARIALES

La nueva regulación en Italia del contrato llamado de “tutela progresiva” por el modo de cuantificar la indemnización por despido ilícito, se aleja de manera sustancial de otras hipótesis de esta nueva tipología contractual elaboradas a nivel europeo y también en el ámbito nacional. Dentro de la diversidad de modelos propuestos, este nuevo contrato –cuya premisa es que la excesiva rigidez en materia de despido impide la creación de empleo– prevé una regulación del “ingreso” en la empresa que protege al trabajador, en caso de extinción del contrato, sólo con una indemnización económica que aumenta en porcentaje en función de su antigüedad. En principio, y tras el transcurso de un periodo de tiempo determinado, se le deberían aplicar las reglas de la estabilidad real u obligatoria<sup>38</sup>. Con la reforma, por el contrario, estamos en presencia de una nueva regulación de los despidos individuales donde, mediante la derogación para estos casos del art. 18 del Estatuto de los Trabajadores (cuyo contenido se conserva sólo para algunos supuestos concretos), la readmisión se sustituye por una indemnización que aumenta con progresividad en función de la antigüedad y sin que el trabajador alcance jamás la tutela de la que disfrutaban los que ya ahora están trabajando y se siguen rigiendo por la regulación precedente. De hecho, la regulación anterior, procedente de la combinación del Estatuto con el art. 8 de la Ley 604/1966, sólo se aplicará a partir de ahora a los contratos de trabajo celebrados antes de la entrada en vigor de la reforma y, por tanto, irán desapareciendo progresivamente conforme se extingan esas relaciones de trabajo. De ahí que se haya afirmado con acierto que “el sugerente nombre “contrato de tutela progresiva” parece más bien un truco semántico para disimular la derogación del art. 18 del Estatuto de los Trabajadores bajo la cobertura del respeto a los planteamientos europeos”<sup>39</sup>.

Una primera característica de la nueva regulación es la *marginación* de la readmisión que, como regla general, se convierte en la excepción<sup>40</sup>. La tutela del

<sup>38</sup> Sobre las distintas formas de contrato de tutela progresiva propuestas tanto a nivel europeo como nacional cfr. Perulli, 2015, 20 ss. (a quien se remite para una mayor bibliografía del tema); Perulli, Casale, 2013.

<sup>39</sup> Perulli, 2015, 27.

<sup>40</sup> Perulli, 2015, 30 – 31; Fiorillo, 2015, 128; Brino, 2015, 84; Giubboni, 2015, 4; Scarpelli, 2015, 11; Pisani, 2015, 24.

restablecimiento en el puesto, en efecto, se limita a los casos que son mucho más importantes desde el punto de vista de los valores implicados (piénsese en el despido discriminatorio) pero totalmente secundarios desde el punto de vista de su frecuencia, en relación con lo que resulta habitual en las extinciones contractuales. La inexistencia de justa causa o motivo justificado viene hoy sancionada exclusivamente con el resarcimiento económico del daño, excluyendo el caso –que ha quedado muy reducido (v. § 5)- del despido disciplinario que no vaya acompañado del “hecho material imputado”, es decir solo se condena a la readmisión cuando no se logra demostrar la realidad de los hechos alegados.. Se trata, por tanto, de un “giro copernicano”<sup>41</sup>, que nos aleja de los Estados europeos donde la readmisión al puesto de trabajo constituye todavía un instrumento ampliamente extendido para los despidos injustificados<sup>42</sup> y que nos incluye entre los países más flexibles en esta materia con gran cercanía al modelo español<sup>43</sup>.

Un segundo aspecto a destacar es la incidencia indirecta de la reforma sobre las nociones de justa causa y motivo justificado subjetivo y objetivo. Las definiciones legales permanecen igual y por tanto, en teoría, se podría pensar que no ha cambiado nada<sup>44</sup>. No se olvide, sin embargo, que se trata de “normas abiertas” (o de “cláusulas generales” según otra forma de denominarlas) cuyos contenidos han sido abundantemente definidos por la jurisprudencia, también con relación al sistema sancionador<sup>45</sup>. En particular, la tutela basada en la readmisión había enfatizado “el interés por la estabilidad” como aspecto causal del contrato de trabajo (obviamente, en aquellos casos en los que se aplicaba la norma del Estatuto de los Trabajadores)<sup>46</sup>. Y no era casual, por tanto, que el despido por justa causa se definiera como una “grave negación” de la relación de confianza que conlleva la sanción disciplinaria más radical<sup>47</sup>; o que, en el

<sup>41</sup> Fiorillo, 2015, 104.

<sup>42</sup> Se remite, sobre este punto, al profundo análisis de Derecho comparado realizado recientemente por Pedrazzoli, 2014, 3, ss.

<sup>43</sup> En efecto, en España, en caso de *despido improcedente* (aquél que no es nulo pero en donde no ha quedado probada la causa o no se han respetado los requisitos de forma), el empresario ha de abonar una indemnización igual a 33 días de salario por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades. Se remite sobre este aspecto a Pedrazzoli, 2014, 34.

<sup>44</sup> Ésta es, p. ej., la opinión de: Fiorillo, 2015, 107, 111; Marazza, 2015, 310 y Gentile, 2015, 53.

<sup>45</sup> Sobre los conceptos indicados en el texto principal se sigue la distinción aportada por Mengoni, 1986, 7 ss., quien prefiere calificar el art. 2119 del Código Civil y el art. 3 de la Ley 604/1966 como “normas generales”; tesis seguida por numerosos autores (mencionados en Varva, 2014, 23 ss.). Un análisis más reciente del problema en Bellomo, 2015, 66 ss.

<sup>46</sup> Sobre el concepto de tal interés cfr. Persiani, 1971, 682 ss. Un análisis reciente del interés por la estabilidad en el ámbito del despido económico en Brun, 2012, 65 ss.

<sup>47</sup> Entre otras muchas v., p. ej., Cass. 27.2.2014 n. 4723 y Cass. 10.12.2014 n. 26039.

despido económico, se introdujera la obligación de la readmisión coherentemente con la calificación de este despido como *extrema ratio* (solución última)<sup>48</sup>. Todos estos razonamientos procedían de lo previsto por el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores y de la particular fuerza atribuida a la estabilidad en el empleo y materializada en el restablecimiento de la relación de trabajo en caso de despido injustificado<sup>49</sup>.

Es posible, por tanto, que la reforma conlleve un “aligeramiento” de las nociones de justa causa y motivo justificado. En el despido disciplinario, realmente, la readmisión todavía permanece, si bien limitada a supuestos muy concretos. Por tanto, un principio de estabilidad en el empleo, aunque reducido, existe –si bien limitado a la situación de insuficiencia del “hecho material”- y debería mantenerse así, ligado a la justa causa o al motivo justificado subjetivo, entendido como una lesión particularmente grave de la relación de confianza mutua. Se podría objetar, sin embargo, que sólo en este caso la ley permite alcanzar esta solución y no en otros. Y habría entonces que concluir que en el despido por motivo justificado objetivo, en el que la readmisión no existe, la razón económica-organizativa que lo justifica ha perdido el carácter de “seriedad” o “gravedad” que tenía en el pasado.

No obstante, me parece que la solución del problema puede encontrarse en el ámbito de los principios constitucionales. No se puede olvidar, en efecto, que la estabilidad en el empleo, aun no teniendo que ser tutelada obligatoriamente mediante la readmisión, tiene un fundamento constitucional, como expresión del equilibrio entre la libertad de empresa (de la cual el despido es una manifestación) y el art. 41.2 Cost. (en su referencia a la seguridad, dignidad y libertad humanas), que no es otro que la necesidad de moderación y ajuste a que se refiere el art. 4.1 de la Ley Fundamental<sup>50</sup>. La obligación de tener presente los

<sup>48</sup> También en este aspecto la jurisprudencia es «pacífica» (Brun, 2012, 54). Sin embargo, la reforma Fornero (Ley 92/2012) incidió en este punto porque, tras ella, el incumplimiento de la obligación de readmisión se solía sancionar por la jurisprudencia a través del resarcimiento económico del daño.

<sup>49</sup> En realidad, la reforma Fornero (Ley 92/2012), que graduaba la sanción desde la readmisión al resarcimiento económico del daño ya había modificado el sistema. Sin embargo, el restablecimiento de la relación laboral conservaba todavía su relevancia específica y la Ley 92/2012 no parecía que fuera a reformar sustancialmente las nociones de justa causa y de motivo justificado. Sobre estos aspectos remito a mi análisis en *Speciale*, 2013, 328 ss. (así como a la bibliografía allí indicada).

<sup>50</sup> Nogler, 2007, 613. Sobre la constitucionalización del principio de estabilidad cfr. también Saracini, 2013, 43 ss. (con cita de la jurisprudencia de la Corte constitucional).

valores constitucionales mencionados, la implicación “de la personalidad humana ante el hecho del despido”, y el trabajo como “sustrato existencial” del trabajador imponen, por tanto, una valoración rigurosa de la causa del despido<sup>51</sup>. Prescindiendo ahora del régimen sancionador, la justa causa y el motivo justificado –por el necesario equilibrio entre los principios constitucionales en juego– deben mantener por tanto los requisitos de seriedad y gravedad que han caracterizado su interpretación en el pasado. Y en este contexto, también la obligación de readmisión del trabajador continúa siendo relevante<sup>52</sup>. De este modo, si el empresario no cumple con el deber probatorio de la imposibilidad de la empresa para readmitir al trabajador, el despido será injustificado; incluso en el caso de que fuesen ciertos los razonables motivos económicos u organizativos para extinguir el contrato<sup>53</sup>.

Sin embargo, las conclusiones descritas operan sólo en un plano teórico. En efecto, el resarcimiento económico del daño, si en abstracto permite comprobar la justificación del despido –que debe tener la importancia y relevancia descritas–, en la práctica determina la incuestionabilidad de los motivos del despido; que vendrían a coincidir así con la valoración puramente subjetiva que hace la empresa. Por ello, la opción organizativa que constituye el presupuesto de la resolución contractual jamás puede ser controlado con posterioridad, porque la decisión empresarial extingue en cualquier caso el contrato de trabajo. El equilibrio entre los valores constitucionales, que se acaba de mencionar, no pone en cuestión el poder unilateral del empresario. La monetización del despido transforma el trabajo en “una mercancía cualquiera, materializable en un precio” y elimina “cualquier otra valoración de orden extraeconómico, basada en la función social del trabajo como algo que favorece la tutela de la persona y su dignidad”<sup>54</sup>. El control judicial opera sólo con una valoración que, sin afectar a la “sustancia” de la voluntad empresarial, incide solamente sobre las conse-

<sup>51</sup> Nogler, 2007, 602, 611 y 614.

<sup>52</sup> En este sentido, de nuevo, Nogler, 2015, 53, quien se reafirma en lo sostenido en su obra de 2007 citada en la nota precedente.

<sup>53</sup> La obligación de recolocación parece verse confirmada en las nuevas reglas de movilidad funcional, que permiten, por razones organizativas (que a menudo constituyen el presupuesto de un despido) o de “mantenimiento del empleo”, rebajar al trabajador de categoría profesional (art. 2013, pfs. 2º y 6º, Código Civil en la redacción dada por el art. 3 del Decreto Legislativo 15.06.2015, n. 81). Si la disminución de categoría profesional ya es, en determinadas condiciones, una modalidad fisiológica del *ius variandi*, se puede admitir que la recolocación del trabajador –incluso en funciones inferiores– como alternativa al despido por motivo justificado objetivo ha quedado reforzada tras esta reforma.

<sup>54</sup> Perulli, 2012a, 563 – 564.

cuencias económicas. Estamos, pues, ante una consideración exclusivamente económica de los intereses del trabajador, que carecen de la “fuerza de resistencia” suficiente para incidir en el poder organizativo del empleador, que resulta así ejercitable sin limitación alguna (si bien se traducirá en una indemnización económica superior en caso de que no se acredite la justa causa o el motivo justificado).

La reforma, por otro lado, reduce claramente la tarea del juez, operando en un doble plano. La incuestionabilidad de la opción organizativa empresarial base del despido impide al magistrado llevar a cabo la función de equilibrio que efectuaba en el pasado entre los intereses organizativos empresariales –que suelen también estar involucrados en el despido disciplinario<sup>55</sup>- y el propio del trabajador por la continuidad del vínculo contractual. Aunque, en teoría, el ajuste entre los intereses indicados sigue igual –como manifiesta la obligación de justificar el despido-, la ley, al aceptar en todo caso la eficacia extintiva del despido, está permitiendo la prevalencia del interés empresarial. Además, la reforma impide al magistrado determinar cuál debe ser la cuantía de la indemnización y elimina la posibilidad de graduar la sanción en proporción a la mayor o menor ilicitud del despido. Al juez sólo se le pide que aplique un mecanismo automático de cuantificación del resarcimiento, calculado sobre la base del cómputo de la antigüedad en la empresa y con criterios de cálculo predeterminados.

La drástica reducción del ámbito de control judicial es en realidad uno de los objetivos principales de la reforma. Ésta se enmarca en un contexto de modificaciones legales acaecidas en otros Estados europeos y dirigidas a evitar la intervención del juez y su posible discrecionalidad al interpretar la ley<sup>56</sup>. Esta línea de tendencia es una característica propia del Derecho economicista que, en una lógica de eficiencia y previsión de costes de las decisiones empresariales, no admite la función de “mediación social” que es típica de la actividad judicial, basada en el ajuste entre los diversos derechos en liza. Esta función, en efecto, supondría discutir la “razonabilidad intrínseca” de la actuación de la empresa y sería causa de distorsión económica y de incertidumbres<sup>57</sup>. Se trata de la enésima

<sup>55</sup> En efecto, también los aspectos subjetivos del despido atienden al funcionamiento de la organización empresarial en relación con la incidencia del incumplimiento o del comportamiento del trabajador durante su normal desarrollo. En este sentido M. T. Carinci, 2012a, 556. Para otros aspectos relacionados v. también *infra* § 6, texto principal y nt. 168.

<sup>56</sup> Perulli, 2012a, 577 ss., quien se explaya sobre las reformas recientemente introducidas en los ordenamientos de Francia y España.

<sup>57</sup> Se ha comentado con acierto que “el gobierno eficiente de las transacciones no pasa, según los postulados de la AED (Análisis Económico del Derecho), por la función judicial”

confirmación del cambio de “paradigma científico” del Derecho del Trabajo y de la tendencia a aceptar la “incuestionabilidad” de la decisión empresarial. Una línea de Política del Derecho que, en la medida en que defiende la “impermeabilidad” de las decisiones organizativas de la empresa al control judicial, se contraponen al respeto de los valores dimanantes de nuestra Constitución en materia laboral y niega la función judicial de implementación efectiva de los derechos fundamentales<sup>58</sup>.

Hagamos una última reflexión. Una elevada protección del trabajador frente al despido constituye una “norma de cierre” de todo el Derecho del Trabajo. La ausencia de una eficaz regulación contra el despido injustificado y la amenaza de una posible extinción a un reducido coste y sin la obligación de restablecimiento del contrato “vacían” muchos derechos de los trabajadores durante la relación laboral (la afiliación y la actividad sindical, la retribución, la profesionalidad, la intimidad, la seguridad en el trabajo, etc.). De hecho, el trabajador, por miedo a perder su puesto, no ejercerá sus derechos. Desde esta perspectiva resulta muy clarificadora la experiencia de las empresas sujetas a la estabilidad obligatoria en el empleo, donde sólo una vez ratificada la extinción del contrato se plantearán cuestiones litigiosas relativas a los derechos fundamentales del trabajador. La reforma, con la eliminación en la práctica de la readmisión y la previsión de indemnizaciones resarcitorias de muy escasa cuantía o que, en cualquier caso, no frenarían a las empresas de alto potencial económico, ha debilitado profundamente la posición del trabajador durante el desarrollo del contrato. El objetivo es seguramente aquél “de hacer más dócil al personal”<sup>59</sup> y, por supuesto, reforzar la autoridad empresarial.

La nueva regulación proyecta sus efectos mucho más allá de la mera protección en caso de despido injustificado. Llega a incidir de manera evidente sobre la “eficacia” del Derecho del Trabajo, como instrumento con capacidad de garantizar, en el transcurso de la relación laboral, los derechos fundamentales del trabajador de origen constitucional (y con refrendo europeo). Las medidas de tutela, en efecto, aunque formalmente existen, ahora se encuentran privadas de instrumentos que garanticen su aplicación práctica, porque la misma reivindicación

(Perulli, 2015, 14). Véase *supra*, en § 1, las consideraciones expuestas sobre el coste del despido. En el mismo sentido Giubboni, 2015, 16 ss.

<sup>58</sup> Remito *supra* a § 1 en todo lo referente a la jurisprudencia dictada en materia de tutela en sus justos términos. Sobre la eficacia de los derechos y el cambio de función de la jurisdicción en el Derecho del Trabajo me permito remitir a Speziale, 2015, 130 ss., 138 ss.

<sup>59</sup> F. Carinci, 2015a, 11.

ción del derecho queda frustrada ante un despido que no es especialmente oneroso para el empresario. Estamos ante un “retorno al pasado”, a una época anterior a la aprobación del Estatuto de los Trabajadores de 1970, como acredita “el intenso debilitamiento de la nervadura de los valores clásicos del Derecho nacional laboral” y el “vaciamiento de imperatividad que corroe el estatuto constitucional de los derechos sociales”<sup>60</sup>. En el nombre de una presunta (e inde-mostrada) mayor eficiencia se viene a incidir en la dimensión jurídica del trabajo, reduciéndola sustancialmente tanto en su ámbito como en su contenido.

### 3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN Y LAS DUDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD

La nueva regulación no tiene una aplicación subjetiva general. Afecta exclusivamente a los trabajadores, cuadros intermedios y empleados contratados con posterioridad a la entrada en vigor del Decreto delegado (7 marzo 2015). Vemos, por tanto, que se prevé un sistema “dual” donde los trabajadores que ya estuvieran contratados en la fecha indicada estarán sujetos al art. 18 del Estatuto de los Trabajadores reformado en 2012, en tanto que los nuevos contratos de trabajo quedarán regulados por el Decreto Legislativo 23/2015.

No se incluyen en la nueva normativa los altos directivos, excluidos habitualmente de las reglas en materia de despido previstas para las otras categorías de trabajadores<sup>61</sup>. A éstos, como sucedía con anterioridad, les serán aplicables los arts. 2118 y 2119 del Código Civil, aparte de la regulación contenida en la negociación colectiva, de ser vinculante para las partes. En cambio, por lo que se refiere al despido discriminatorio y nulo, entran en el ámbito de aplicación del art. 18, párrafos 1 a 3, del Estatuto de los Trabajadores (y del art. 3 de la Ley 108/1990)<sup>62</sup>. El Decreto Legislativo 23/2015 lleva a cabo, por lo tanto, una supresión de la tutela real limitada en lo subjetivo, correspondiendo las nuevas reglas a algunas categorías legales de trabajadores y en función de la fecha de inicio de la relación laboral<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Giubboni, 2015, 12 – 13.

<sup>61</sup> Gentile, 2015, 63 ss.; Marazza, 2015, 320; Santoni, 2015, 115; Proia, 2015, 60 ss.; Romeo, 2015, 9.

<sup>62</sup> Gentile, 2015, 63 – 64; Proia, 2015, 60 ss.; Romeo, 2015, 9 ss.

<sup>63</sup> El Decreto Legislativo 23/2015 no se aplica a algunas relaciones laborales especiales como la de los empleados del hogar familiar o la de los deportistas profesionales o a la resolución

Por lo que se refiere a los aprendices se han suscitado algunas dudas sobre su inclusión en la ley de reforma<sup>64</sup>. En mi opinión, tras el pronunciamiento de la Corte Constitucional, que ha extendido la tutela de los despidos también a estos trabajadores, se les debería considerar sujetos a la nueva regulación. Además, las medidas de tutela progresiva se relacionan con el hecho de pertenecer a una de las categorías legales de trabajadores y no al carácter más o menos formativo del contrato, con la consecuencia de que un trabajador en formación no puede ser considerado ajeno a la clasificación prevista por el art. 2095 Código Civil. En cualquier caso, es la propia ley la que debiera haber resuelto el problema. El art. 42, pfo. 3º, del d. Decreto Legislativo 15.6.2015, n. 81 (confirmando lo previsto por el art. 2, pfo. 2º, letra 1, del Decreto Legislativo 267/2011) establece que, en el transcurso del periodo formativo, “se aplicarán las sanciones previstas en la normativa vigente para el despido ilegítimo”. Por lo tanto, a un aprendiz contratado después del 7 marzo 2015, en caso de despido injustificado, le resultarán aplicables las reglas del Decreto Legislativo 23/2015<sup>65</sup>.

El llamado *empleo público* no se incluye en la nueva regulación<sup>66</sup>. Se podría defender también lo contrario, dada la ausencia de disposiciones de coordinación, de formulación un poco confusa, como las previstas en los párrafos 7 y 8 del art. 1 de la Ley 92/2012 (Reforma Fornero). Esta última tesis, que cuestionamos, podría fundamentarse en el art. 2, pfo. 2º, del Decreto Legislativo 165/2001, que aplica al trabajo en el sector público la regulación propia del ámbito privado<sup>67</sup>. Sin embargo, la extensión generalizada al trabajo en la Administración Pública de la regulación prevista para los empresarios privados encuentra una excepción explícita en las “diversas disposiciones contenidas” en el Decreto Legislativo 165/2001 (art. 2, pfo. 2º). Desde este punto de vista, el art.

del contrato durante el periodo de prueba, sujeta, tras el pronunciamiento de la Corte Constitucional, al control de posible motivo ilícito previsto por el art. 1345 Código Civil (Santoni, 2015, 117; Marazza, 2015, 318 ss., 320). En todo caso, la nueva norma no se extiende a todos los supuestos que, aunque se refieran a nuevos contratos, se regulen por leyes especiales, salvo que no se considere producida la derogación completa de la regulación anterior. Con la consecuencia de que para los trabajadores, empleados y cuadros intermedios el nuevo Decreto Delegado excluiría completamente las normas vigentes con anterioridad. La cuestión resulta muy compleja y no puede ser tratada con la profundidad requerida en este momento.

<sup>64</sup> A favor de su inclusión: Gentile, 2015, 62. En contra: Marazza, 2015, 319; Santoni, 2015, 116.

<sup>65</sup> Marazza, 2015, 319; Santoni, 2015, 116.

<sup>66</sup> F. Carinci, 2015a, 3 ss.; Romeo, 2015, 10 ss.; Proia, 2015, 61 – 62; Santoni, 2015, 118; Marazza, 2015, 317 ss; Pisani, 2015, 53; Vallebona, 2015, 99 ss. (estos autores utilizan argumentos en parte coincidentes y en parte diversos). Se pronuncian en sentido contrario: Gentile, 2015, 66; Mimmo, 2015, 4.

<sup>67</sup> Así, por ejemplo, Gentile, 2015, 66; Mimmo, 2015, 4.

51, pfo. 2º, de este Decreto Legislativo prevé la aplicación del Estatuto de los Trabajadores en su totalidad en todas las Administraciones Públicas, “con independencia de su número de trabajadores”. Me parece evidente, por tanto, que la ley de reforma, por su carácter de norma especial, poniéndola en conexión con el Decreto Legislativo 165/2001, y teniendo presente el principio de jerarquía en materia de fuentes, supone que se siga aplicando a éstos el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores, incluso para los nuevos contratos posteriores a su entrada en vigor<sup>68</sup>.

Las medidas de indemnización progresiva frente al despido injustificado afectan también a los trabajadores con contrato temporal o de aprendizaje, aunque éstos se conviertan en indefinidos en fecha posterior. Es decir, las empresas que, como resultado de nuevas contrataciones, aunque no sean indefinidas, superen el 7 marzo 2015 el límite máximo de trabajadores previsto en el art. 18, pfos. 8º y 9º, del Estatuto de los Trabajadores quedarán sujetas a la nueva regulación. Estas previsiones normativas son comprensibles si atendemos a la finalidad de la ley, que es la de cristalizar la situación existente en el momento de su entrada en vigor, “neutralizando” los efectos de acontecimientos sobrevenidos (la conversión de relaciones laborales precarias en contratos ordinarios temporales o el cambio del régimen de despidos aplicable a la empresa a resultas del aumento de su dimensión). Pese a ello, hay que reconocer que tales disposiciones son realmente penalizadoras para los trabajadores en los casos de transformación posterior de su contrato en indefinido porque provocan la exclusión de la regulación precedente que resultaba más favorable.

Las disposiciones indicadas son, por otra parte, censurables por excederse del objeto de la delegación en el sentido del art. 76 de la Constitución, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En este sentido se ha afirmado que “la jurisprudencia de esta Corte ha sido constante en considerar que la delegación legislativa no impide de modo absoluto la discrecionalidad del legislador delegado, que podrá ser más o menos amplia, en función del grado de especificación de los criterios indicados en la ley delegante”<sup>69</sup>. Con base en el principio rector contenido en la norma delegante, es preciso controlar si el legi-

<sup>68</sup> Su carácter de norma especial excluye el efecto derogatorio. Sobre este punto, por todos, cfr. Guastini, 1998, 196 ss. (si bien con alguna reflexión crítica). Se trata de una tesis que ha sido acogida con carácter general por la jurisprudencia (Cass. 20.7.1991 n. 8090; Cass. 8.4.1988 n. 2801; Cass. 22.12.1986 n. 7836). En sentido similar a lo expuesto en el texto principal Vallebona, 2015, 99.

<sup>69</sup> C. Cost. 13.3.2014 n. 47, *Dejure*, 5.

slador se ha podido exceder de los márgenes de discrecionalidad<sup>70</sup>. El Gobierno, en el ejercicio de su función legislativa, goza de un amplio margen de iniciativa<sup>71</sup>, pero en cada caso es preciso controlar que las decisiones del legislador delegado “no contradicen las indicaciones generales de la propia ley delegante (Sentencia n.º. 272 del 2012)”<sup>72</sup>. Pues bien, pese a la evidente flexibilidad de los principios emanados de los pronunciamientos de la Corte, no cabe duda de que las disposiciones anteriormente analizadas se han dictado violando el art. 76 de la Constitución. La delegación, en efecto, tiene por fin regular “nuevos contratos”, con el fin de “mejorar la oportunidad de ingreso en el mundo laboral” (art. 7, pfo. 1º, parte primera y letra C), Ley 183/2014). Su extensión también a las relaciones de trabajo nacidas con anterioridad no puede, por lo tanto admitirse, porque contradice la específica finalidad de la Ley 183/2014 al no constituir “un desarrollo coherente” o una “finalización” de la norma delegante<sup>73</sup>.

Un problema más delicado es aquél que se refiere a la posible inconstitucionalidad de la nueva regulación por violación del art. 3 de la Constitución. La diferencia de contenido de las normas no se opone a la Constitución si se están regulando situaciones diferentes<sup>74</sup>. Además, la diversidad en la regulación debe ser valorada en base a dos formas de control. La primera, que pone en contraste

<sup>70</sup> C. Cost. n. 47/2014, cit., 5. La sentencia sostiene que este criterio es defendido en numerosos pronunciamientos de la Corte (Sentencias n. 119/2013, 272/2012, 293/2010, 98/2008).

<sup>71</sup> C. Cost. n. 47/2014, cit., 5, con la mención de otros pronunciamientos anteriores sobre la materia que destacan la amplitud de los poderes atribuidos al Gobierno. El Ejecutivo, en efecto, goza de la facultad de introducir disposiciones que constituyan “un desarrollo coherente” o una “terminación de la decisión manifestada por el delegante” e incluso con la posibilidad de actuar también en caso de “silencio del legislador delegante”.

<sup>72</sup> C. Cost. 47/2014, cit., 5. Cfr. C. Cost. n. 341/2007, 426/2006, 285/2006, 481/2005, 163/2000. Sobre estos aspectos cfr. Speziale, 2014a, 11 – 13, 27 (obra a la cual remito para una relación de la jurisprudencia de la Corte y de la doctrina constitucional al respecto) Véase también el análisis de la jurisprudencia del “juez de las leyes” (la Corte) realizado por Celentano, 2015, 5 ss.

<sup>73</sup> C. Cost. 47/2014, cit., 5. El exceso del legislador delegado es señalado por Giubboni, 2015, 14 – 15; Gentile, 2015, 60 (refiriéndose sólo a los trabajadores ya contratados sujetos a la estabilidad obligatoria); Marazza, 2015, 320 – 321; Santoni, 2015, 119 (siguiendo a Gentile, 2015, cit.). Celentano (2015, 7 ss.) afirma que, pese a la complejidad del problema, cabría una interpretación de la norma que, en los casos indicados, excluyera la violación del art. 76 de la Constitución. Por razones de espacio no puedo pronunciarme con detenimiento sobre su tesis, aunque considero difícil que pudiera salvar las objeciones señaladas en el texto principal así como lo indicado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

<sup>74</sup> La inobservancia del principio de igualdad se da “cuando situaciones sustancialmente idénticas son reguladas de manera injustificadamente diversa y no cuando a regulaciones distintas corresponden situaciones que no son similares” (entre otras muchas: Sentencias nn. 108 del 2006, 340 e 136 del 2004)» (C. Cost. n. 155/2014, *Dejure*, 14).

normas diversas sobre la misma materia (que actúa como término de comparación), exige un control de coherencia y racionalidad de las diferencias de regulación existentes. La segunda forma “prescinde de contrastes con otros términos de comparación” “para examinar el respeto de los intereses tutelados hacia los valores derivados del texto constitucional o el equilibrio entre los mismos”<sup>75</sup> y todo ello en base a los principios “de adecuación, pertinencia, proporcionalidad (y) coherencia” de las disposiciones<sup>76</sup>.

En nuestro caso la homogeneidad entre la situación de los antiguos contratos de trabajo y de los nuevos es absolutamente indiscutible, teniendo en cuenta que, en ambos casos, se trata de una regulación de la misma materia (los despidos). Se ha aducido que no habría inconstitucionalidad alguna porque la razonabilidad de la diversidad de tratamiento se justificaría por la necesidad de incrementar las contrataciones<sup>77</sup>. Esta finalidad, en realidad, se podría aceptar a partir del principio a que se refiere el art. 4 de la Constitución. Sin embargo, se hace preciso descender a efectuar el ajuste entre los valores constitucionales que se están contrastando. En este caso se ve en primer lugar la dificultad de probar una positiva correlación entre reducción de la tutela del trabajador e incremento de la ocupación, lo que viene a cuestionar la propia finalidad perseguida por la ley y la razonabilidad del tratamiento peyorativo introducido. Además, aunque se admitiera esa relación positiva, la reducción del modelo normativo es tan intensa, por guiarse exclusivamente por la consideración del fin ocupacional con total detrimento del principio de estabilidad en el empleo, que, precisamente por no obligar a la readmisión, requiere una garantía sólida frente al despido<sup>78</sup>. Y ello sin olvidar que una protección eficaz frente al despido es medio de defensa de la “dignidad” del trabajador (art. 41, pfo. 2º, de la Constitución), por su carácter funcional para el ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales ya mencionados (v. § 2).

Estas consideraciones, por otro lado, ponen en evidencia la contradicción entre la regulación existente para los antiguos contratos y la prevista para los nuevos desde la lógica del término de comparación. En efecto, aunque se está en presencia de situaciones “sustancialmente idénticas” (despidos) que implican los

<sup>75</sup> Casavola, 1995, 10; Celotto, 2006, 77.

<sup>76</sup> Corte Costituzionale, 2009, 1. La Corte, en la referencia señalada, cita muchísimas sentencias que confirman estos principios. Sobre la evolución del “juez de las leyes” v. Sorrentino, 2011; Celotto, 2006, 77 ss. (con abundante bibliografía al respecto); Scaccia, 2000, 25 ss.

<sup>77</sup> Pisani, 2015, 22; Proia, 2015, 63.

<sup>78</sup> Sobre estos aspectos v. *infra* § 6 e 7.

mismos valores constitucionales ya citados, para los nuevos contratos se introduce una regulación que reduce de modo drástico la tutela hasta el punto de resultar “incoherente”. El legislador, estando legitimado para alterar la regulación existente (si se considera que la readmisión no es algo explícitamente mencionado por la Constitución), debería haber “graduado” el nuevo sistema sancionador, sin introducir una “contradicción insalvable”<sup>79</sup> entre los dos regímenes normativos. Ante idénticas exigencias constitucionales de tutela de la estabilidad en el empleo y de ejercicio de los derechos fundamentales vinculados al cumplimiento de la prestación de trabajo, la diferencia tan radical entre los sistemas sancionadores del despido introduce una “diversidad injustificada” de reglas. Además, incluso desde una valoración de su razonabilidad, resulta obvio que la nueva regulación es intrínsecamente irracional por la “evidente desproporción entre los medios adecuados para el fin perseguido”<sup>80</sup>. Ésta, por tanto, resulta manifiestamente contradictoria con el sistema de valores constitucionales vinculados a la ejecución de la prestación de trabajo, que encuentran en la protección frente al despido un instrumento indispensable para su ejercicio<sup>81</sup>.

La tesis de la inconstitucionalidad de la reforma se ha defendido también en base a otros argumentos<sup>82</sup>. En los primeros comentarios a la nueva ley se ha sostenido que el art. 3 de la Constitución no habría sido conculcado teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Ésta última, en efecto, considera que “no atenta, por sí solo, al principio de igualdad la aplicación de un tratamiento diferente a casos similares, siempre y cuando sea en momentos temporales distintos, porque el *fluir* del tiempo puede constituir un elemento válido para el trato diverso de situaciones jurídicas”<sup>83</sup>. No obstante, la Corte ha preci-

<sup>79</sup> Casavola, 1995, 10.

<sup>80</sup> Casavola, 1995, 10.

<sup>81</sup> A este respecto, resulta suficiente con remitirnos a lo afirmado por la sentencia Cass. 141/2006 en relación a los valores constitucionales implicados en la ejecución de la prestación de trabajo (v. *supra* texto principal y notas 35 y 36). La violación del principio de razonabilidad es sostenida con firmeza por Giubboni, 2015, 20 – 21. La persistencia de una “disparidad injustificada de tratamiento” es defendida por Romeo, 2015, 8.

<sup>82</sup> En este sentido Celentano, para quien la permanencia durante bastante tiempo de un trato más favorable de los antiguos contratos “se justificaría en la confianza que tal regulación habría generado en los trabajadores”, por lo que la “coexistencia de regímenes diferentes” podría ser considerada por diversos motivos como no razonable (2015, 15 – 16).

<sup>83</sup> C. Cost. 13.11.2014 n. 254, que menciona una “constante jurisprudencia de esta Corte” y cita numerosos pronunciamientos anteriores (*Dejure*, 6). Con base en esta jurisprudencia la tesis de la constitucionalidad de la reforma ha sido defendida por Marazza, 2015, 316 ss.; Celentano, 2015, 15 (con cita de pronunciamientos de la Corte en el mismo sentido); Santoni, 2015, 119; Gentile, 2015, 59.

sado que la discrecionalidad del legislador “tiene como único límite la irrazonabilidad manifiesta”<sup>84</sup>. Y a mi juicio, a la vista de lo que se ha dicho, tal límite ha sido en este caso claramente superado. Además, los supuestos examinados por la Corte y resueltos con la tesis del “fluir del tiempo” son distintos de la situación emanada del nuevo contrato indefinido “de tutela progresiva”. En efecto, las distintas normas analizadas por la Corte introducían diversas regulaciones refiriéndose a hechos situados en distintos momentos temporales<sup>85</sup>. Es decir, aunque eran leyes coexistentes, se referían a situaciones claramente distintas por su ubicación temporal. Por el contrario, en el caso que se viene examinando, un mismo hecho (un despido) efectuado en la misma fecha sobre dos trabajadores, el primero con contrato en vigor desde hace un tiempo y el segundo con un contrato firmado más recientemente, recibirá la aplicación de regímenes normativos radicalmente distintos. No estamos, por lo tanto, en presencia de la aplicación ordinaria del principio de sucesión temporal de normas, cada una aplicable de acuerdo con su fecha de entrada en vigor, sino ante una coexistencia normativa que afecta a hechos acaecidos en el mismo segmento temporal y respecto de trabajadores en las mismas condiciones (salvo la fecha de inicio de contrato). No creo, por tanto, que la jurisprudencia constitucional arriba indicada sea aplicable al Decreto Legislativo 23/2015. Lo que vuelve a confirmar los aspectos de inconstitucionalidad ya mencionados.

#### 4. EL DESPIDO DISCRIMINATORIO Y NULO

El art. 2 del Decreto Legislativo 23/2015 regula el despido discriminatorio, el nulo y el ineficaz por comunicación al trabajador de forma oral. Para estos despidos la ley ratifica el régimen de la “plena reincorporación” regulado en el art. 18, párrafos 1-3, del Estatuto de los Trabajadores, en vigor tan sólo para aquéllos ya contratados a fecha 7 marzo 2015<sup>86</sup>. En los despidos discriminatorios, que no voy a analizar aquí<sup>87</sup>, la ley se refiere a los supuestos del art. 15 del

<sup>84</sup> C. Cost. n. 60/2014 (*Dejure*, 22). Cfr. C. Cost. ord. n. 61/2010 (*Dejure*, 5).

<sup>85</sup> La Sentencia n. 254/2014, por ejemplo, se refiere a dos regulaciones distintas en materia de responsabilidad solidaria en contratos de obras y servicios. De manera que el incumplimiento del contratista, si se hubiera producido antes de una fecha determinada –cuando estaba vigente la norma anterior–, quedaba sometido a ésta, en tanto que acaecido tras la reforma legal, sería regulado por ésta última. Análogas consideraciones pueden realizarse en relación a otros pronunciamientos de la Corte en la materia.

<sup>86</sup> Se remite, por todos, a Brino, 2015, 85 ss.; Musella, 2015, 13 ss.

<sup>87</sup> Para un análisis exhaustivo de la disciplina tras la reforma v. Brino, 2015, 85 ss., a quien remito para otras citas de bibliografía.

Estatuto de los Trabajadores y no, como hace el art. 18 del mismo Estatuto, a los previstos en el art. 3 de la Ley 108/1990. El artículo del Estatuto de los Trabajadores no incluía todos los supuestos de discriminación que la legislación había ido introduciendo, incluida la de ámbito europeo, y este mismo problema se planteó tras la reforma de 2012<sup>88</sup>. Si se acogiera la tesis del carácter no taxativo de los supuestos de discriminación contenidos en las fuentes normativas, la cuestión no plantearía mayor problema y la regulación del art. 2 del Decreto Delegado se extendería también a aquellas otras circunstancias no mencionadas expresamente. La voluntad de la ley es, de hecho, garantizar una “intensa tutela” a una clase de despido revestida de caracteres particularmente “odiosos” y sin hacer distinciones según las circunstancias<sup>89</sup>. Sin embargo, se dan también interpretaciones de signo opuesto<sup>90</sup>, como la realizada recientemente por el Tribunal de Justicia Europeo<sup>91</sup>. La aceptación de la tesis del carácter taxativo determinaría la inconstitucionalidad del art. 2 del Decreto Legislativo 23/2015 por “irrazonabilidad” en el sentido del art. 3 de la Constitución (v. *supra* § 3). En efecto, no resulta posible llevar a cabo una “gradación” del perjuicio ocasionado por las distintas formas de discriminación y, a resultas de ello, limitar la readmisión tan sólo a algunas de éstas. La cuestión, en cualquier caso, se podría resolver con una interpretación de la disposición “orientada constitucionalmente”, que, precisamente para evitar la tacha de violación del principio de igualdad, extendiera el ámbito de aplicación de la norma a todas las discriminaciones previstas por la legislación tanto nacional como europea.

El art. 2 del Decreto Legislativo 23/2015 modifica también las reglas del despido nulo. En el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores se contemplaban expresamente los supuestos de despido nulo, utilizándose una fórmula general

<sup>88</sup> Por ejemplo, el art. 3 de la Ley 108/1990 no contempla la discriminación por “infección diagnosticada del virus del SIDA” (art. 5, pfo. 5º, Ley 5 junio 1990, n. 135) o la de “origen étnico” o de “ciudadanía” a las que se refiere el art. 43 del Decreto Legislativo n. 286/1998 (Sobre estos aspectos v., por todos, Chieco, 2013, 280 ss.). En cuanto al art. 15 del Estatuto de los Trabajadores, esta disposición no incluye la de «origen étnico» (Marazza, 2015, 312, nt. 7).

<sup>89</sup> El carácter no tasado de los supuestos previstos por la ley es sostenido por M. T. Carinci, 2012a, 554 ss.; Perulli, 2015, 39 ss.; Barbera, 2013, 148 ss. (se remite a estos autores por la numerosa bibliografía que citan de otros que también son favorables a esta tesis).

<sup>90</sup> Entre otros, p. ej., Chieco, 2013, 281 (con más referencias bibliográficas).

<sup>91</sup> STJUE 18.12.2014, *Fag og Arbejde (FOA) c. Kommunernes Landsforening (KL)*, causa C – 354/2013, *Dejure*, apartados 36 y 37 (con referencia de otros pronunciamientos del Tribunal). La sentencia ha sido analizada por Musella, 2015, 15.

que incluía todos los casos reconducibles a esta forma de invalidez<sup>92</sup>. La nueva regulación, por el contrario, se refiere exclusivamente “a otros supuestos de nulidad previstos expresamente por la ley”, sin ninguna otra especificación.

El texto de la disposición puede tener, desde un punto de vista literal, un doble significado. Conforme al primero, la regulación del art. 2 operará sólo cuando la nulidad esté prevista expresamente por la norma en materia de despido, como sucede en el caso de la trabajadora embarazada (art. 54, pfs. 1º, 2º y 3º, del Decreto Legislativo 151/2001) o por contraer matrimonio (art. 35 del Decreto Legislativo 198/2006)<sup>93</sup>. Una segunda interpretación es aquélla según la cual la tutela basada en el restablecimiento total de la situación se aplicará, junto a los supuestos que se acaban de mencionar, también a los casos previstos por el art. 1418 Código Civil<sup>94</sup>. No cabe duda, de hecho, que también el art. 1418 incluye supuestos de nulidad “previstos expresamente”. Por lo demás, la primera lectura de la disposición contradiría el principio de nulidad virtual, según el cual esta forma de invalidez se aplica no sólo en el caso de que la norma conculcada determine formalmente la sanción de la nulidad, sino también cuando estemos en presencia de la violación de una norma imperativa<sup>95</sup>. Preciso es, por tanto, sostener que la norma laboral ha pretendido derogar este principio, requiriendo siempre la mención expresa de la sanción de nulidad junto al supuesto que la ocasiona.

La interpretación más restrictiva excluiría de la regulación del art. 2 del Decreto Delegado algunos supuestos importantes. Piénsese en todos los casos reconducibles al motivo ilícito o al fraude de ley<sup>96</sup> u otras situaciones en las que el despido, pese a no calificarse expresamente de nulo, sea contrario a normas

<sup>92</sup> La disposición, en efecto, se refería también a “otros supuestos de nulidad previstos por la ley” o encuadrables en el “motivo ilícito causante, en el sentido del artículo 1345 del Código Civil”. Sobre este aspecto cfr. Chieco, 2013, 277 ss.; Perulli, 2015, 39 ss.

<sup>93</sup> Esta tesis ha sido defendida por Mimmo, 2015, 4; Treu, 2015, 14; Fiorillo, 2015, 121 – 122.

<sup>94</sup> Se trata de la conculcación de “una norma imperativa”, de la “ausencia de uno de los requisitos mencionados en el art. 1325, (de la) ilicitud de la causa, (de la) ilicitud de los motivos en el supuesto indicado por el artículo 1345 y (de la) ausencia en el objeto de los requisitos establecidos por el artículo 1346”. Esta interpretación es asumida por Brino, 2015, 91 ss.

<sup>95</sup> Véase, sobre este aspecto, por todas, la Sentencia Cass. 18.2.2008 n. 3950, *Dejure*, 2 (con referencias a otros pronunciamientos en el mismo sentido). En la doctrina cfr. Vilella, 1998, 611 ss.; D’Amico, 2009, 1 ss.

<sup>96</sup> Perulli, 2015, 41 ss., a quien remito para casos vinculados con los arts. 1345 y 1344 Código Civil.

imperativas<sup>97</sup>. Uno de los supuestos más importantes es el despido por superación del plazo de suspensión del contrato por incapacidad o imposibilidad (art. 2110 Código Civil).

La lectura más restrictiva se presta a una doble objeción de inconstitucionalidad. En primer lugar, supondría una violación del art. 76 de la Constitución por exceso del legislador delegado. En efecto, el art. 1, pfo. 7º, letra c), de la Ley n. 183/2014 impone la readmisión en los “despidos nulos”, sin que la norma delegante esté permitiendo modificar la regulación preexistente<sup>98</sup>. Por otra parte, la formulación de esta disposición es tan clara que no permite, con base en los principios que rigen los poderes normativos del legislador delegado (v. § 3), una regulación “manipuladora”, teniendo también en cuenta el principio rector y las indicaciones generales establecidas por la Ley 183/2014.

En segundo lugar, podría considerarse que esta interpretación viola el art. 3 de la Constitución en atención al canon de razonabilidad (v. § 3). No se comprendería, realmente, por qué razón casos de nulidad ciertamente graves y similares a los previstos taxativamente en normas especiales en materia de despido deberían quedar excluidos de una normativa sancionadora que ha sido establecida precisamente por el carácter tan injusto de los motivos que se alegan como base del despido. Resulta difícil sostener que el despido por maternidad de una trabajadora es más “grave” que aquél que obedece a un motivo por retorsión atentatoria del principio de indemnidad, y que ello justificaría una “gradación” en el nivel de protección (nulidad con readmisión en el primer caso, sólo indemnización en el segundo)<sup>99</sup>. Por lo tanto, una interpretación del art. 2 del Decreto Legislativo 23/2015 acorde con la Constitución obliga a extender la regulación en él prevista también a los supuestos de nulidad indicados en el art. 1418, pfo. 2º, del Código Civil.

<sup>97</sup> La ley, en algunas situaciones, establece que el despido, si se ha llevado a cabo sin respetar las previsiones de la norma, es injustificado (por ejemplo, el despido producido por sucesión de empresa o por rechazar la conversión del contrato a tiempo completo en uno a tiempo parcial). En estos supuestos, como la ley habla de ausencia de justificación, pienso que debiera aplicarse el régimen ordinario previsto para la ausencia de justa causa o motivo justificado, porque es la propia ley la que califica el tipo de vicio del que adolece el despido (en contra Perulli, 2015, 41, en el supuesto de sucesión de empresa).

<sup>98</sup> Musella, 2015, 27 ss.

<sup>99</sup> Evidentemente, en el ejemplo planteado, el despido por venganza se reconduciría a aquél por motivo ilícito a que se refiere el art. 1345 Código Civil y no al discriminatorio, aunque no es ésta la opinión de un sector de la doctrina y de cierta jurisprudencia.

De todos modos, en caso de que no se considerara posible adoptar una lectura de la norma coherente con la Constitución, no creo que fuera posible reconducir los supuestos de nulidad analizados a la mera tutela económica prevista por el art. 3 Decreto Legislativo 23/2015. En estos casos no estamos ante los despidos sin justa causa o motivo justificado. Un despido por motivo ilícito es estructuralmente distinto de aquél basado en la “grave negación de la relación de confianza” o en el “incumplimiento manifiesto de las obligaciones contractuales” o en razones económicas u organizativas. La distinción se fundamenta, en primer lugar, en las diversas formulaciones literales de las normas, que ciertamente no permiten una asimilación entre estas expresiones. Aquélla, además, se apoya también (y sobre todo) en la diversidad de “bienes protegidos”. En efecto, los supuestos de nulidad más arriba descritos “se caracterizan por conllevar un perjuicio jurídico perteneciente a una categoría especial”<sup>100</sup>, bastante más grave que la ausencia de justa causa o de motivo justificado.

En estos supuestos, por lo tanto, si el art. 2 del Decreto Legislativo 23/2015 no fuera interpretado en el sentido más arriba sugerido, se debería concluir que los casos de nulidad analizados no encontrarían ninguna regulación especial en la norma del contrato de “tutela progresiva”. Lo que, por otro lado, debería necesariamente suponer – en base al principio norma general/norma especial (donde la primera se aplica en los casos no regulados expresamente por la segunda<sup>101</sup>)- la aplicación de la nulidad del Derecho Civil y de la llamada tutela real del Derecho común<sup>102</sup>. Esta opción, acogida ya por la jurisprudencia<sup>103</sup>, comportaría la nulidad del despido, la continuación del contrato de trabajo y el derecho del trabajador a todas las retribuciones percibidas, en coherencia con el principio en materia de mora del acreedor<sup>104</sup>. Es decir, el trabajador podría exigir, en el sentido del art. 1453 del Código Civil, el cumplimiento del contrato, obteniendo una sentencia que condenara al empresario al restablecimiento total del vínculo contractual.

Las diversas soluciones de interpretación propuestas se aplican también al despido en donde no se produce la superación del periodo legalmente previsto

<sup>100</sup> Perulli, 2015, 40.

<sup>101</sup> Sobre este aspecto cfr, por todos, Pizzorusso, 2011, 249 ss.

<sup>102</sup> Perulli, 2015, 42 ss.; Marazza, 2015, 311 – 312, nt. 7, y 335 ss.

<sup>103</sup> Véanse Cass. 10.7.2013 n. 17122 y Cass. 27.7.1999 n. 508 en relación a despidos por violación del art. 2 de la Ley 604/1966 en un ámbito no incluido en el régimen de la estabilidad real. Cfr., sobre este aspecto, Marazza, 2015, 336.

<sup>104</sup> Speziale, 1992, 296 ss., 313 ss.

de suspensión del contrato por incapacidad o imposibilidad, lo que constituye una violación del art. 2110 Código Civil. Es cierto que este supuesto no se puede reconducir al despido por incapacidad –que no está sujeto a la reincorporación “plena” del art. 2, último párrafo, del Decreto Legislativo 23/2015- porque la regulación prevista para éste presupone una reducción permanente de la capacidad física y no una situación transitoria de imposibilidad (o dificultad) para desarrollar la prestación laboral<sup>105</sup>. Sin embargo, tampoco es un despido asimilable a la ausencia de justa causa o motivo justificado. La jurisprudencia ha asumido desde hace tiempo esta tesis<sup>106</sup>. Además, el art. 18, pfo. 7º, del Estatuto de los Trabajadores ha formalizado la distinción estructural entre estos supuestos, considerando el despido por enfermedad como un supuesto de despido “que viola el artículo 2110, párrafo segundo, del código civil”. Se trata, por tanto, de una calificación jurídica distinta de las previstas por el art. 2119 Código Civil o por el art. 3 de la Ley 604/1966. La ley, además, ha introducido un régimen sancionador específico, con una regulación sólo parcialmente idéntica a algunos supuestos de despido injustificado<sup>107</sup>. En este contexto, por tanto, el despido en donde no se da la superación del periodo legalmente previsto de suspensión del contrato por incapacidad o imposibilidad no puede quedar sujeto a la mera tutela económica. Se trata, en cambio, de un supuesto de nulidad por contradecir una norma imperativa y debe quedar sujeto, llevando a cabo una interpretación extensiva acorde con la Constitución, a la regulación del art. 2 del Decreto Legislativo 23/2015, o, como alternativa, a la tutela del restablecimiento del vínculo contractual propia del Derecho común, que ya se ha descrito<sup>108</sup>.

Por otro lado, esta conclusión evita una posible crítica de irrazonabilidad, en el sentido del art. 3 de la Constitución, que todavía se podría hacer a la ley de reforma. Resulta bastante difícil, en efecto, justificar una diferencia tan radical entre el despido por incapacidad laboral del trabajador (tutelado con la readmisión) y aquel otro por superación del periodo de suspensión del contrato por incapacidad temporal (que estaría protegido sólo con una indemnización) si se considera la sustancial equivalencia de los valores constitucionales implicados y reconocidos, respectivamente, en los arts. 38 y 32 de la Constitución (derecho al trabajo y tutela de la salud).

<sup>105</sup> Brino, 2015, 97 ss.; Marazza, 2015, 334 ss.; Giubboni, 2015, 8; Voza, 2015, 12 ss.

<sup>106</sup> Entre muchas: Cass. 23.1.2013 n. 1568; Cass. 28.1.2010 n. 1861.

<sup>107</sup> Speziale, 2013, 338 ss.; Voza, 2015, 15 ss.

<sup>108</sup> En este sentido Fiorillo, 2015, 112 (quien por otra parte considera aplicable el art. 2 del Decreto Legislativo 23/2015, sin plantearse el problema de la no mención en relación con lo discutido sobre la nulidad “prevista expresamente por la ley”); Marazza, 2015, 335; Giubboni, 2015, 8–9.

## 5. LA READMISIÓN EN EL DESPIDO DISCIPLINARIO

En el despido disciplinario la readmisión está prevista exclusivamente en el caso de que “se pruebe en juicio la insubsistencia del hecho material notificado al trabajador, respecto al cual resulta ajena toda valoración sobre la desproporción del despido” (art. 3, pfo. 2º, del d.lgs. 23/2015). No me parece que se pueda plantear una violación del art. 76 de la Constitución en relación con la norma delegante, que limitaba la reincorporación a “casos concretos de despido disciplinario injustificado” (art. 1, pfo. 7º, letra c), Ley 183/2014). La disposición, en efecto, conduce a pensar en una regulación casuística que individualice los supuestos en los cuales se debe aplicar la tutela “fuerte”. No obstante, la norma puede ser considerada como una formulación “sintetizadora” de una serie de faltas con relevancia disciplinaria no llevadas a cabo por el trabajador, que darían lugar al supuesto de despido injustificado (robo no cometido; daño no realizado; falta de asistencia al trabajo inexistente, etc.). Teniendo en cuenta la elasticidad de los criterios utilizados por la Corte Constitucional en la materia (§ 3), creo que no se puede pensar en un exceso del legislador delegado<sup>109</sup>.

El art. 3 del Decreto Legislativo 23/2015 utiliza una formulación que sin duda pretende restringir de manera sustancial la obligación de readmisión. La misma nos recuerda de nuevo el debate que, tras la reforma del art. 18 del Estatuto de los Trabajadores en el año 2012, se desarrolló entre la doctrina y la jurisprudencia sobre la dicotomía “hecho material”, “hecho jurídico”. En el primer caso, el “hecho insubsistente” debería ser considerado exclusivamente en su componente “material”, sin ninguna connotación subjetiva (y, por tanto, entendido como acción/omisión o suceso concreto). En la segunda hipótesis, éste debería asumir también el elemento subjetivo (dolo, culpa, intensidad del elemento intencional, etc.)<sup>110</sup>. La jurisprudencia menor se orientaba preferentemente por la tesis del “hecho jurídico”<sup>111</sup>, en tanto que el Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente a favor del “hecho material”<sup>112</sup>, con gran satisfacción de algunos autores<sup>113</sup>. Finalmente, en un pronunciamiento posterior

<sup>109</sup> De la misma opinión Pisani, 2015, 32 ss.

<sup>110</sup> Para un análisis de esta problemática y de los autores favorables a las dos tesis remito a Speziale, 2014b, 369 ss.; Sambati, 2015, 170 ss.; Perulli, 2015, 33 ss. Véanse las agudas observaciones de Nogler, 2015, 39 ss.

<sup>111</sup> Sobre este aspecto cfr. Speziale, 2014b, 371 ss.

<sup>112</sup> Cass. 6 novembre 2014 n. 23669, *Dejure*, 1 ss.

<sup>113</sup> Pisani 2015, 25 ss.; Vallebona, 2014, 874 (según el cual el Tribunal Supremo habría vuelto a poner “las cosas en su sitio”). Sobre la sentencia v. también Del Punta, 2015, 32 ss.; Nogler, 2015, 49 ss.

“que ha pasado inadvertido”<sup>114</sup>, el Tribunal Supremo ha confirmado implícitamente que un hecho, aunque materialmente tenga subsistencia, debe ser valorado también en su componente subjetiva. El Tribunal ha considerado, en este pronunciamiento, que faltaba el requisito de proporcionalidad y que la conducta empresarial era merecedora de una sanción conservativa, con el consiguiente reconocimiento del derecho a la readmisión del trabajador<sup>115</sup>. La cuestión, por tanto, sigue abierta.

No es dudoso, por otra parte, que el legislador de 2015 se ha inclinado por la tesis del “hecho material”<sup>116</sup>. En síntesis, a los fines de aplicar la tutela de la readmisión, la ley solamente atiende a los componentes de la acción/omisión, al nexo entre causa y efecto, sin ninguna consideración de los aspectos relativos al elemento subjetivo. Es cierto, en efecto, que, en el sistema jurídico, “el “hecho”, en su esencia fenomenológica, no es jurídicamente relevante si no es mediante su valoración a la luz de los parámetros normativos”<sup>117</sup>. Sin embargo, el legislador puede seleccionar los elementos a los que va a subordinar la producción de determinados efectos jurídicos, pudiendo unirlos exclusivamente a componentes materiales del supuesto regulado<sup>118</sup>. El art. 3, pfo. 2º, parte primera, del Decreto Delegado ha hecho una elección así. Por lo tanto, solamente la ausencia de los factores objetivos indicados, o la no imputabilidad de los mismos al trabajador (que es un elemento distinto de la ausencia de dolo o culpa)<sup>119</sup> puede determinar la reincorporación “atenuada” prevista por esta disposición del Decreto Legislativo 23/2015. Por tanto, ante la constatación de un daño no causado por fuerza mayor a los bienes de la empresa, aunque no se tratara de un comportamiento lesivo, por faltar, por ejemplo, la voluntariedad en la acción (que fuera debida a simple negligencia) y el juez considerara el despido injustificado, el trabajador sólo tendrá derecho a la indemnización económica.

También se ha afirmado que no cabría sostener esta tesis en la medida en que la ley se refiere al “hecho material notificado”, con una noción que “remite,

<sup>114</sup> F. Carinci, 2015b, 6.

<sup>115</sup> Cass. 11.2.2015 n. 2692, *Dejure*. Sobre la sentencia véase F. Carinci, 2015b, 6 – 7.

<sup>116</sup> Perulli, 2015, 33 ss. (con abundante crítica); Sambati, 2015, 187; Fiorillo, 2015, 115 ss.; Marazza, 2015, 322 ss.; Giubboni, 2015, 17 ss.; Pisani, 2015, 25 ss.; Vallebona, 2015, 88 ss.

<sup>117</sup> Perulli, 2012b, 794. El autor se ha ratificado recientemente en esta tesis (Perulli, 2015, 33 ss.).

<sup>118</sup> Persiani, 2013, 10 – 11; Cavallaro, 2014, 228.

<sup>119</sup> La no imputabilidad, de hecho, viene a coincidir con la falta de capacidad de obrar (Cass. 2.3.2015 n. 4171; T. Ravenna 18.3.2013, *Dejure*).

por tanto, a un concepto del “hecho” comprensivo de la imputabilidad y del elemento psicológico-subjetivo”, porque de no ser así no podría ser calificado “de “incumplimiento” culpable”<sup>120</sup>. En mi opinión el término “imputado” sirve para delimitar el perímetro de la investigación sobre la realidad de la acción/omisión, que deberá desarrollarse atendiendo a lo indicado en la carta de despido y no a elementos ajenos a ésta<sup>121</sup>. No obstante, en relación al “hecho” solamente la ausencia de los elementos objetivos puede ser sancionada con la readmisión. Mientras que el legislador considera que la inexistencia de dolo o culpa debe ser sancionada exclusivamente con una indemnización, como sucede con la ausencia de justa causa o motivo justificato.

Por otra parte, esta lectura de la norma plantea algunos problemas interpretativos y de coherencia con la Constitución. En primer lugar, resulta evidente que un comportamiento cualquiera del trabajador, materialmente existente pero carente de trascendencia como para ser objeto de sanción por el empleador, podría suponer la falta de justificación del despido, sin que, pese a ello, pudiera dar lugar a una condena a la readmisión. Piénsese en el denominado “hecho lícito”, como el caso de un trabajador que rehúsa saludar al empresario o una falta tan “leve” que no alcance el carácter de incumplimiento del contrato<sup>122</sup>. En estos supuestos se podría plantear la “irrazonabilidad” de la disposición desde la perspectiva del art. 3 de la Constitución<sup>123</sup>. No existe ninguna diferencia que pueda justificar un tratamiento diverso entre un comportamiento con trascendencia disciplinaria no cometido por el trabajador y aquel otro que, aunque haya sido llevado a cabo por éste, se quede muy lejos de alcanzar la consideración de inobservancia de las obligaciones contractuales o de constituir una lesión de la relación de mutua confianza.

Sin embargo, esta violación del principio de igualdad se puede conjurar mediante una interpretación de la disposición “orientada constitucionalmente” que evite las consecuencias descritas. Una primera posibilidad es interpretar la norma como referida no sólo a la ausencia del hecho material sino también a la “absoluta irrelevancia’ disciplinaria” del comportamiento notificado”<sup>124</sup>. En

<sup>120</sup> Perulli, 2015, 34, quien insiste en que el hecho debiera ser considerado en un sentido jurídico.

<sup>121</sup> En el mismo sentido Nogler, 2015, 42.

<sup>122</sup> Marazza, 2015, 324 – 325 hace referencia al hecho materialmente existente pero que procede de causa no imputable al trabajador o a aquella actuación justificada por fuerza mayor. En el mismo sentido, Pisani, 2015, 29 – 30.

<sup>123</sup> Giubboni, 2015, 19.

<sup>124</sup> Marazza, 2015, 325.

sentido análogo se ha dicho que sería necesario interpretar el art. 3, pfo. 2º, parte primera, como un “hecho-incumplimiento”<sup>125</sup>. De este modo, se ha defendido que un trabajador despedido por un hecho carente de contenido disciplinario “puede exigir la tutela real atenuada, no porque se esté ante un hecho no existente, sino porque no concurre el presupuesto de una adecuada demostración; es decir, la comprobación de un hecho-incumplimiento que tenga cierta relevancia”<sup>126</sup>. Son tesis que se pueden compartir a los fines que perseguimos pero que suponen una alteración excesiva de la redacción literal de la disposición que difícilmente se puede aceptar<sup>127</sup>. Por otro lado, esta lectura se opondría al principio motor de la reforma, que pretendía resolver el debate “hecho material/jurídico” optando por el primero. El legislador, situado precisamente ante dicha contraposición teórica, quiere sostener que el comportamiento imputado debe ser analizado “en su cruda materialidad”<sup>128</sup> y prescindiendo de su relevancia jurídica<sup>129</sup>. Junto a esto, una de las interpretaciones propuestas (es preciso demostrar un comportamiento que constituya un incumplimiento de entidad) contradice claramente el art. 3, pfo. 2º, del Decreto Legislativo 23/2015 cuando sostiene que “resulta ajena toda valoración sobre la desproporción del despido”. Si, a la postre, la ausencia de gravedad suficiente en el incumplimiento (que no sea “de entidad”) comporta la readmisión, se reintroduciría el juicio de proporcionalidad entre hecho y sanción que el legislador quería evitar.

Se puede encontrar una solución al problema sosteniendo que en los supuestos descritos (comptoobación de un hecho lícito o sin ningún valor disciplinario) se está ante un acto en fraude de ley<sup>130</sup>. Éste, en efecto, pretende superar

<sup>125</sup> Pisani, 2015, 30, 32; Fiorillo, 2015, 117.

<sup>126</sup> Nogler, 2015, 43.

<sup>127</sup> Y de esto es consciente el propio Pisani, cuando afirma que, visto el texto de la norma, se trataría de una interpretación correctiva “muy forzada” (2015, 32).

<sup>128</sup> Cavallaro, 2014, 228, nt. 39.

<sup>129</sup> Se ha señalado que esta interpretación estaría en contradicción con el texto de la ley, que vincula justa causa y motivo justificado a la inexistencia del “hecho”, sin afirmar que la readmisión operaría en el caso de “despido *ilegítimo*” (Nogler, 2015, 44). En realidad el texto puede reconstruirse así: es preciso notificar al trabajador un comportamiento que sea calificable como justa causa o motivo justificado de despido. Si el comportamiento es inexistente en su componente material procederá la readmisión. Y al contrario: cuando, existiendo, carezca de trascendencia disciplinaria o no se dé la proporción precisa entre imputación y sanción procederá la tutela indemnizatoria.

<sup>130</sup> En el mismo sentido Vallebona, 2015, 89. El recurso a esta hipótesis del fraude de ley es criticado por Nogler, 2015, 35 ss., 58 ss.

el obstáculo del control de la justificación del acto de despido –prescindiendo de comportamientos reconducibles a justa causa o motivo justificado subjetivo- y evitar como sea la sanción de la readmisión (porque el comportamiento atribuido al trabajador existe realmente). En este caso, por tanto, estamos ante un rodeo de la norma imperativa (v. *infra* en este §)<sup>131</sup> y “aunque el medio utilizado sea lícito, es ilícito el resultado que a través del abuso del medio y de la distorsión de su función ordinaria se quiere concretamente conseguir”<sup>132</sup>. Por tanto, siguiendo los arts. 1418, pfo. 2º, y 1344 del Código Civil se aplicará la tutela del restablecimiento pleno indicada por el art. 2 del Decreto Legislativo 23/2015 o la propia del “Derecho común”, en función de la tesis teórica que se prefiera (§ 4)<sup>133</sup>. En los casos en los que, finalmente, el hecho se ha producido con ausencia de imputabilidad o en situación de fuerza mayor, el comportamiento no se le puede atribuir a la persona que lo ha realizado y, por tanto, estas situaciones se han de considerar similares a la de la “inexistencia” de los hechos alegados.

La readmisión en el despido disciplinario plantea otros delicados problemas de constitucionalidad, que serán examinados posteriormente (v. § 6).

La reincorporación al puesto exige también que la ausencia del “hecho material” sea “directamente probada en juicio”. Una expresión difícil de interpretar<sup>134</sup> y que se ha entendido como la exclusión del uso de presunciones<sup>135</sup>. De este modo, se obligaría al trabajador a aportar la prueba negativa de la inexistencia del hecho, haciendo todavía más difícil la aplicación de la tutela de la readmisión<sup>136</sup>. Sobre esto pienso que la justa causa o el motivo justificado, cuya carga probatoria corresponde al empresario (art. 5 Ley 604/1966), supone necesariamente la demostración de la concurrencia del comportamiento atribuido al trabajador y, por tanto, del “hecho material” que constituye su sustrato. No resulta posible, desde un punto de vista probatorio, separar la demostración de

<sup>131</sup> Sobre estos aspectos, v. Bolego, 2011, 60.

<sup>132</sup> Cass. 20.1.2010 n. 1523.

<sup>133</sup> Una solución alternativa podría ser también la de considerar el despido, en las situaciones indicadas, como “falaz” y expresivo de un abuso de derecho (Perulli, 2015, 43 – 44).

<sup>134</sup> Pisani, 2015, 37.

<sup>135</sup> Marazza, 2015, 329.

<sup>136</sup> F. Carinci, 2015b, 9. En este caso, se ha sostenido que esta interpretación (al atribuir al trabajador la carga de la prueba de la negación del hecho), de aceptarse, sería inconstitucional por oponerse a los arts. 3 y 24 de la Constitución (Giubboni, 2015, 19). Se remite, sobre este punto, a Perulli, 2015, 36 ss. para un análisis del debate suscitado. Véase también Pisani, 2015, 36 ss; Marazza, 2015, 328 ss.

la justificación del despido de la prueba que acredita la realidad del comportamiento –en sus elementos objetivos y subjetivos- que constituye su presupuesto<sup>137</sup>. Por lo tanto, el empresario deberá articular medios probatorios con ese objetivo y, si no consigue probar el comportamiento atribuido al trabajador, tendrá que asumir las consecuencias. Por tanto, conforme al art. 5 de la Ley 604/1966 y al inescindible nexo descrito, la carga de la prueba no puede corresponder más que al empresario<sup>138</sup>. Además, la interpretación que se critica se expondría a ser tachada de inconstitucional por el principio de la “proximidad o disponibilidad de la prueba”, deducible del art. 24 de la Constitución. Y que “vincula al derecho de acción en juicio la prohibición de interpretar la ley de manera que se haga imposible o demasiado difícil su ejercicio” (Corte Cost. 21 abril 2000, n. 144)<sup>139</sup>. No cabe duda de que atribuir al trabajador la prueba negativa de “inexistencia del hecho material” significaría violar dicho principio, por la evidente mayor dificultad que supondría para el interesado llevar a cabo aquella demostración<sup>140</sup>.

Un problema particular es el del papel de la autonomía colectiva. No hay duda de que los convenios y acuerdos colectivos podrían regular, de manera distinta y más favorable para el trabajador, los efectos del despido ilícito, extendiendo la readmisión más allá de lo previsto en la ley, de lo que ya tenemos alguna experiencia<sup>141</sup>. Esta posibilidad, además de estar basada en el principio de la inaplicación *in melius* de la ley por parte del convenio colectivo, se fundamenta en este contexto en el art. 12 de la Ley 604/1966. Esta disposición, con la referencia a las “condiciones más favorables” en “la materia” regulada por la propia ley, permite sin duda actuar de este modo<sup>142</sup>.

<sup>137</sup> Si el trabajador ha sido despedido por sustracción de bienes de la empresa, el empresario no puede demostrar la justa causa si no prueba que el comportamiento se ha realizado materialmente por el sujeto a quien ha sido atribuido.

<sup>138</sup> Nogler (2015, 58) considera que la tesis aquí criticada constituiría una derogación parcial del art. 5 de la Ley 604/1966 y un cambio “tan intenso habría sido previsto expresamente”. Compartimos totalmente su opinión.

<sup>139</sup> Cass., S. U., 10.1.2006 n. 141, *Dejure*, 5.

<sup>140</sup> Una dificultad evidente también y sobre todo cuando se impone a un sujeto la prueba de un “hecho negativo”: Cass., S. U., 141/2006, cit., 5.

<sup>141</sup> Hay constancia, en efecto, de acuerdos colectivos, como uno firmado en una empresa multinacional, que han restablecido precisamente el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores. Cfr. Il Diario del Lavoro, 12.06.2015, en <http://www.ildiariodelavoro.it>

<sup>142</sup> Pisani, 2015, 35; F. Carinci, 2015b, 1 – 2.

Una cuestión más compleja es la del despido disciplinario basado en un comportamiento para la que se prevé en el convenio colectivo una sanción conservativa del puesto (por ej. una falta de puntualidad de pocos minutos o una ausencia injustificada del puesto de trabajo de corta duración). Se ha afirmado que, en este caso, la regulación legal prevalece sobre la colectiva, y, como el “hecho material” concurre, debería producirse solamente la tutela indemnizatoria<sup>143</sup>. Sin embargo, se ha sostenido que el trabajador podría ejercer, de acuerdo con el art. 1218 del Código Civil, una acción ordinaria por incumplimiento del convenio colectivo, obteniendo un resarcimiento suplementario del daño<sup>144</sup>. Este tipo de interpretaciones sirven para confirmar el papel activo de la negociación colectiva. Se ha defendido, en fin, que considerar irrelevantes todos los supuestos de ilícitos disciplinarios tipificados en los convenios colectivos podría plantear problemas de compatibilidad con el art. 39, pfo. 1º, de la Constitución, que reconoce la libertad sindical<sup>145</sup>.

Por otro lado, a mi juicio en estos casos sería posible plantear la nulidad del despido por incumplir una norma imperativa recogida en el convenio colectivo. En efecto, las nociones legales de justa causa y motivo justificado subjetivo son inaplicables *in melius* mediante la tipificación de hechos que, por su gravedad, no justifican el despido sino tan sólo una sanción más leve. En caso de despido, por tanto, no estaríamos ante una violación de los arts. 2119 del Código Civil y 3 de la Ley 604/1966 –con aplicación de la regulación prevista en el Decreto Legislativo 23/2015– sino ante un incumplimiento de un pacto negocial que limita la facultad de extinguir el contrato. En este supuesto, la inaplicación es de mejora porque impide la facultad de despedir y, hasta el límite conforme al cual el convenio colectivo nacional de trabajo (en adelante: ccnl) sea vinculante para las partes, excluye la aplicación de la regla legal. El efecto es similar al que se produciría si el ccnl estableciese la readmisión en caso de despido injustificado. En el primer supuesto, con la previsión de una sanción conservativa del puesto, la cláusula negocial impide el despido y su violación constituiría una causa de nulidad que impediría la aplicación del régimen de resarcimiento económico del art. 3 del Decreto Legislativo 23/2015. Esta disposición, en efecto, no regula el despido nulo. En el segundo (régimen del art. 18 del Estatuto de los Trabajadores por voluntad de la autonomía colectiva), la aplicación del convenio supone una excepción a la aplicación del régimen de efectos que la ley prevé en caso de

<sup>143</sup> Pisani, 2015, 34 – 35.

<sup>144</sup> Fiorillo, 2015, 119; Perulli, 2015, 35.

<sup>145</sup> Giubboni, 2015, 19.

despido. Se trata de dos mecanismos distintos de operatividad del convenio colectivo que determinan la misma inaplicación de la regulación del Decreto Legislativo.

Esta interpretación podría cuestionarse desde diversos puntos de vista. Una primera objeción es la que se basa en el art. 1418, pfo. 1º, Código Civil. Esta disposición prevé la nulidad por contravenir lo previsto en una norma imperativa legal pero no menciona las cláusulas convencionales, por lo que no se podría aplicar en este caso. Sin embargo, hace tiempo que en materia de fuentes del Derecho del Trabajo se admite la plena equivalencia entre normas imperativas y normas inderogables<sup>146</sup>. Además, el art. 2113 Código Civil y el art. 360 Código de Procedimiento Civil (y otras leyes) hace tiempo que han llevado a cabo una completa equiparación entre disposiciones inderogables legales y convencionales. El art. 1418, pfo. 1º, Código Civil es, por tanto, aplicable también al caso de violación de normas inderogables previstas por la autonomía colectiva (y tales son, sin duda, las relativas a las sanciones disciplinarias)<sup>147</sup>.

Por otro lado, cabría también la objeción de que, de acuerdo con el art. 30 de la Ley 183/2010, lo tipificado por la autonomía colectiva en materia de justa causa y motivo justificado no es vinculante para el juez. Una conclusión similar se podría alcanzar en relación con las sanciones más leves previstas por el convenio (respecto de la ley que prevé una sanción más grave). Sin embargo, como regla general, la no obligatoriedad de lo previsto en un ccnl opera a favor del trabajador y no en su contra, de manera que el Juez no podría aplicar cláusulas convencionales relativas al despido justificado peyorativas respecto a lo previsto por la ley<sup>148</sup>. Con más motivo, el magistrado que se encuentra ante el

<sup>146</sup> De Luca Tamajo, 1976, 16 ss.; Voza, 2007, 16, aunque no faltan opiniones más recientes (Novella, 2009, 31 ss., 72 ss.; M. C. Cataudella, 2008, 12 ss.). Mi respaldo a la tesis expuesta se encuentra desarrollada en Speziale, 2012b, 373 ss. (remito a este artículo para un tratamiento más extenso de la cuestión).

<sup>147</sup> Sobre la equivalencia entre inderogabilidad legal y convencional y sobre la aplicación del art. 1418 Código Civil también a la segunda me permito remitir a Speziale, 2012b, 367 ss. y 371 ss. Para la jurisprudencia véase, por todas, Cass. 20.5.2013 n. 13227, que expresamente habla de nulidad, “de acuerdo con el art. 1418 Código Civil.”, de los actos “que aplican un derecho distinto al establecido de modo inderogable por normas legales o convencionales” (*Dejure*, 3, con mención de muchos otros precedentes de sentido análogo).

<sup>148</sup> Hace tiempo que la jurisprudencia se pronunció en este sentido, afirmando la nulidad, conforme al art. 1418 Código Civil, de cláusulas de ccnl que establecían la extinción automática del contrato de trabajo sin respetar los supuestos de despido previstos en la ley.

hecho de que el convenio colectivo sanciona con la conservación del puesto, no puede revisarlo en un sentido desfavorable para el trabajador, estimando que su comportamiento es causa de despido. Este principio encuentra hoy una ratificación expresa en el art. 18, pfo. 4º, del Estatuto de los Trabajadores, que implícitamente confirma la imposibilidad de despedir por hechos excluidos por la autonomía colectiva de la sanción de despido, al prever para ellos sólo una sanción de reincorporación al puesto.

Una última objeción es la de que esta interpretación nunca se ha planteado durante el régimen de la estabilidad obligatoria anterior a la reforma del 2015 y todavía aplicable a situaciones anteriores. También en estos casos y en presencia de los supuestos descritos, ¿se debería aplicar la nulidad del “Derecho común”? A mi juicio la respuesta es afirmativa. La cuestión, de hecho, no se ha abordado en profundidad en el pasado porque la prevalencia de la tutela de la readmisión hacía que fuera un problema secundario. Hoy, sin embargo, la situación es distinta. Afirmar que la regulación legal en materia de despido impide cualquier efecto inaplicativo de la regulación legal por mejora de la autonomía colectiva supone eludir lo que la ley prevé expresamente (art. 12 de la Ley 604/1966). Además, considerar que la regulación legal acapara todo lo relativo a los efectos del despido injustificado, sin dejar espacio alguno a otras regulaciones supone la eliminación de principios propios no sólo del Derecho Civil sino también del Derecho del Trabajo (como, precisamente, la inaplicación legal por mejora de la autonomía colectiva).

En conclusión, considero, por tanto, que cuando el convenio colectivo establece una sanción de reincorporación, la opción del empresario por el despido determina su nulidad por violación de la cláusula negocial, lo que supondrá la aplicación del art. 2 del Decreto Legislativo (“reincorporación plena”) o la tutela reintegradora del “Derecho común” (v. § 4).

## **6. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL RÉGIMEN “DUAL” READMISIÓN/INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO**

El régimen “dual” introducido por la reforma (readmisión en los casos de inexistencia del “hecho material”, tutela indemnizatoria en los demás supuestos) se presta a posibles tachas de inconstitucionalidad.

La Corte Constitucional ha afirmado de manera indudable que la tutela reintegradora no constituye una sanción obligada y que la garantía del derecho

al trabajo puede ser alcanzada mediante técnicas de tipo indemnizatorio<sup>149</sup>, aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo había subrayado precisamente que “el derecho del trabajador a su puesto de trabajo, protegido por los arts. 1, 4 y 35 de la Constitución, sufriría una auténtica expropiación si se redujera por la ley a una suma dineraria”<sup>150</sup>. A juicio de la Corte Constitucional, la estabilidad en el empleo, garantizada por la ley fundamental, se concreta en la prohibición del despido *ad nutum* y obliga al legislador a señalar las causas justificativas del mismo, cuya violación por el empresario puede ser sancionada a través de diversas técnicas, dejando al legislador la concreción de éstas<sup>151</sup>. Esta discrecionalidad, sin embargo, no excluye que las disposiciones introducidas deban respetar un principio de razonabilidad, con base en consideraciones “de adecuación, pertinencia, proporcionalidad (y) coherencia” de las disposiciones, cuya falta determinaría la violación del art. 3 de la Constitución<sup>152</sup>. En relación con el precedente equilibrio normativo y con la “tutela paralela” (readmisión en la estabilidad real y resarcimiento económico del daño en la obligatoria), la Corte Constitucional había afirmado claramente que, incluso respecto a la plena discrecionalidad legislativa al elegir los regímenes sancionadores, “la regulación, para que sea conforme a la Constitución, debe respetar la exigencia de un tratamiento similar para situaciones iguales y, con relación a éstas, sólo cabe hacer diferencias por razones justificadas...”<sup>153</sup>. Estos principios deben, por tanto, orientar necesariamente al intérprete en la valoración de la coherencia de las nuevas disposiciones con la ley fundamental.

En este contexto, una primera cuestión de inconstitucionalidad se puede ubicar en la “desproporción” entre la sanción de readmisión prevista para el caso de ausencia del “hecho material” y la tutela indemnizatoria establecida para el despido injustificado por falta de todo elemento subjetivo de intencionalidad (dolo o culpa). Se trata de una situación distinta de la ya examinada sobre la comprobación de un “hecho lícito” o carente de trascendencia disciplinaria, donde se propuso una interpretación correctiva que debería excluir la conculcación del art. 3 de la Constitución<sup>154</sup>. En el supuesto que ahora se aborda, el trabajador ha tenido en efecto un comportamiento de trascendencia disciplinaria

<sup>149</sup> Corte Cost. 3 febbraio 2000 n. 46, *www.cortecostituzionale.it*, 4 – 5. Sobre esta sentencia véase, por último, Fiorillo, 2015, 105 – 106; Celentano, 2015, 16 ss

<sup>150</sup> Cass., S. U., 10.1.2006 n. 141, *Dejure*, 6. Destaca este aspecto Giubboni, 2015, 21.

<sup>151</sup> Además de C. Cost. n. 46/2000, cit., cfr. C. Cost. n. 45/1965; C. Cost. n. 194/1970; C. Cost. n. 129/1976; C. Cost. n. 189/1980; C. Cost. n. 2/1986.

<sup>152</sup> V. *supra* § 3, texto principal y nota 75 ss.

<sup>153</sup> C. Cost. 8.1.1986 n. 2, *Dejure*, 12.

<sup>154</sup> V. *supra* § 5, texto principal y nota. 122 y ss.

(por ejemplo, un daño a la maquinaria). Sin embargo, el hecho no es atribuible a su responsabilidad por ausencia de voluntariedad o negligencia y, por tanto, el despido, aunque se califique de injustificado, sólo va a conllevar el derecho a ser indemnizado. Las dos situaciones (ausencia de comportamiento desde el punto de vista material/falta de elemento subjetivo) son totalmente equivalentes desde el punto de vista de la gravedad y de los intereses en juego tutelados y ciertamente no justifican tal grado de diferencia en el sistema sancionador<sup>155</sup>. No haber realizado materialmente un hecho o haberlo llevado a cabo sin ninguna responsabilidad son situaciones, desde el punto de vista jurídico, de “igual valor”.

Otra tacha de inconstitucionalidad puede encontrarse en el “desequilibrio” entre readmisión por ausencia de comportamiento “material” del trabajador y atribución, en caso de despido injustificado, de una suma bastante reducida, particularmente en los primeros años de servicio. Además, esta situación se agravaría posteriormente si se acogiera la interpretación según la cual no existe un mínimo de indemnización de cuatro meses de salario en todo caso, sino sólo cuando el despido injustificado tenga lugar durante el primer año de contrato. Con base en esta tesis, si el despido tuviera lugar transcurrido el primer año de contrato, sólo se percibiría una indemnización igual a dos meses de salario por año de servicio (incluido el primero)<sup>156</sup>. Además, otro factor de posible penalización al trabajador es el constituido por la introducción de la “oferta de conciliación” que induce a éste a elegir una opción que reducirá finalmente la cuantía del resarcimiento<sup>157</sup>. El legislador puede ciertamente graduar el sistema sancio-

<sup>155</sup> En el mismo sentido Nogler, 2015, 44 – 45, 52, quien subraya la irrazonabilidad de la elección del legislador.

<sup>156</sup> Realmente, a mi juicio, la redacción literal del art. 3, pfo. 1º, del Decreto Legislativo 23/2015 es clarísima: las “dos mensualidades” son el “valor económico” del despido injustificado por cada año de antigüedad y constituyen el parámetro general para calcular el incremento a que tiene derecho el trabajador con el paso del tiempo. En cambio, los 4 y los 24 meses vienen a ser el límite mínimo y máximo, como demuestra la dicción “en cuantía en todo caso no inferior a cuatro ni superior a veinticuatro mensualidades”. Las palabras utilizadas y el término “en todo caso” recuerdan la expresión que emplea el art. 18, pfo. 2º, del Estatuto de los Trabajadores para las 5 mensualidades como mínimo, que no pueden ser disminuidas.

<sup>157</sup> Sobre la oferta conciliativa v. *supra* § 1, texto principal y notas 23 ss. El importe del resarcimiento es particularmente reducido en los primeros años de contrato. Un trabajador con una antigüedad de 4 años tendría derecho a 10 (o según la interpretación aquí criticada a 8) meses de salario, que, en conciliación, podrían reducirse a la mitad. En justicia, teniendo presentes los valores constitucionales en juego (también derivados del Derecho Europeo: v. § 7), las cuantías deberían ser considerablemente superiores. Sobre estos aspectos remito a Speziale, 2013, 315; Id., 2014a, 32 ss.

natorio, determinando que la ausencia de comportamiento material conlleve la readmisión (porque se trata de una acusación inexistente en lo fáctico) y que, existentes los hechos alegados, si no constituyen justa causa o motivo justificado, pueda ser sancionado sólo con el abono de una indemnización. Sin embargo, la exigüidad de las cantidades previstas convierten la tutela en irrisoria y, por consiguiente, en incoherente e irracional respecto del otro tipo de sanción. No se llega a entender, de hecho, por qué razón la ausencia del hecho alegado se protege con tanta intensidad y un comportamiento de éste de escasa importancia a efectos disciplinarios (una falta de puntualidad de escasos minutos, una falta de asistencia al trabajo de un solo día) que no llega a justificar el despido se sanciona con importes tan ínfimos. Los dos supuestos, en efecto, son muy similares en cuanto a su “gravidad” y no justifican una diferencia de tratamiento tan radical, que en todo caso debería haberse evitado mediante el establecimiento de una indemnización económica adecuada.

La exigüidad de la indemnización, que como veremos plantea problemas de compatibilidad con el ordenamiento europeo (§ 7), plantea otra cuestión de constitucionalidad. La Corte Constitucional, en efecto, ha destacado que “la regla general de integridad y equivalencia de la restitución con el perjuicio causado al lesionado en su derecho no es constitucionalmente exigible (Sent. n. 148/1999), siempre que esté garantizada una indemnización adecuada (Sent. n. 199/2005 y n. 420/1991)”<sup>158</sup>. Me parece evidente que la indemnización prevista por la ley es completamente “inadecuada”, teniendo en cuenta que en este caso se trata de un requisito que debe ser valorado “con mayor rigor si cabe porque “lo que está en juego” es el derecho al trabajo, respecto al cual la República está comprometida en promover las condiciones que lo hagan efectivo”<sup>159</sup>. No es casual que, precisamente por este motivo, la Sala General del Tribunal Supremo haya hablado de potencial “expropiación” del puesto de trabajo ligada al mero resarcimiento económico del daño. El Tribunal Supremo se orienta sin duda hacia un enfoque muy lejano de la indemnización por despido del mundo anglosajón y de la reconstrucción de los intereses contenidos en el contrato de trabajo en clave exclusivamente económica, según los principios del Derecho economicista<sup>160</sup>. No obstante, aunque no se quiera aceptar este planteamiento, no cabe duda de que la importancia de los valores constitucionales en juego obliga a una protección económica que tenga suficiente consistencia y que, por tanto, sea

<sup>158</sup> C. Cost. 11.11.2011 n. 303, *Dejure*, 9.

<sup>159</sup> Celentano, 2015, 17 (aunque este a. parece excluir, de modo dubitativo, la inconstitucionalidad bajo este aspecto de la disposición que se analiza: 18 - 19).

<sup>160</sup> Para una mayor profundización en estos aspectos remito a Speziale, 2013, 318 ss.

“adecuada” a la necesidad de restablecer un “bien” protegido de manera especialmente relevante por la Constitución. Estas reflexiones, obviamente, se pueden extender también al despido por motivo justificado objetivo, donde la situación, desde este punto de vista, es del todo análoga<sup>161</sup>.

Otra posible tacha de inconstitucionalidad, una vez más por violación del art. 3 de la Constitución, parte del hecho de que la indemnización prescinde completamente de cualquier juicio de proporcionalidad respecto de la falta cometida y se vincula exclusivamente a la antigüedad en el servicio. De este modo, el juez debe tratar “del mismo modo (con exclusión del remedio de la readmisión) situaciones que pueden ser sustancialmente distintas (por los aspectos subjetivos y psicológicos implicados en la conducta del agente, por la existencia de causas de justificación o eximentes y demás cuestiones de este tipo)”<sup>162</sup>. Por el contrario, una regulación “razonable” hubiera debido graduar la entidad de la sanción en función de la valoración global de todos los elementos (subjetivos, objetivos, causas de justificación, nivel de responsabilidad, categoría profesional) que la jurisprudencia considera determinantes para la configuración de la justa causa. Además, el resarcimiento económico debería haber tenido en cuenta, junto al comportamiento y al grado de responsabilidad del trabajador, la conducta del empresario en relación con la entidad del hecho constatado, su plausibilidad, la proporcionalidad entre el hecho y la sanción, etc. Desde este punto de vista, la identificación de estos parámetros y la atribución al juez del poder de concretar la cuantía de la indemnización entre un mínimo de suficiente consistencia y un máximo prefijado (según el modelo del art. 18 vigente del Estatuto de los Trabajadores) habría resultado un sistema eficaz y habría evitado el planteamiento de la posible violación del art. 3 de la Constitución. La posible inconstitucionalidad ha sido rechazada con base en la consideración de que se trataría de un mero “inconveniente de hecho”, de tal manera que no justificaría “un fallo de inconstitucionalidad si no estamos ante efectos de un equilibrio de intereses manifiestamente irrazonable”<sup>163</sup>. A mi juicio, la “irrazonabilidad” es absolutamente evidente en este caso. El poder disciplinario, en efecto –como todos los que tienen carácter punitivo o sancionador-, viene por naturaleza caracterizado por la proporcionalidad entre hecho y sanción. Y es justo esta característica la que se niega completamente en esta situación<sup>164</sup>.

<sup>161</sup> También Giubboni (2015, 21) sostiene la inadecuación de la indemnización para desarrollar una función sancionadora, disuasiva y resarcitoria, destacando la lesión de los principios constitucionales de los arts. 1, 4 y 35 de la Constitución.

<sup>162</sup> Giubboni, 2015, 19.

<sup>163</sup> Celentano, 2015, 19.

<sup>164</sup> Marazza (2015, 326 – 327) estima que a partir de la violación del principio de propor-

Ya han sido examinados otros aspectos de la alternativa readmisión/indemnización que podrían ser contrarios a la Constitución, en relación, por ejemplo, con el despido nulo en los casos de nulidad que la ley no ha previsto expresamente, o el despido disciplinario cuando el convenio colectivo prevé sanciones conservativas del puesto o en el caso de comprobación de un comportamiento carente de suficiente trascendencia disciplinaria. Sin embargo, la violación de la Ley Fundamental en todos estos casos puede excluirse si se adoptan interpretaciones adaptadas constitucionalmente que ya han sido analizadas<sup>165</sup>.

Una última y delicada cuestión de compatibilidad con la Constitución es la relativa a la total exclusión de la readmisión en el despido económico. El problema se planteó también durante la reforma Fornero (Ley 92/1992), en relación a la discrecionalidad de la readmisión en caso de despido carente de motivo justificado objetivo<sup>166</sup> y ahora alcanza una mayor importancia. En relación al art. 18 del Estatuto de los Trabajadores se había subrayado que en el despido disciplinario está en juego la “honorabilidad de la persona”, en tanto que el debido a un motivo justificado objetivo concierne sólo a un “interés económico profesional” y por lo tanto esta diferencia justificaría la diversa protección<sup>167</sup>. Sin embargo, sobre esto había indicado que, desde el punto de vista del empresario, también en el despido disciplinario se ven implicados aspectos conectados con el funcionamiento de la organización empresarial, por cuanto el incumplimiento o el mal comportamiento del trabajador inciden en su desarrollo normal<sup>168</sup>. Desde la perspectiva del trabajador, la justa causa y el motivo justificado objetivo no afectan sólo a su “honorabilidad” sino también al equilibrio entre las exigencias de organización de la empresa y su interés al mantenimiento del vínculo contractual (cuando, por ejemplo, no existe proporción entre hechos y sanciones). Por otro lado, no se cuestiona la dignidad de la persona en todas las decisiones empresariales que afectan al trabajador, como sucede en los casos en los que éstas se vinculan con su competencia técnica o con las circunstancias del

cionalidad se podría considerar que la indemnización se opone a lo previsto en el art. 30 de la Carta de Niza y al art. 24 de la Carta Social Europea.

<sup>165</sup> Sobre el primer aspecto v. *supra* § 4, texto principal y nota 93 ss. Sobre las otras dos cuestiones v. § 5, texto principal y nota 143 ss. y nota 122 ss.

<sup>166</sup> Remito a Speziale, 2013, 348 ss.

<sup>167</sup> Ichino, 2012, 25.

<sup>168</sup> Sobre estos aspectos cfr. también *supra* texto principal y nota 55. En efecto, el comportamiento relevante a efectos disciplinarios puede producir “efectos disfuncionales” en la marcha organizativa de la empresa, sobre todo en algunos casos (piénsese en la disminución voluntaria del rendimiento). Además, como consecuencia de sus efectos en las prestaciones laborales de los restantes trabajadores, incide en todo caso en la dinámica ordinaria de la empresa.

mercado. En fin, en el despido por motivo justificado objetivo no se da sólo la lesión de un interés económico profesional porque la organización en la que se trabaja constituye el lugar de valoración de la persona y de desarrollo de otros valores constitucionalmente garantizados al trabajador<sup>169</sup>.

Las diferencias entre el despido disciplinario y el económico, que ciertamente existen, pueden sin duda justificar una regulación diversa, pero la homogeneidad entre las mismas exige que las distinciones sean coherentes y no desproporcionadas. No es éste el caso del Decreto Legislativo 23/2015, ya sea por la total ausencia de tutela reintegradora, ya sea por la absoluta inadecuación del resarcimiento económico del daño que se concede al trabajador en el supuesto de falta de motivo justificado objetivo.

Finalmente, un último aspecto de “irrazonabilidad” podría encontrarse en el hecho de que el desequilibrio entre la protección prevista en caso de despido disciplinario y la del económico podría incentivar comportamientos “oportunistas” del empresario. ¿Por qué “arriesgarse” a un despido por justa causa o motivo justificado subjetivo (que podría suponer, de ser injustificado, la readmisión) y no utilizar un despido económico, que no va acompañado de la estabilidad real (sino de la atenuada)? En efecto, si se acude a la vía de un despido por motivo justificado objetivo carente de toda razón que lo justifique corresponderá sólo la aplicación de la (modesta) tutela indemnizatoria, sin ningún riesgo de tener que readmitir al trabajador. De este modo, por la vía de los hechos, se llegaría a privar siempre al trabajador de la readmisión, con evidente falta de lógica de toda la regulación también en relación al sistema de graduación de sanciones introducido por el legislador.

Sin embargo, esta posible tacha de inconstitucionalidad puede ser salvada mediante un doble mecanismo. Por un lado, el trabajador podría siempre demostrar –correspondiéndole a él la carga de la prueba– que el despido, formalmente económico, es en realidad de carácter disciplinario y, por lo tanto, solicitar la readmisión. No obstante, esta posible solución conlleva presuponer que la falta de seguimiento de la tramitación a que se refiere el art. 7 del Estatuto de los Trabajadores supone, teniendo en cuenta el contexto en que se produce, la readmisión (debiendo considerarse equivalente a la “inexistencia del hecho material”)<sup>170</sup>. Porque si, en cambio, se considera que debiera aplicarse el régimen

<sup>169</sup> De acuerdo con la perspectiva adoptada por Cass. S.U., n. 141/2006, cit. Sobre las cuestiones analizadas en el texto remito a Speziale, 2013, 349 ss.

<sup>170</sup> Ésta es, por ejemplo, la solución propuesta por Nogler, 2015, 59 ss.

indemnizatorio previsto por el art. 4 del Decreto Legislativo 23/2015, esta última interpretación no evitaría los riesgos de inconstitucionalidad ya indicados. La otra opción sería la de considerar el despido económico que pretende evitar el disciplinario como un acto en fraude de ley y, por tanto, nulo, con las consecuencias ya analizadas<sup>171</sup>. En efecto, en este caso estaríamos ante la “distorsión” de la función ordinaria de un instituto que es utilizado para conseguir un resultado “ilícito” (evitar en todo caso el régimen sancionatorio más desfavorable que se aplicaría en el caso de despido por justa causa o motivo justificado subjetivo)<sup>172</sup>.

## 7. LA TUTELA INDEMNIZATORIA Y SU POSIBLE OPOSICIÓN AL DERECHO EUROPEO Y A LA CONSTITUCIÓN

La previsión de una indemnización resarcitoria tan reducida plantea problemas de coherencia de la nueva regulación con el Derecho Europeo y con la misma Constitución. Desde este punto de vista, la cuestión debe ser examinada en relación con el carácter vinculante o no de algunas normas de la UE y su imperatividad sobre el Decreto Legislativo. Además, conviene comprobar si estas disposiciones que estamos analizando pueden ser cuestionadas desde la perspectiva de su constitucionalidad, a la luz del art. 117 de la Constitución.

El primer precepto a analizar es el art. 30 de la Carta de Niza (la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), cuando ésta reconoce el derecho a una protección en caso de despido injustificado. Precisamente en relación a dicho artículo se ha indicado que la previsión de una indemnización resarcitoria fuertemente atenuada no garantizaría el “contenido esencial” del derecho a la protección frente al despido, en el sentido exigido por el art. 52 de la propia Carta<sup>173</sup>. Ciertamente el art. 30 tiene una dicción tan genérica que hace difícil un juicio de adecuación entre resarcimiento y protección contra el despido<sup>174</sup>. En cualquier caso, la violación de esta disposición no se podría plantear ante la Corte de Justicia Europea. Es cierto, en efecto, que la materia de los despidos se

<sup>171</sup> V. § 4, con la posible aplicación del art. 2 del d. lgs. 23/2015 o de la nulidad de derecho común.

<sup>172</sup> Sobre el fraude v. *supra* § 5, texto principal y nota 130 ss. En ambas interpretaciones apuntadas el trabajador no tendría que demostrar su “incumplimiento”, sino que han sucedido ciertos episodios (por ejemplo una contestación poco respetuosa o una discusión con un superior jerárquico) que muestran la existencia de motivos disciplinarios que han sido “esquivados” mediante el recurso al despido por motivo justificado objetivo.

<sup>173</sup> Perulli, 2015, 32. Otras dudas han sido planteadas por Marazza, 2015, 326 – 327.

<sup>174</sup> En el mismo sentido Marazza, 2015, 327. La norma, en efecto, afirma “el derecho de

incluye entre las de competencia de la Unión, de acuerdo con el art. 153 del Tratado de Funcionamiento de la UE<sup>175</sup>. Sin embargo, como se ha señalado de modo constante por la jurisprudencia del TJUE, la violación de las disposiciones del Tratado sólo puede ser alegada ante el mismo cuando ésta afecte también de modo directo a la “norma interpuesta”, por constituir ésta la fuente que expresamente regule la materia (por ejemplo un Reglamento o una Directiva)<sup>176</sup>. En nuestro caso, la única Directiva existente se refiere a los despidos colectivos y no a los individuales. Por lo tanto, sólo en relación a los primeros resultaría posible una valoración de la congruencia de la indemnización resarcitoria, que tampoco será fácil dado el contenido tan genérico del art. 30.

La cuestión podría ofrecer matices distintos en relación con el art. 24 de la Carta Social Europea, incorporada al ordenamiento italiano por la Ley 30/1999, que, en caso de despido injustificado, prevé el derecho “a una indemnización congruente o a otra reparación adecuada”. La disposición, como puede verse, posee un contenido más preciso. Por otro lado, el Comité Europeo de Derechos Sociales, que no tiene funciones jurisdiccionales pero desarrolla la esencial tarea de constatar la correcta ejecución de la Carta por los Estados nacionales<sup>177</sup>, ha elaborado una serie de decisiones que pueden alcanzar gran importancia a la hora de valorar la congruencia de la indemnización<sup>178</sup>. En este contexto, dicho organismo ha repetido que “el resarcimiento por el despido injustificado debe ser, al mismo tiempo, proporcional a la pérdida sufrida por la víctima y suficientemente disuasivo para el empresario. Se prohíbe cualquier tope máximo al resarcimiento que impida que los daños sean medidos con la debida proporción al perjuicio sufrido y que no tenga un carácter suficientemente disuasivo”<sup>179</sup>.

todo trabajador a la protección frente al despido injustificado, conforme al derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales”.

<sup>175</sup> El apartado 1, letra d), de esta disposición, en efecto, incluye la “protección de los trabajadores en caso de resolución del contrato de trabajo” entre las materias en las que la Unión respalda y completa la actuación de los Estados miembros. En sentido contrario, Giubboni, 2015, 22.

<sup>176</sup> Véase, como pronunciamiento más reciente, STJUE 5.2.2015, *Poclava*, causa C-117/14, apartados 27 ss.

<sup>177</sup> M. T. Carinci, 2012b, 32; Orlandini, 2012, 625 ss.

<sup>178</sup> Sobre la importancia esencial, desde el punto de vista interpretativo, de las decisiones del Comité Europeo, cfr. Speziale, 2013, 313 ss.; M. T. Carinci, 2012b, 32; Orlandini, 2012 625 ss.; Giubboni, 2015, 22 (remito a estos dos últimos autores para otras referencias bibliográficas).

<sup>179</sup> Comité Europeo de Derechos Sociales 2012 (Finlandia). El principio descrito tiene carácter general y ha sido subrayado por el Comité en muchas ocasiones. Se remite, sobre este aspecto, a Orlandini, 2012, 636 y a Speziale, 2013, 314, quien hace referencia a algunos países que han sido amonestados por fijar topes máximos al resarcimiento del daño por despido ilegítimo.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sostenido que, en materia de sanciones por violación de un derecho reconocido por la UE, el resarcimiento del daño debe ser “adecuado, efectivo y disuasivo”, principio empleado en materia de despido colectivo, despido discriminatorio y contrato por tiempo determinado<sup>180</sup>. Sería difícil sostener que estas reglas no deban constituir un parámetro de referencia en el caso también del despido individual, teniendo en cuenta el hecho de que han sido aplicadas también en relación con otras formas de despido y tienen, en todo caso, un alcance general difícilmente rebatible.

Los principios citados evidencian la total “incongruencia” de la indemnización resarcitoria prevista en el Decreto Legislativo 23/2015, que queda muy lejos de los parámetros anteriormente citados<sup>181</sup>. Por otra parte, no cabe alegar ante el TJUE la violación del art. 24 de la Carta Social Europea; en primer lugar, porque esta Carta no está expresamente mencionada en el art. 6 del Tratado de la UE, que es la fuente que ha “constitucionalizado” la Carta de los derechos<sup>182</sup>. Además, como ya se ha explicado, falta la “norma interpuesta” a nivel europeo que permita la intervención de Tribunal.

No obstante, el art. 24 de la Carta Social ha sido expresamente acogido por una Ley ordinaria<sup>183</sup>. Las fuentes primarias que implementan los Tratados internacionales (y la Carta tiene estas características) tienen una “fuerza de resistencia” superior respecto de las leyes ordinarias posteriores. No es suficiente que la norma posterior pretenda regular “*de modo distinto las mismas relaciones si contradice los compromisos internacionales asumidos*”. Tampoco resulta posible conseguir una derogación o modificación de las normas de adaptación al Tratado por una mera *incompatibilidad* con una ley posterior<sup>184</sup>. A la luz de estos principios, no cabe duda de que el juez nacional deberá hacer uso del art. 24 como parámetro de valoración de la congruencia de la indemnización y no podrá más que observar su “inadecuación”. Y, en tal caso, deberá reinterpretar su contenido para hacerlo conforme al precepto mencionado y acogido en el ordenamiento nacional y ello con base en las reglas ya delineadas relativas a la entidad del resarcimiento.

<sup>180</sup> Orlandini, 2012, 634 – 635, a quien se remite para la relación de la jurisprudencia del TJUE.

<sup>181</sup> En el mismo sentido Giubboni, 2015, 21 – 22.

<sup>182</sup> Celentano, 2015, 23.

<sup>183</sup> En efecto, el artículo 2 de la Ley 30/1999 establece que “se da plena e íntegra ejecución a la Carta social europea a que se refiere el art. 1”, que se refiere a la edición de la Carta de 1961, en la versión “revisada” de 1996.

Además, si no se quisiera seguir esta opción interpretativa, la aplicación del art. 24 podría ser un criterio para enjuiciar la constitucionalidad del Decreto Legislativo 23/2015. El art. 117 de la Constitución, en efecto, impone al legislador nacional el respeto de los “principios derivados del ordenamiento comunitario y de las obligaciones internacionales”. En base a estas disposiciones, la Corte constitucional ha establecido que las normas internacionales con forma de pacto, como por ejemplo el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (CEDU), tengan la condición de “normas interpuestas” y se utilicen “como parámetros de validez de las leyes, en cuanto que de ellas derivan obligaciones que, aunque pertenecen por propia naturaleza al Derecho Internacional pactado, a partir del art. 117 citado, se transforman en obligaciones de Derecho Constitucional”<sup>185</sup>. La CEDU ha sido calificada de “Tratado internacional multilateral”<sup>186</sup> y en dicha categoría se incluiría también la Carta Social Europea<sup>187</sup>, cuyo contenido, además, ha sido integrado plenamente por el art. 2 de la Ley n. 30/1999. Por tanto, ya sea como consecuencia de la ley de recepción –que convierte en vinculantes para el Estado italiano todas las disposiciones de la Carta-, ya sea por efecto de los principios arriba mencionados, el art. 24 deberá constituir un parámetro para valorar la conformidad con la Constitución de la indemnización resarcitoria.

No cabe duda, por tanto, de que, sobre todo por coherencia con la interpretación del contenido del art. 24 de la Carta Social manifestada por el Comité Europeo y siguiendo el criterio de los principios en materia de efectividad de las sanciones derivados también del TJUE, la nueva normativa introducida por el Decreto Legislativo 23/2015 se contraponen claramente a dicha disposición y conlleva una sanción de inconstitucionalidad por inadecuación del resarcimiento. Y este aspecto de ilegitimidad se suma a aquél ya expresado por la Corte constitucional, en relación a la misma cuestión y a una interpretación de la Ley Fundamental que prescinde de la influencia ejercitada por las disposiciones de las Cartas de derechos analizadas<sup>188</sup>.

<sup>184</sup> Conforti, 2006, 293.

<sup>185</sup> Zagrebelsky, Marcenò, 2012, 239, que citan las sentencias n. 348 y 349 de 2007 de la Corte Constitucional que confirmaron los principios mencionados. En el mismo sentido Sorrentino, 2015, 91 – 92.

<sup>186</sup> C. Cost. 24.10.2007 n. 348, *Dejure*, 16.

<sup>187</sup> Panzera, 2011, 10 quien refiere la expresa definición atribuida a la Carta por el Comité Europeo de Derechos Sociales, según la cual es “un Tratado internacional común”. En el mismo sentido Zanghi, 2000, 303.

<sup>188</sup> V. *supra* § 6, texto principal y nota 158 ss.

## BIBLOGRAFÍA

- Amsterdamski S. (1977). *Certeza/dubbio. Enciclopedia Einaudi*, II. Torino: Einaudi, p. 968 ss.
- Barbera M. (2013). Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio. *RGL*, I, p. 139 ss.
- Bellomo S. (2015). Autonomia collettiva e clausole generali. *DLRI*, p. 45 ss.
- Bolego G. (2011). *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*. Padova: Cedam.
- Brino V. (2015). La tutela reintegratoria per i nuovi assunti tra novità e conferme. In: Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi – Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e 23*. Torino: Giappichelli, p. 83 ss.
- Brun S. (2012). *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*. Padova: Cedam.
- Carinci F. (2015a). Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014). *CSDLE "M. D'Antona"*. Testo disponibile al sito <http://csdle.lex.unct.it>, p. 1 ss.
- Carinci F. (2015b). Il licenziamento disciplinare all'indomani del d.lgs. n. 23/2015. *CSDLE "M. D'Antona"*. Testo disponibile al sito <http://csdle.lex.unct.it>, p. 1 ss.
- Carinci M. T. (2012a). Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e *flexicurity* "all'italiana" a confronto, *DLRI*, p. 527 ss.
- Carinci M. T. (2012b). Il rapporto di lavoro al tempo della crisi. Relazione al XVII Congresso Nazionale AIDLASS, *Il Diritto del Lavoro al tempo della Crisi*, Pisa (7-9 giugno 2012). Testo disponibile al sito: <http://www.aidlass.it/convegni/archivio/congresso-2012>, p. 1 ss.
- Casavola P. (1995). *La giustizia costituzionale nel 1994*. Testo disponibile al sito: <http://www.cortecostituzionale.it>, Documentazione, relazioni annuali, p. 1 ss.
- Cataudella M.C. (2008). *Contratto di lavoro e nullità parziale*. Milano: Giuffrè.
- Cavallaro L. (2014). Il licenziamento disciplinare: una riconsiderazione. *RTDPC*, I, p. 213 ss.
- Celentano C. (2015). La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria. Relazione al Corso di alta formazione della Scuola Superiore della Magistratura sul tema *La disciplina dei licenziamenti: un primo bilancio* (Scandicci 13 – 15 aprile 2015), dattiloscritto, p. 1 ss.
- Celotto A. (2006). *Art. 3, 1° co., Cost.*. In: Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I. Torino: Utet, p. 65 ss.
- Chieco P. (2013). Il licenziamento nullo. In: Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e*

- tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92.* Bari: Cacucci, p. 277 ss.
- Chieco P. (2015). Crisi economica, vincoli europei e diritti fondamentali dei lavoratori. Relazione al XVIII Congresso A.I.D.La.SS tenuto a Foggia, 28, 29 e 30 Giugno 2015. Testo disponibile al sito: <http://www.aidlass.it>, p. 1 ss.
- Conforti B. (2006). *Diritto Internazionale*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Corte Costituzionale (2009). Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2008. Testo disponibile al sito: <http://www.cortecostituzionale.it>, Documentazione, relazioni annuali, p. 1 ss.
- D'Amico G. (2009), Nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità). In Pagliantini S. (a cura di), *Le forme della nullità*. Torino: Giappichelli, p. 1 ss.
- De Luca Tamajo R. (1976). *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*. Napoli: Jovene.
- Del Punta R. (2001). L'economia e le ragioni del diritto del lavoro. *DLRI*, p. 3 ss.
- Del Punta R. (2013). Epistemologia breve del diritto del lavoro. *LD*, p. 37 ss.
- Del Punta R. (2015). Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18. *RIDL*, II, p. 32 ss.
- Denozza F. (2013), Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il successo di una tanto debole teoria? *RDC*, p. 43 ss.
- Denozza F. (2015). Il rapporto di lavoro subordinato nell'impresa neo liberale. *RIDL*, I, p. 41 ss.
- European Committee of Social Rights 2012 (Finland). Testo disponibile al sito: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/conclusionsindex\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/conclusionsindex_en.asp), p. 1 ss.
- Fiorillo L. (2015). La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo. In: Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi – Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e 23*. Torino: Giappichelli, p. 103 ss.
- Gentile G. (2015). L'ambito di applicazione della nuova disciplina. In: Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*. Torino: Giappichelli, p. 51 ss.
- Giubboni S. (2015). Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti. *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 246/2015. Testo disponibile al sito: <http://csdle.lex.unict.it>, p. 1 ss.
- Giugni G. (1979, ora 1989), Il diritto del lavoro negli anni '80. In: *Lavoro, legge, contratti*. Bologna: Il Mulino, p. 293 ss.
- Guastini R. (1998). *Teoria e dogmatica delle fonti*. In: Cicu A., Messine F., Mengoni L. (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXVI. Milano: Giuffrè.

- Ichino P. (2012). La riforma dei licenziamenti ed i diritti fondamentali dei lavoratori. Testo disponibile al sito: <http://www.pietroichino.it>, p. 1 ss.
- Marazza M. (2015). Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel *jobs act*. *ADL*, 2, 310 ss.
- Mengoni L. (1986). Spunti per una teoria delle clausole generali. *RCDP*, p. 5 ss.
- Mimmo G. (2015). *Appunti su schema di decreto legislativo (attuazione della legge delega 10 dicembre 2014 n. 183)*, dattiloscritto, p. 1 ss.
- Musella C. (2015). I licenziamenti discriminatori e nulli. In: Ferraro G. (a cura di). *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*. *Quad ADL*, 14. Milano: Cedam, p. 13 ss.
- Nogler L. (2007). La disciplina dei licenziamenti individuali. *DLRI*, p. 593 ss.
- Nogler L. (2015). I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015. In: Ferraro G. (a cura di). *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*. *Quad ADL*, 14. Milano: Cedam, p. 33 ss.
- Novella M. (2009). *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*. Milano: Giuffrè.
- OECD (2004). *OECD Employment Outlook*, Paris.
- Orlandini G. (2012). La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea. *DLRI*, p. 619 ss.
- Panzerà C. (2011). Per i cinquant'anni della Carta Sociale Europea. Intervento al convegno *I diritti sociali dopo Lisbona. Il caso italiano. Il diritto del lavoro tra riforme delle regole e vincoli di sistema* (Reggio Calabria, 5.11.2011), p. 1 ss. (dattiloscritto).
- Pedrazzoli M. (2014). Regole e modelli del licenziamento in Italia e in Europa. Studio comparato. *DLRI*, p. 3 ss.
- Persiani M. (1971). *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*. In Riva Sanseverino L., Mazzoni G. (diretto da), *Nuovo Trattato di Diritto del Lavoro*, II. Padova: Cedam, p. 591 ss.
- Persiani M. (2013). Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato. *ADL*, p. 1 ss.
- Perulli A. (2012a). *Efficient breach*, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice sui licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna. *RGL*, I, p. 561 ss.
- Perulli A. (2012b). Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 Stat.Lav. *Ratio* e aporie dei concetti normativi. *ADL*, p. 784 ss.
- Perulli A. (2015). Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro? In: Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*. Torino: Giappichelli, p. 3 ss.
- Perulli A., Casale G. (2013). *Towards the Single Employment Contract. Some comparative reflections*. Oxford: Hart Publishing Ltd.
- Pisani C. (2015). Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato. In:

- R. Pessi, C. Pisani, G. Proia, A. Vallebona, *Jobs Act e licenziamento*. Torino: Giappichelli, p. 17 ss.
- Pizzoferrato A. (2015). L'autonomia collettiva nel nuovo diritto del lavoro. Relazione al XVIII Congresso A.I.D.La.SS tenuto a Foggia, 28, 29 e 30 Giugno 2015. Testo disponibile al sito: <http://www.aidlass.it>, p. 1 ss.
- Pizzorusso A. (2011). *Fonti del diritto* In: Galgano F. (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*. Bologna – Roma: Zanichelli – Foro Italiano, p. 1 ss.
- Proia G. (2015). Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti. In: R. Pessi, C. Pisani, G. Proia, A. Vallebona, *Jobs Act e licenziamento*. Torino: Giappichelli, p. 55 ss.
- Rodano G. (2015). Il mercato del lavoro italiano prima e dopo il *jobs act*. Testo disponibile al sito: <http://www.pietroichino.it>, 5.04.2015, p. 1 ss.
- Romeo C. (2015). *Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: i campi esclusi dalla riforma del jobs act*, dattiloscritto, p. 1 ss.
- Sambati S. (2015). La qualificazione del “fatto” nella interpretazione di dottrina e giurisprudenza sullo sfondo del “dialogo” aperto dal legislatore delegato. In: Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*. Torino: Giappichelli, p. 171 ss.
- Santoni F. (2015). Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23. In: Ferraro G. (a cura di). *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*. *Quad ADL*, 14. Milano: Cedam, p. 113 ss.
- Saracini P. (2013). *Contratto a termine e stabilità del lavoro*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Scaccia G. (2000). *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*. Milano: Giuffrè.
- Scarpelli F. (2015). La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetto di sistema del d.lgs. n. 23/2015. *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*. *IT*, 252/2015. Testo disponibile al sito: <http://csdle.lex.unict.it>, p. 1 ss.
- Sorrentino F. (2011). *Eguaglianza*. Torino: Giappichelli.
- Sorrentino F. (2015). *Le fonti del diritto italiano*. Milano: Wolters Kluwer.
- Speziale V. (1992). *Mora del creditore e contratto di lavoro*. Bari: Cacucci.
- Speziale V. (2012a). La riforma del licenziamento tra diritto ed economia. *RIDL*, I, p. 521 ss.;
- Speziale V. (2012b). Il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale di lavoro. *DLRI*, p. 361 ss.
- Speziale V. (2013). Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo. In: Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*. Bari: Cacucci, p. 305 ss.
- Speziale V. (2014a). Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la

- riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro. *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 233/2014. Testo disponibile al sito: <http://csdle.lex.unict.it>, p. 1 ss.
- Speciale V. (2014b). La riforma del licenziamento individuale tra *law and economics* e giurisprudenza (parte I). *RGL*, I, p. 345 ss.
- Speciale V. (2015). Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele. In: F. Danovi (a cura di), *Diritto e processo: rapporti ed interferenze*. Torino: Giappichelli, p. 127 ss.
- Treu T. (2015). Jobs Act: prime riflessioni sui decreti attuativi. *GL*, 3, p. 12 ss.
- Vallebona A. (2014). Fatto e qualificazione del fatto: la Cassazione mette le cose a posto. *MGL*, p. 784 ss.
- Vallebona A. (2015). Jobs Act e licenziamento. In: R. Pessi, C. Pisani, G. Proia, A. Vallebona, *Jobs Act e licenziamento*. Torino: Giappichelli, p. 81 ss.
- Varva S. (2014). *Il licenziamento economico: pretese del legislatore e tecnica del giudizio*. Torino: Giappichelli.
- Villella A. (1998). Le nullità virtuali. In Ferroni L. (a cura di), *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*. Milano: Giuffrè
- Voza R. (2007). *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*. Bari: Cacucci.
- Voza R. (2015). Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore. *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 248/2015. Testo disponibile al sito: <http://csdle.lex.unict.it>, p. 1 ss.
- Zagrebel'sky G., Marcenò V. (2012). *Giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino.
- Zanghi C. (2000). *Comunità europea. Enc. Dir., Aggiornamento, IV*. Milano: Giuffrè, p. 294 ss.

# LAS RECOMENDACIONES EUROPEAS A LOS MERCADOS DE TRABAJO: UNA HUIDA DEL DERECHO SOCIAL EUROPEO

J. EDUARDO LÓPEZ AHUMADA

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Alcalá

## EXTRACTO

**Palabras clave: Recomendaciones europeas por países, mercado europeo de trabajo, reformas estructurales**

Las recomendaciones europeas han tenido su fundamento en la crisis económica, que ha orientado las políticas laborales y las reformas estructurales de los mercados de trabajo. El presente estudio analiza los problemas y las soluciones planteadas por las instituciones comunitarias en un contexto económico incierto, prestando especial atención a los cambios estructurales aplicados en los países de nuestro entorno. La oportunidad y la idoneidad de los ajustes en los mercados de trabajo se encuentran en permanente situación de debate y se trata de una práctica novedosa que cuestiona el propio proceso de armonización jurídica de los ordenamientos laborales europeos.

## ABSTRACT

**Key words: Country-specific recommendations, European labor-market, structural reforms**

The European recommendations have been founded on the economic crisis, which has oriented labor policies and structural reforms of labor markets. This study analyzes the problems and the solutions proposed by the EU institutions in an uncertain economic context, and particular attention to structural changes implemented in the neighboring countries is provided. The timing and appropriateness of adjustments in labor markets are in constant debate and it is a new practice that questions the process of legal harmonization of European labor systems.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. PRESUPUESTOS DE LAS RECOMENDACIONES EUROPEAS: LA RECONSTRUCCIÓN DE UN NUEVO MODELO DE RELACIONES LABORALES
3. EL CONTEXTO DE LAS RECOMENDACIONES EUROPEAS Y SU PROYECCIÓN SOBRE LOS MERCADOS DE TRABAJO
4. LA QUIEBRA DE LOS MERCADOS DE TRABAJO EUROPEOS COMO UN CONJUNTO HOMOGÉNEO: EL AUMENTO DE LAS DIVERSIDADES NACIONALES
5. EL DIFÍCIL ACOMODO DE LAS RECOMENDACIONES EUROPEAS EN LOS MERCADOS DE TRABAJO NACIONALES
6. EMPLEABILIDAD Y REDUCCIÓN DE LA DUALIDAD DEL MERCADO DE TRABAJO
7. PRINCIPALES MEDIDAS DE AJUSTE SALARIAL: REDUCCIÓN Y MODERACIÓN DE LOS SALARIOS.
8. LAS MEDIDAS DE DESCENTRALIZACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: LA INAPLICACIÓN DE LOS SALARIOS SECTORIALES
9. REFLEXIONES SOBRE LA INCIDENCIA DE LAS RECOMENDACIONES EUROPEAS EN EL CAMBIO DE MODELO DE RELACIONES LABORALES

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente estudio analiza los problemas y las soluciones planteadas por las Instituciones Comunitarias a consecuencia de la crisis económica y financiera, así como debido a las fluctuaciones de los mercados y a la evolución de la duda pública de los Estados. Debido a estas vicisitudes económicas las autoridades comunitarias están formulando en los últimos años a los Estados miembros de la Unión la necesidad de aplicar cambios estructurales. La oportunidad y la idoneidad de los ajustes en los mercados de trabajo se encuentran en permanente situación de debate y se trata de una práctica novedosa que cuestiona el propio proceso de armonización jurídica de los ordenamientos laborales europeos.

Prueba de ello es el reciente rescate a la economía griega en agosto de 2015, que ha reabierto nuevamente la polémica sobre las medidas financieras y económicas de ajuste, incluidas las reformas del mercado de trabajo. Las medidas de ajuste financiero impulsadas por las instituciones internacionales como el Fondo Monetario Internacional (FMI) demandan una mayor flexibilidad de los mercados laborales de la euro zona para propiciar una mayor productividad y competitividad frente a los países emergentes a escala internacional. Estas medidas de flexibilidad laboral se encuadran en una hoja de ruta orientada a medio y largo plazo, que está suponiendo la transformación de los mercados de trabajo europeos con una evidentemente merma en la protección de los traba-

jadores, lo que genera asimismo un nuevo contexto de desequilibrio en las relaciones laborales. En las siguientes páginas se analizará la evolución de este proceso dirigido internacionalmente que arranca en la década de los ochenta y cuya intensidad ha aumentado significativamente durante el proceso de recesión económica.

## **2. PRESUPUESTOS DE LAS RECOMENDACIONES EUROPEAS: LA RECONSTRUCCIÓN DE UN NUEVO MODELO DE RELACIONES LABORALES**

Las recomendaciones europeas han tenido su fundamento en la crisis económica, que ha orientado las políticas laborales y las reformas estructurales de los mercados de trabajo. Estas orientaciones han aglutinado medidas con fines estrictamente económicos, así como aquellas orientadas esencialmente al ajuste de derechos laborales que se han visto alterados por procedimientos no institucionalizados en el ámbito del Derecho Social Europeo.

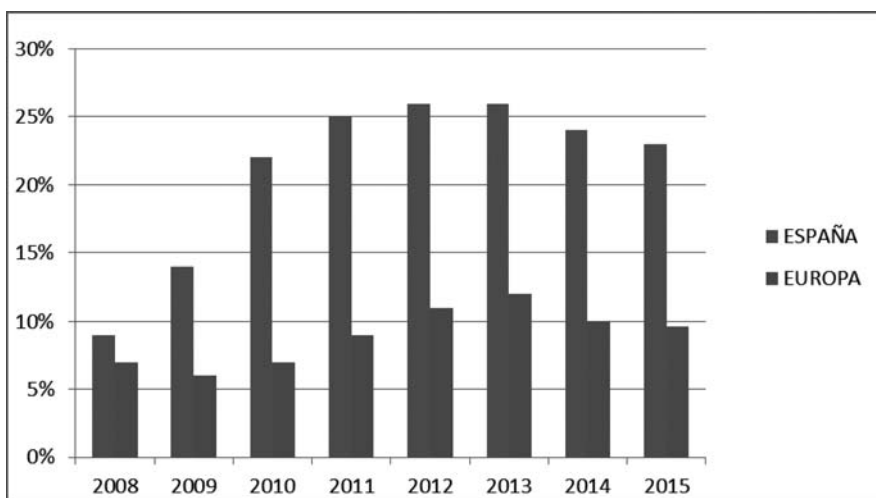
Sin duda, uno de los aspectos que ha influido en la adopción del sistema de recomendaciones laborales a los mercados de trabajo se basa en su naturaleza política e informal, que permite una rápida respuesta a la coyuntura actual de las relaciones laborales. Junto al carácter informal de las recomendaciones europeas a los mercados nacionales de trabajo debemos destacar la ausencia de publicidad y transparencia<sup>1</sup>. Sin duda, estos caracteres de las recomendaciones laborales repercuten negativamente en la propia idea de democracia social europea, ya que viene a restringir las posibilidades del debate político que permite el contraste de ideas y argumentos. En suma, se produce un debilitamiento de la democracia y del propio funcionamiento de las instituciones europeas en el ámbito laboral, que no puede justificarse por el contexto atípico y excepcional que puede suponer un ciclo económico adverso. Por tanto, se trata de un sistema que intencionadamente ha evitado los mecanismos procedimentales de armonización normativa, debido a la lentitud y a veces a la ineficacia de los mecanismos de transposición de directivas. Precisamente, estos cambios no buscan un efecto general en el

<sup>1</sup> Es evidente que dichas técnicas informales y no institucionalizadas por la que se ha desarrollado las recomendaciones europeas a los mercados de trabajo han supuesto un cambio esencial de modelo. En este sentido, se ha indicado que dichas “transformaciones están manifestando nuevas formas de gobernanza europea, que ponen en riesgo la necesaria transparencia de las actuaciones efectuadas a nivel europeo”. Vid. Cruz Villalón, J., “El impacto de la nueva gobernanza europea sobre las reformas nacionales de la legislación y políticas laborales”, en *Gaceta Sindical*, núm. 18, 2012, p. 226.

conjunto de los Estados de la Unión, sino que focalizan las medidas de ajuste en determinados Estados especialmente afectados por los ciclos económicos adversos.

Las propuestas europeas se enmarcan en una situación ciertamente excepcional, presidida por una caída extraordinaria de la producción y una situación de desempleo extrema. Precisamente, las autoridades europeas han señalado que uno de los aspectos que caracterizan el inmovilismo de las altas cifras desempleo ha sido la escasez de reformas y la estabilidad de las legislaciones laborales. Se ha apuntado como hándicap de los países más afectados por la crisis en la zona euro la ausencia de medidas estructurales en los mercados de trabajo o, en su caso, el hecho de aplicar solamente reformas puntuales y aisladas, sin observar adecuadamente el programa reformista promovido por las instituciones comunitarias<sup>2</sup>.

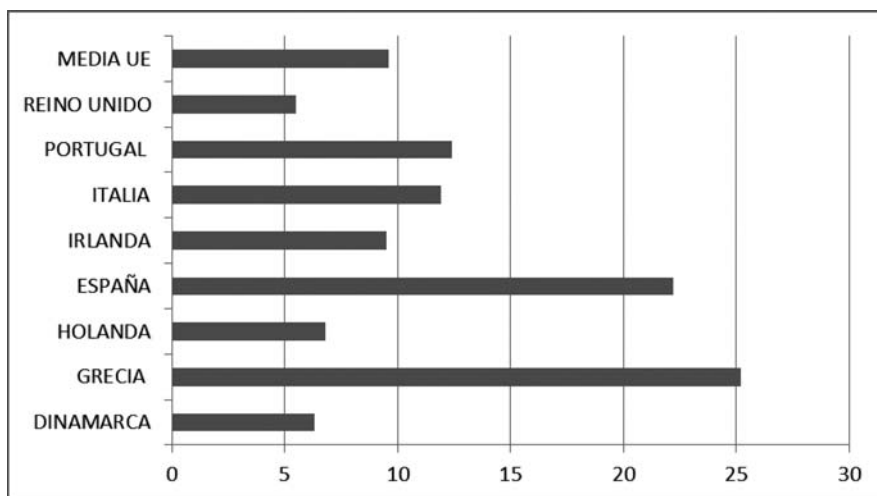
#### TASA DE DESEMPLEO EN ESPAÑA Y EUROPA (% población activa)



Fuente: Eurostat. Datos agosto 2015

<sup>2</sup> Uno de los inconvenientes de estas propuestas se basa en su marcado carácter economicista, descuidando otros factores, entre ellos, la dimensión jurídica de las reformas laborales propuestas. En este sentido, es preciso destacar que las propuestas han sido recomendadas por el grupo de asesores europeos en asuntos económicos (EEAG), que anualmente elaboran los informes con observaciones relativas a los mercados nacionales de trabajo.

### TASA DE DESEMPLEO DE LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA



Fuente. Eurostat. Datos agosto 2015

DINAMARCA	GRECIA	HOLANDA	ESPAÑA	IRLANDA	ITALIA	PORTUGAL	REINO UNIDO	MEDIA UE
6,3	25,2	6,8	22,2	9,5	11,9	12,4	5,5	9,6

Las cifras de desempleo representadas en los cuadros anteriores muestran el presupuesto de las reformas estructurales. Los países con altas tasas de desempleo se han visto sumidos en un proceso constante de reformas y ajustes laborales orientados por las autoridades comunitarias, tomando como modelos aquellos sistemas que han apostado por medidas liberalizadoras de los mercados de trabajo (en el ejemplo: Dinamarca, Holanda o Reino Unido).

El conjunto de reformas específicas propuestas tienen un marcado carácter estructural, que se adoptan en tiempos de crisis. Evidentemente, la crisis ha propiciado en la Unión Europea cambios en la política social comunitaria, dando lugar a un repliegue en la protección laboral y social con el pretendido objetivo de reactivar la económica y generar empleo<sup>3</sup>. Estas reformas se han ido adop-

<sup>3</sup> El conjunto de reformas de la legislación laboral en los distintos Estados miembros de la Unión Europea ha sido objeto de análisis en uno de los estudios editados por el ISE, titulado “The

tando en los países más afectados por la crisis desde el principio del cambio del ciclo económico, abarcando un período ciertamente intenso que abarca desde 2007 hasta 2012. Posteriormente las autoridades comunitarias han ido rebajando la necesidad de las reformas, aunque éstas son objetivos claramente definidos y se enmarcan en un proceso a medio y largo plazo. Dichas recetas buscan una cierta convergencia en la zona euro y un nuevo contexto de competitividad económica europea para contrarrestar la pujanza de las economías emergentes.

La necesidad de reformas de calado ha sido recomendada igualmente por la OCDE<sup>4</sup>, que ha venido incluyendo a países como España, Grecia, Irlanda, Italia o Portugal, como modelos en los que las reformas son más necesarias<sup>5</sup>. Dichos Estados han mostrado una especial vulnerabilidad respecto de las fluctuaciones económicas y la inestabilidad de los mercados. Incluso dicho proceso es más intenso en los países en los que la crisis del euro ha sido más aguda. Y es precisamente en estos Estados donde se están desarrollando las reformas laborales más agresivas a los derechos laborales, que están siendo impulsadas e incluso orientadas por las instituciones europeas, en especial por la Comisión Europea.

Ciertamente, la Unión Europea ha centrado especialmente su atención en la reforma de los mercados de trabajo del sur de Europa. Dichos países coinciden

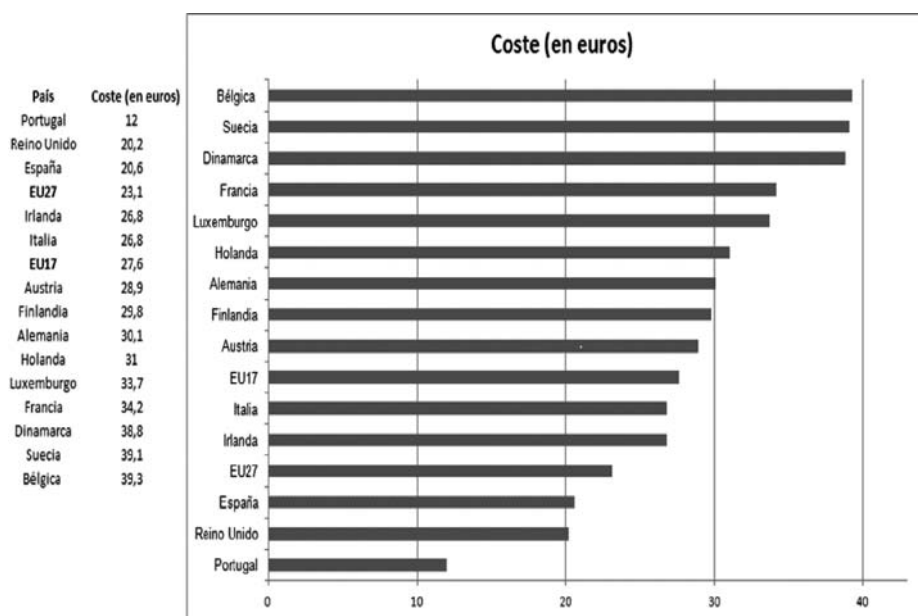
crisis and national labour law reforms: a mapping exercise”, Clauwaert y Schömann, 2012. Se trata de un informe que examina críticamente los efectos de la desregulación a gran escala del Derecho del Trabajo que se está llevando a cabo en los Estados miembros de la Unión Europea. El trabajo destaca que se trata de una situación provocada por la crisis o introducida utilizando la crisis financiera y económica como causa de justificación. En parecidos términos se analiza el conjunto de directrices reformadoras promovidas por las instituciones comunitarias. AA.VV., *El impacto de la gran crisis mundial sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: su incidencia en España, Europa y Brasil* (Dir. J.I., García Ninet), 2008-2014, Atelier, 2014. Todos estos cambios en las políticas laborales han dado lugar a importantes efectos negativos en los derechos sociales fundamentales y, por consiguiente, en la propia protección de los trabajadores.

<sup>4</sup> Esta situación de los mercados de trabajo europeos, que debían orientarse hacia la liberalización y la flexibilidad de sus relaciones laborales se han venido apuntando reiteradamente por el citado organismo internacional. Vid. OECD (2009), *OECD Employment Outlook 2009: Tackling the Jobs Crisis*, OECD Publishing. OECD (2010b), *OECD Employment Outlook 2010: Moving Beyond the Jobs Crisis*, OECD Publishing. OECD (2011d), *OECD Employment Outlook 2011*, OECD Publishing.

<sup>5</sup> La idea de reforma profunda de los mercados de trabajo como respuesta a la situación de bajo nivel de competitividad de la eurozona, así como solución al crecimiento se desarrolla en los siguientes estudios de investigación. Vid. Arnold, J., et al., “Tax Policy for Economic Recovery and Growth”, en *The Economic Journal*, 121, 2011, pp. F59-F80. Bassanini, A., L. Nunziata, And D. Venn, “Job Protection Legislation and Productivity Growth in OECD Countries”, *IZA Discussion Papers*, 3555, Institute for the Study of Labor, 2009, pp. 351-ss.

en tener niveles elevados niveles de déficit y una alta deuda pública y tienen importantes problemas de competitividad, lo cual es un factor que intensifica la demanda de modernización de los mercados laborales y ha permitido fundamentar el rigor de las reformas laborales. Estas reformas se basan en modelos de relaciones laborales de corte neoliberal, donde prima una concepción desreguladora del Derecho del Trabajo. Y ello se ha justificado en el pretendido éxito de algunas reformas que se han adoptado en el pasado en algunos países como Dinamarca, Holanda o el Reino Unido. Concretamente, estas reformas combinaban las variables de mercado laboral flexible, régimen fiscal y mejora de la producción como factores indisolubles. En época de bonanza dichos países redujeron sus cifras de desempleo. Esta evolución positiva del empleo en el período previo a la última recesión económica ha motivado la aplicación de las medidas flexibilizadoras en tiempos de crisis.

### IMPACTO DE LOS COSTES LABORALES POR PAÍSES



El gráfico representa la relación de los costes laborales por países. En este sentido, se da la paradoja que en aquellos sistemas laborales calificados como más intervencionistas precisamente los costes laborales son mucho más bajos. Véase los ejemplos de Italia, Irlanda, España o Portugal, cuyos costes laborales son sensiblemente inferiores.

Precisamente, en los años ochenta se aprobaron medidas de contenido laboral con un importante sesgo neoliberal, siguiendo la pauta de Dinamarca, Holanda o el Reino Unido<sup>6</sup>. Dichas reformas se basaban en la moderación salarial acompañada de una bajada de impuestos sobre los salarios<sup>7</sup>. Dichos cambios pretendían la configuración de un mercado laboral liberalizado. Esta nueva corriente de ajuste de los mercados de trabajo fue acogida por la Unión Europea, como parámetro de actuación a aplicar al resto de países de la zona euro, especialmente a aquellos especialmente afectados por la crisis económica. En este sentido, las reformas laborales que se están desarrollando por los distintos Estados miembros intentan justificarse en la idea de que un mercado de trabajo más flexible es una de las mejores respuestas para afrontar la crisis<sup>8</sup>. Y todo ello a pesar de los peligros que conlleva este nuevo modelo de relaciones laborales, que nos sitúan ante un claro proceso de deconstrucción de la legislación laboral proteccionista de los Estados europeos.

Las instituciones internacionales (OCDE y FMI) han valorado positivamente el carácter de las reformas orientadas hacia la flexibilidad laboral, atribuyendo a estas recetas logros concretos de reducción del desempleo<sup>9</sup>. Se entiende que dichas reformas hacen más atractiva la inversión en la zona euro debido a la reducción de los costes de personal, y todo ello a pesar de que dichas reformas estatales no hayan sido homogéneas. Todos estos países tienen un denominador

<sup>6</sup> En este sentido, se ha indicado que las reformas producen en algunos países un rápido crecimiento en el empleo. Ello sucedió en otros momentos previos a la última crisis económica. Ciertamente, Irlanda y Holanda crecieron rápidamente en el ciclo 1994-2003. Dicho crecimiento se produjo a un ritmo mucho mayor que otros países creadores de empleo en este ciclo como Dinamarca o Reino Unido. Igualmente, este buen comportamiento del empleo superó a la media de los Estados miembros de la Unión Europea y dicho repunte de la economía, que produjo el descenso del desempleo, se motivó en parte a las reformas realizadas en el mercado de trabajo.

<sup>7</sup> Desde el punto de vista del tratamiento impositivo sobre los salarios las apuestas son diferentes según el modelo del país analizado. A estos efectos se recomienda el análisis del siguiente trabajo de investigación. Vid. Azarloza, A. – Beloki, A. – Iñurrieta, E., “Crisis económica y financiera y reformas fiscales en algunos Estados miembros de la UE”, en *Gaceta Tributaria del País Vasco Zergak*, núm. 40, 2010, pp. 91-ss.

<sup>8</sup> En este sentido, destacamos las recomendaciones específicas por país de la Comisión Europea y del Consejo que anualmente se publica (especialmente las elaboradas en 2012). Ciertamente, la mayoría de los Estados miembros han recibido recomendaciones de la Comisión Europea relativas a adoptar medidas de reforma en el mercado de trabajo.

<sup>9</sup> La variable reforma equivale a creación de puestos de trabajo, que se apunta debido a anteriores antecedentes en los que la fórmula funcionó. Ello sucedió en la década de los ochenta y noventa, donde las reformas laborales sí produjeron un rápido crecimiento del empleo. En esta época fue Dinamarca, Irlanda, Holanda o el Reino Unido, donde se registraron unas menores tasas de desempleo en la Unión Europea de los quince. Vid. Vid. Annett, A., “Reform in Europe: what went right?”, en *Finance and Development*, vol. 43, núm. 3, 2006.

común, que no es otro que la circunstancia de tener que acometer reformas desde los años ochenta, debido a la profunda crisis que sufrieron sus economías en dicha década. Igualmente, estas medidas eran respuesta a los grandes déficits de competitividad y al aumento consolidado de su gasto social<sup>10</sup>.

### 3. EL CONTEXTO DE LAS RECOMENDACIONES EUROPEAS Y SU PROYECCIÓN SOBRE LOS MERCADOS DE TRABAJO

Las medidas de ajuste laboral promovidas recientemente por las autoridades europeas representan una respuesta a un cambio de modelo de las relaciones laborales. Dicho cambio pretende la búsqueda de una mayor competitividad de los mercados de trabajo de la zona euro frente a la pujanza de nuevas economías<sup>11</sup>. El momento de análisis es el adecuado, ya que estos cambios van en la línea de los modelos de reformas “estructurales”, con una hoja de ruta claramente delimitada. Dicha circunstancia implica que nuestro análisis trascienda efectivamente del propio contexto de crisis económica. Efectivamente, no cabe duda que en una época de gran recesión y crisis del empleo era necesario implementar reformas en el mercado de trabajo, aunque el problema es una vez más que dichos cambios se contemplan como medidas estructurales y de carácter permanente que afectan precisamente a los países de la Unión Europea

<sup>10</sup> A título de ejemplo, es preciso indicar que los efectos del elevado gasto social y de la deuda pública incidieron en las finanzas de los Estados. Ello debido al registro de elevados déficits financieros, como sucedió en el caso de Dinamarca del 8,5%, de Irlanda del 13% o de Holanda que alcanzó el 6%.

<sup>11</sup> El contexto de incertidumbre económica ha realizado el papel de las reformas estructurales laborales como medidas de activación económica. En los últimos años han proliferado estudios que han analizado las medidas prototípicas y sus efectos, siendo una nota común la inexistencia de acuerdo en relación a las recetas que permiten activar el crecimiento y la competitividad. Incluso conviene decir que las recetas no son nuevas, sino que se remontan a años atrás y la cuestión de la flexibilidad laboral se presenta nuevamente como un tema recurrente. Vid. Solé Mariño, J.M., “Reformas estructurales y crecimiento potencial: el mercado de trabajo”, en *Libro marrón, Círculo de Empresarios*, núm. 1, 1993, pp. 407-411. Varela Guinot, H., “De la economía a la política: las dificultades para aprobar las reformas económicas estructurales”, en *Información Comercial Española, ICE: Revista de Economía*, núm. 281, 2005, pp. 179-181. Con todo, conviene precisar que este proceso reformador ha descuidado el contenido social y los peligros relativos al necesario y justo equilibrio de las relaciones laborales. En este sentido, recomendamos el siguiente trabajo de investigación. Vid. Landa Zapirain, J.P., “Políticas anticrisis, reformas estructurales y Derecho del Trabajo”, en *Las reformas del Derecho del Trabajo en el conflicto de la crisis económica: la reforma laboral de 2012*, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2013, pp. 21-ss.

menos desarrollados y con economías más inestables. No obstante, el debate y las medidas se han adoptado sin que haya existido un verdadero consenso sobre qué medidas eran las más adecuadas. Este proceso ha supuesto un cambio del modelo tradicional europeo de mercado carácter social y con un alto contenido protector.

El ajuste ha sido importante y conviene hacer una reflexión sobre cómo se han canalizado dichas reformas por parte de las autoridades europeas, que han promovido distintos modelos de ajuste laboral a los diferentes sistemas jurídicos de países con problemas económico-financieros. En este sentido, son especialmente representativos los ejemplos de España, Grecia, Irlanda, Italia y Portugal. Las autoridades europeas han mantenido negociaciones con dichos países, que partían de unas recetas homogéneas que orientadas a la zona euro, pero que posteriormente se centraban en aspectos particulares a la hora de negociar los rescates financieros con los distintos Estados afectados. Sin duda, las particularidades de los países se reflejan en las propias medidas adoptadas, que tienen en cuenta una serie de factores como el tamaño de los Estados y la población afectada. Estas reformas tienen efectos transversales y consecuencias que sobrepasan el estricto ámbito laboral y que son consecuencia necesaria de la intervención de las economías de dichos países.

Recientemente se ha producido el tercer rescate a Grecia, que ha venido a cuestionar la proyección de las recomendaciones europeas a los mercados de trabajo. Ello se ha producido después de dos rescates producidos desde 2010 por un importe de 240.000 millones de euros. Este último tercer rescate equivale a una dotación de 53.000 millones adicionales, que deja una vez más al gobierno griego bajo la supervisión de la troika, constituida por representantes del Banco Central Europeo (BCE), Comisión Europea y FMI. Este nuevo rescate griego viene a afianzar la zona euro y supone irremediamente la adopción de nuevos ajustes con la ayuda de la Unión Europea<sup>12</sup>. Grecia ha aceptado un nuevo rescate

<sup>12</sup> En realidad, estamos en presencia de un problema que enlaza con la justificación de la propia adhesión de Grecia a la Comunidad Económica Europea. El 1 de enero de 1981 Grecia se adhirió a la Comunidad Económica Europea gracias a un proceso previo de crecimiento económico, aunque el país se encontraba muy lejos de las cotas de riqueza y competitividad del estándar de integración europea. De este modo, Grecia ingresaba en la Comunidad Económica Europea, actual Unión Europea, cinco años antes que España y Portugal y se incorporaba como décimo país en las instituciones europeas, es decir, pasaba a forma parte del club de países ricos aun siendo un país pobre, dado su nivel de renta per cápita. Ciertamente, ello supone un problema estructural que tiene como reto la propia integración real de Grecia y la supresión de los desequilibrios económicos y sociales. Vid. Muela, M., “Grecia y los rescates”, en *Temas para el debate*, núms. 201-

y una reestructuración de la deuda a cambio de duras reformas, entre ellas las que afectan al mercado de trabajo y a la protección social.

La propia crisis griega ha cuestionado la propia estabilidad del euro y ello ha motivado un nuevo ajuste económico de carácter técnico, pero con claras consecuencias políticas. El centro de gravedad en el plano social se centra en el aumento de los márgenes de flexibilidad del mercado de trabajo griego y el estímulo de las políticas de empleo, como medida de contención de sus altas tasas de desempleo. En este punto, no debemos olvidar que en materia de empleo las medidas nacionales vendrían acompañadas de la financiación económica derivada de las ayudas europeas a programas complementarios de crecimiento y apoyo al empleo. Estas medidas laborales concurren con otras de Seguridad Social, que permitirían otro estudio independiente. Dichos ajustes se refieren a la eliminación de la jubilación anticipada, la aceptación de la edad de jubilación a los 67 años y la congelación de las pensiones hasta 2021, recetas apuntadas especialmente para el caso griego.

Se trata de propuestas que han abierto incluso un nuevo debate sobre la dimensión social de la Unión Europea. Hasta el punto que se ha propuesto, a instancia de los gobiernos de Francia e Italia, una reforma de la Unión Europea para avanzar en la integración económica y social. Entre las medidas destaca el establecimiento de un salario mínimo europeo, que permita la proliferación de salarios suficientes de carácter homogéneo para evitar las situaciones de dumping social entre países de la eurozona. Junto al salario mínimo europeo destaca la armonización de la edad de jubilación en la zona euro fijando una edad de jubilación equivalente para los países de la Unión o un seguro europeo de desempleo que complementen los sistemas nacionales de protección social. Son medidas de hondo calado, que se manifiestan como contra respuesta a los marcados desequilibrios en la zona euro. Ciertamente, son propuestas que suponen una refundación de la zona euro después de la crisis griega, proponiendo medidas que permitan profundizar en la unión social.

Especialmente acusado fue el contexto de intervención económica, que afectó a los mercados de trabajo. Ello propició un proceso de reforma laboral derivada de las recomendaciones europeas a determinados países especialmente castigados por la recesión económica. En 2010 se constituyó el Fondo de Esta-

202 (agosto-septiembre), 2011, pp. 58-59. Ayala, J.E., “El rescate de Grecia: la solidaridad europea se pone a prueba”, en *Política Exterior*, Vol. 24, núm. 134, 2010, pp. 14-ss.

bilización Financiera creado por los propios Estados Miembros de la Unión<sup>13</sup>. Dicho fondo permitió financiar el rescate a Grecia<sup>14</sup>, Portugal e Irlanda. Los gobiernos de dichos Estados aceptaron los términos de un programa del Fondo Monetario Internacional y de la Unión Europea de apoyo financiero.

Las reformas laborales de los países afectados se encuadran en la línea de las recomendaciones europeas formuladas a Grecia y Portugal. Es decir, en el programa de ayuda acordado entre la Troika y Grecia, Portugal e Irlanda. En Grecia y Portugal, las autoridades nacionales no tuvieron más opción que aplicar el Memorándum de Entendimiento impuesto por la Troika para obtener acceso al rescate financiero. Los primeros Memorandos de Entendimiento se centraron principalmente en las medidas relativas a las reformas de consolidación fiscal y del sector financiero. Desde los primeros momentos de análisis los rescates demandaron importantes medidas de reformas en el mercado laboral, como medidas encuadradas dentro de las denominadas “reformas estructurales”.

En el caso español, aun situándose en el ámbito de países con profundos problemas estructurales, la Unión otorgó a las autoridades españolas dentro de sus directrices un mayor margen de maniobra. Efectivamente, la reforma española del mercado de trabajo observó las recomendaciones europeas, pero no cabe duda que contempló aspectos particulares ligados a la situación del país y especialmente a la dimensión de su población activa. A estos efectos hay que tener en cuenta el origen de estos cambios, ligados indisolublemente a la crisis económica y a las recomendaciones europeas, pero todo ello sin olvidar el contexto actual de referencia, en el que se atisbaban signos de recuperación económica.

En 2010, se comenzó a aplicar el Programa de Rescate de la Unión Europea y del Fondo Monetario Internacional y desde 2009 se han venido tomado medidas laborales anticrisis por parte de las autoridades nacionales. Estas

<sup>13</sup> Dichas medidas fueron avaladas por los Ministros de Economía y Finanzas del Eurogrupo, cuya ayuda se concretó el 28 de noviembre de 2010, como respuesta a la ayuda solicitada por el Irlanda el 22 de mayo. El 28 de noviembre se aprobó el programa de asistencia financiera a la República de Irlanda, mediante el acuerdo unánime del Consejo de Ministros Economía y Finanzas de la Unión Europea (ECOFIN). Concretamente, se dotaron hasta 85.000 millones de euros y ello se configuró efectivamente como una medida de garantía de la estabilidad financiera de la eurozona.

<sup>14</sup> El Eurogrupo aplicó el plan de rescate para Grecia el 2 de mayo de 2010, con el acuerdo de los Ministros de Economía y Finanzas de la Unión Europea. Se contemplaron ayudas concretas a cuenta de la eurozona y a cargo del FMI, y todo ello a cambio de medidas de ajuste estructurales.

medidas siguen planteándose como necesarias a pesar de los síntomas de recuperación económica, lo que pone en cuestión el propio carácter transitorio de las recomendaciones de flexibilización de los mercados de trabajo. Con carácter general, las medidas fueron recomendadas por las autoridades de la Unión Europea con carácter general al conjunto de los Estados afectados, como receta común de la zona euro. Estas recomendaciones estaban pensadas especialmente para los países del continente más afectados por la crisis, como por ejemplo, Portugal o Grecia. Sin embargo, dichas medidas también fueron propuestas y afectaron a otros países como España o Italia, aunque su proyección era diferente debido a la dimensión de dichos Estados y, concretamente, debido al volumen de sus mercados laborales y al impacto de la contribución del trabajo en el volumen de la economía de un país.

El Banco Central Europeo elogió las reformas laborales aplicadas en Grecia, Irlanda y Portugal, así como las aprobadas en España e Italia<sup>15</sup>. El Banco Central Europeo elogió los cambios producidos, sin perjuicio de su heterogeneidad, entendiéndolo que estaban proporcionando un ajuste en el mercado laboral de la zona euro que tendría efectos beneficiosos en el futuro<sup>16</sup>. Y ello debido a que dichas medidas laborales se situaban en un contexto de avance hacia la mayor competitividad de la zona euro. Una vez más se subrayaba la importancia del ajuste salarial, así como la necesidad de mitigar la rigidez del sistema de determinación de los salarios.

Las reformas de los mercados de trabajo presentan una importante dimensión económica desde el punto de vista de la empresa. Ello no solamente tiene efectos microeconómicos, sino que tiene una proyección macroeconómica al afectar al conjunto de la economía. Ciertamente, la realidad analizada se enmarca en un contexto marcado por una profunda crisis económica y del empleo, de una intensidad inimaginable hace años. No obstante, los ajustes laborales siguen presentándose como receta necesaria incluso en un período de

<sup>15</sup> Vid. BCE, informe: “Los mercados laborales en la zona del euro y la crisis”, Frankfurt, 2013.

<sup>16</sup> El Banco Central Europeo no tiene competencias en materia laboral y, sin embargo, está ejerciendo un papel protagonista en la orientación del modelo europeo de relaciones laborales. El Banco Central Europeo viene formulando propuestas de ajuste laboral en su papel de defensa de la zona euro. Sin duda, este hecho es un claro ejemplo de giro a la dimensión económica de la integración europea frente a los aspectos de contenido social. Por ello, el Banco Central Europeo en su labor de recomendación de ajustes laborales viene a asumir funciones que no entran dentro de su ámbito ordinario de competencias y viene a desdibujar la ordenación orgánica de la propia Unión Europea.

evidente mejoría económica. Evidentemente, todo ello somete a los mercados de trabajo en una situación de incertidumbre, sin saber, qué medidas son las más adecuadas para compensar las tasas de desempleo.

#### **4. LA QUIEBRA DE LOS MERCADOS DE TRABAJO EUROPEOS COMO UN CONJUNTO HOMOGÉNEO: EL AUMENTO DE LAS DIVERSIDADES NACIONALES**

Las autoridades europeas han apostado por medidas coordinadas de reforma laboral dirigidas a los Estados miembros. Dichas recetas se están proponiendo especialmente a los países menos ricos de la Unión, que tienen una clara vocación europea, siendo la pertenencia al proyecto europeo sinónimo de estabilidad y seguridad. Estos factores han justificado la acción de los Estados, que han acometido los ajustes propuestos por las autoridades europeas. Sin embargo, los ajustes laborales se han ido negociado entre la troika y los Estados afectados de forma heterogénea, adaptando el programa en función de las circunstancias nacionales y con objetivos y retos claramente desiguales. Ciertamente, este es uno de los factores que explica el nuevo funcionamiento de la Unión Europea, que se ha alejado del clásico programa de acción de las políticas laborales y sociales basadas en el Derecho Social Europeo y ha apostado por las medidas de carácter político bajo criterios de oportunidad<sup>17</sup>.

Este proceso ha supuesto una huida del Derecho Social Europeo e implica un cambio del modelo de intervención de la Unión Europea en los mercados de trabajo<sup>18</sup>. Dicha transformación se ha producido a cambio de un proceso de

<sup>17</sup> Ciertamente, esta crisis de los aspectos jurídicos y la apuesta por un giro a la política no es más que una consecuencia derivada de un proceso de crisis institucional del proyecto europeo, que es claramente visible desde el punto de vista social. Incluso este contexto de parálisis del Derecho Social Europeo es previo al propio proceso de crisis económica, que sin duda vino a agudizarlo. Vid. Areilza, J. M., “La reforma de Niza: ¿hacia qué Unión Europea?”, en *Política Exterior*, 79, 2001, pp. 104-119. Elorza, J., “La unión Europea después de Niza”, en *Política exterior*, 79, 2001, pp. 85-103. Garcimartín C., “El milagro irlandés y la negativa a Niza”, en *Revista Economistas*, núm. 91, 2002, pp. 66-70. Torreblanca, J. I., “El marco institucional y político en la Europa ampliada: Más allá de Niza”, en *Papeles de Economía Española*, núm. 91, *Los desafíos de la construcción europea*, 2002, pp. 228-237.

<sup>18</sup> Ciertamente, las circunstancias sobrevenidas han permitido el fomento de este nuevo modelo de gobernanza europea de las relaciones laborales. En sentido, se ha apuntado la existencia de una auténtica “parálisis en la actuación armonizadora de la legislación laboral”. Vid. Cruz Villalón, J., “El impacto de la nueva gobernanza europea sobre las reformas nacionales de la legislación y políticas laborales”, *loc. cit.*, p. 230.

influencia y vigilancia constante de las instituciones comunitarias en las políticas laborales de los Estados miembros de la Unión, especialmente de aquellos países más vulnerables a las fluctuaciones económicas. El Derecho Social Europeo se ha conformado en virtud de un proceso de integración regional que ha permitido la configuración de un acervo laboral comunitario. Dicho proceso ha permitido influir igualmente en las legislaciones laborales de los Estados miembros a través de Directivas y Reglamentos. Este modelo es totalmente distinto a la influencia de las instituciones comunitarias en virtud de las recomendaciones europeas, que se alejan ciertamente de la dimensión jurídica de equilibrio de intereses y acusan de otros principios claves como la publicidad, la transparencia, el diálogo social y la seguridad jurídica.

Se trata de una opción política que ha relegado el propio papel del Derecho Social Europeo. Esta sigue siendo la opción formal del modelo, aunque materialmente el recurso a los instrumentos jurídicos se ha interrumpido, lo que supone un repliegue del modelo tradicional de intervención en las relaciones laborales europeas. Precisamente, en los últimos tiempos la política social ha perdido protagonismo<sup>19</sup>. En el ámbito de las relaciones laborales las instituciones europeas no han promovido en los últimos años medidas de armonización asentadas en el modelo tradicional de integración laboral europea. Al contrario, han contribuido a la dispersión normativa y al afloramiento de las singularidades nacionales. En los últimos años, y especialmente durante la fase de crisis económica, no se han aprobado Directivas armonizadoras de las legislaciones nacionales de trabajo. Si cabe podemos apuntar, como respuesta necesaria a las altas cotas de desempleo, la necesaria coordinación en materia de política de empleo<sup>20</sup>. Sin embargo, estas medidas se han ido igualmente alejando de los

<sup>19</sup> Evidentemente el propio proceso de integración europea ha tenido una clara finalidad económica. Con todo, dicha unión económica, que ha permitido el desarrollo de una zona euro estable, no ha desatendido originariamente la influencia de los mercados laborales en un modelo de corte social. Las instituciones europeas siempre han influido en la evolución de los mercados de trabajo, ya que ellos inciden en el propio desarrollo y crecimiento económico, propiciando la competencia internacional del espacio europeo. Sin embargo, dicho modelo se ha desarrollado respetando unas reglas mínimas laborales. Ciertamente, el Derecho Social Europeo ha venido a asegurar un modelo de equilibrio de intereses laborales que concurren en situación de conflicto. De este modo, el crecimiento económico en una economía de mercado se ha conjugado con la defensa de derechos laborales básicos en búsqueda de condiciones laborales dignas.

<sup>20</sup> Efectivamente, la política de empleo es un ejemplo claro de un giro hacia las políticas públicas en detrimento de la regulación armonizada europea. Por ello, en este ámbito prima más el objetivo inmediato del estímulo del empleo, que la armonización de las legislaciones laborales que permitan unas vías de acceso al empleo equiparables entre los distintos Estados. No obstante, dicho modelo está viéndose afectado por la nueva política de intervención europea.

programas europeos basados en la política comunitaria de integración, gravitando el eje de atención en la situación concreta de los mercados de trabajo nacionales y en los problemas específicos que plantea cada contexto nacional en atención a su población activa y a sus posibilidades de crecimiento y competitividad.

Dicho cambio de signo se ha producido en un contexto de alta inseguridad, con una elevada agitación de los mercados financieros. Y la receta ha sido la aplicación de intensos ajustes sociales, que claramente tienen una proyección impopular. Estas medidas ciertamente eran muy difíciles de adoptar en función de parámetros jurídicos, debido a la imposibilidad material de consenso en las instituciones comunitarias. Sin duda, esta es una de las claves que explican la proliferación de las recomendaciones institucionales a los Estados Miembros. Posteriormente, los gobiernos estatales han ido promoviendo y manteniendo el programa reformador en función de sus posibilidades de impulso político. No obstante, en muchas ocasiones se ha tratado de mociones difícilmente sostenibles debido a las complejas ecuaciones de aritmética política.

Las recomendaciones europeas han buscado la unificación de un modelo de relaciones laborales asentado en la idea de flexibilidad laboral. Sin embargo, las negociaciones puntuales con los Estados implica ciertamente la opción de medidas nacionales dispares conectadas especialmente con la realidad de cada país. Por tanto, este modelo de intervención alejado del Derecho Social Europeo tiene como efecto directo la pérdida de un sistema homogéneo de las legislaciones laborales.

La visión internacional de la eurozona como un conjunto homogéneo quebró con carácter previo a la crisis. Sin duda, la idea de aparente unidad de los mercados de trabajo se desvaneció y permitió aflorar las distintas diversidades nacionales. Precisamente ello es uno de los problemas relativos a la falta de una real y auténtica armonización europea en materia de empleo y relaciones laborales, donde las diversidades nacionales son ciertamente evidentes. Los años del crecimiento extraordinario han desaparecido y actualmente en fase de recuperación económica se vive una lenta estabilidad, después de la recesión sufrida. Con todo, como sucede en la eurozona, las expectativas de la economía europea son inciertas.

Desde 2008, los Estados miembros han ido desarrollando cambios de gran intensidad en sus legislaciones laborales siguiendo las directrices de la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional. Dichas reformas han sido requeridas, o incluso en algunos casos se indica que han sido

impuestas. Por ejemplo, en el caso de Grecia, Irlanda y Portugal las reformas fueron acordadas entre las autoridades nacionales y la Troika en virtud de los Memorandos de Entendimiento. Dichos acuerdos institucionales, así como el apoyo financiero subsiguiente, han sido el presupuesto que ha presionado a los distintos gobiernos nacionales para reformar sus legislaciones laborales. Y todo ello abogando por un modelo especialmente flexible en perjuicio de la seguridad en el empleo.

Las recomendaciones europeas han configurado un programa nacional de reformas orientadas a los objetivos de la Estrategia Europea de 2020<sup>21</sup>. Este ha sido un compromiso de los países afectados con la Comisión Europea y otros Estados Miembros de la Unión, en base a una coordinación de las economías en el contexto macroeconómico<sup>22</sup>. Por ejemplo, países como Grecia, Portugal e Irlanda forman parte del programa de apoyo financiero promovido por la Unión Europea y el Fondo Monetario Internacional. Ello supone esencialmente la asunción de fuertes compromisos de ajuste para conseguir un balance presupuestario y una consolidación financiera de las cuentas públicas que reduzca las cotas de endeudamiento<sup>23</sup>. De este modo, los ajustes laborales se presentan como una condición que propiciaría el crecimiento económico y la confianza internacional que atraiga la inversión extranjera.

Estas reformas promovidas desde Europa han sido una respuesta para atajar los niveles de deuda soberana de los Estados. En este proceso conviene destacar que el ajuste realizado desde el punto de vista socio-laboral ha tenido grandes costes para los ciudadanos. Ello contrasta con las medidas adoptadas en el ámbito de la reforma de los sistemas financieros y los ajustes en la financiación y el gasto público de los Estados, cuyos efectos no son asimilados directamente por la ciudadanía y han tenido una menor proyección social. En los países afec-

<sup>21</sup> Las principales valoraciones del programa de reformas pueden encontrarse en el Informe “National Reform Programme 2012 Update under the Europe 2020 Strategy”.

<sup>22</sup> Vid. European Commission (2010) *An Agenda for new skills and jobs. A European contribution towards full employment*. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM(2010) 682, 23 November 2010, Brussels.

<sup>23</sup> En este sentido, se puede citar el informe de la OCDE de 2005, titulado *Going for Growth*, que analizaba las reformas estructurales prioritarias para cada uno de los Estados miembro. Este ha sido un instrumento para los gobiernos relativo a las políticas reformadoras de sus mercados de trabajo. Vid. OECD, *Economic Policy Reforms 2012: Going for Growth*, OECD, 2012. Sin duda, muchas de las observaciones ya se aputaban en el anterior informe del organismo internacional. Vid. OECD, *Economic Policy Reforms 2011: Going for Growth*, OECD Publishing, 2011.

tados por las reformas estructurales se han adoptado drásticas medidas de control y reducción del gasto público, mediante la reducción de los empleados públicos y el recorte de los salarios en el sector público y privado. Y en muchos casos a pesar del incipiente proceso de repunte económico, los problemas de equilibrio en la deuda pública están aún latentes, lo que sigue pesando a efectos de los ajustes laborales y sociales<sup>24</sup>.

Con carácter general, conviene indicar que como sucede en la mayor parte de los Estados europeos, actualmente la Unión Europea se encuentra en una situación de incertidumbre. Ciertamente, Europa se encuentra en un contexto económico ambiguo, que convive con un proceso aún latente de medidas y ajustes estructurales, que en gran parte no han concluido con la crisis económica. Sin duda, el problema sigue siendo el desempleo, que continúa situado en tasas muy elevadas en comparación a la época de bonanza económica. De igual modo, otro gran problema es la pérdida creciente del poder adquisitivo de los trabajadores debido al ajuste empresarial en los salarios<sup>25</sup>. Y ello a pesar de la recuperación de la productividad y de haberse producido signos positivos de crecimiento que se había estancado durante casi un lustro de ardua recesión económica.

La integración europea se fundamenta desde sus orígenes en la dimensión comercial y mercantil y no atiende directamente a los problemas de las economías europeas menos productivas como España, Grecia o Portugal. Ciertamente, el objetivo de la convergencia social es un reto lejano. Los países menos desarrollados de la Unión tienen unos salarios medios inferiores a la media europea, sin olvidar su déficit exterior y su acusado endeudamiento. Ello repercute en las altas tasas de desempleo y en las grandes cuotas de desigualdad, que se han visto potenciadas durante la fase de recesión económica. Ello muestra que la Unión Europea no consigue un justo equilibrio de sus sistemas productivos y muchos menos de sus mercados de trabajo, ya que dicha Unión está constituida por un conjunto muy heterogéneo de Estados. Incluso las diferencias han aumentado aún más tras la integración de los nuevos países incorporados entre el 2004 y 2013.

<sup>24</sup> Vid. Laulom, S. – Mazuyer, E. – Teissier, C. et altri, “How has the crisis affected social legislation in Europe?”, en *ETUI Policy Brief 2/2012*, ETUI, Bruselas, pp. 2-3.

<sup>25</sup> Sin duda, uno de los efectos esenciales de la recesión económica en el trabajo ha sido la pérdida de poder adquisitivo de los trabajadores. Generalmente, este hecho guarda una relación inversamente proporcional al aumento de las rentas salariales experimentado durante la fase de auge económico. Vid. Roche, W.K. – Teague, P., “Do recessions transform work and employment? Evidence from Ireland”, en *British Journal of Industrial Relations*, junio 2014, pp. 263-264.

## 5. EL DIFÍCIL ACOMODO DE LAS RECOMENDACIONES EUROPEAS EN LOS MERCADOS DE TRABAJO NACIONALES

La idea común que ha inspirado el proceso de reformas propuestas a los Estados Miembro de la Unión Europea se ha basado en materia laboral en la liberalización y desregulación de los mercados nacionales de trabajo. Ello supone más libertad en la fijación y dinámica de las condiciones de trabajo. La mayor flexibilidad del mercado de trabajo vendría a facilitar la competencia, lo que implica, a juicio de las recomendaciones, moderación salarial y renegociación de los convenios, a fin de permitir la entrada de nuevas inversiones extranjeras y la mejora de la competitividad.

El objetivo no es otro que alcanzar un ansiado propósito de una zona euro más competitiva a escala internacional. Efectivamente, países como Dinamarca, Holanda, Reino Unido e incluso Irlanda (aunque en menor medida)<sup>26</sup> aplicaron ya incluso antes de la crisis importantes reformas que han tenido un largo recorrido. Estos cambios se han basado en las mismas tesis flexibilizadoras y se han desarrollado durante largos períodos de tiempo. El FMI tuvo oportunidad de pronunciarse y apuntar como modelos de referencia las reformas impulsadas por dichos países. El proceso reformador se ha basado en una idea esencial, que es la reforma flexible de los mercados de trabajo para favorecer la confianza y la creación de empleo, acompañada por la moderación salarial. En cambio, la OIT demanda en época de recuperación económica el aumento de los salarios al mismo ritmo que la productividad, utilizando el salario mínimo como instrumento que permita dicho aumento de forma coordinada y consensuada por los agentes sociales. Evidentemente se trata de dos posiciones opuestas. Dos perspectivas muy diferentes de resolver una profunda y novedosa cuestión social.

El aumento del grado de flexibilidad de las relaciones laborales ha degradado la proyección de los derechos sociales fundamentales europeos, que suponen normas mínimas que caracterizan el modelo europeo. Las reformas nacionales han tenido un claro objetivo de desregulación de las normas laborales, ya flexibles y en muchos casos representan un claro retroceso desde el

<sup>26</sup> Países como Dinamarca, Holanda, Irlanda o Reino Unido apostaron por reformar el mercado laboral, moderando los salarios. Esta corriente ha sido acogida como receta por la Unión Europea y ha sido trasladada al resto de países, en especial a los países en crisis. Irlanda se ha visto igualmente influida por este proceso incluso posteriormente, potenciando los efectos de estas recetas al ser un Estado intervenido. Con carácter general, conviene indicar que las situaciones y los contextos de referencia no son idénticos, ni las medidas tienen la misma repercusión desde el punto de vista laboral.

punto de vista de protección laboral<sup>27</sup>. Sin duda, uno de los efectos de dichas reformas ha sido el aumento de las desigualdades y una mayor presencia de la inseguridad en el empleo<sup>28</sup>. Sin duda, ello afecta a la propia configuración jurídica de la noción de empleo de calidad, estrechamente ligada a la concepción del trabajo decente promovida por la OIT.

Las desigualdades son evidentes y se ven agravadas con motivo de las recesiones. Las desigualdades aumentan especialmente en los países menos desarrollados, y precisamente a estos países se les reclaman políticas de ajuste laboral que se manifiestan a la postre como un freno a la políticas redistributivas. Y ello unido a una progresiva y acusada reducción de los salarios que aumenta los márgenes de pobreza. Precisamente, la receta debería ser inversamente proporcional al nivel de pobreza del país, siendo precisamente en estos Estados más desfavorecidos donde deberían aplicarse menores ajustes laborales y sociales, que permitieran condiciones de trabajo más dignas y medidas de redistribución de la riqueza.

Este proceso liberalizador se contrapone jurídicamente con el propio concepto comunitario de flexiseguridad, que demanda un equilibrio justo y necesario en las relaciones laborales. En virtud de los principios asumidos por la Unión Europea, el aumento del margen de flexibilidad laboral tiene que convivir con un justo equilibrio, a fin de compensar las demandas liberalizadoras de las empresas y la necesaria protección de los trabajadores. De este modo, el aumento de la flexibilidad laboral y la liberalización de los mercados de trabajo tienen que combinarse con la mejora de la calidad de las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores. Ciertamente, el problema real es la traslación del concepto de flexiseguridad a las legislaciones nacionales. La flexiseguridad es una categoría jurídica que aplicada a la relación laboral no permite un fácil equilibrio de intereses y puede repercutir en la desigualdad de posiciones y generar inseguridad jurídicamente, justamente el efecto en principio no deseado.

<sup>27</sup> Vid. Annett, A., "Reform in Europe: what went right?", en *Finance and Development*, vol. 43, núm. 3, 2006: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2006/09/annett.htm> (formato on-line). Driffill, J. "European labour-market reform", 2013, marzo 2013, (formato on-line), publicado en el portal Vox Cepr's Policy Portal: <http://www.voxeu.org/article/european-labour-market-reform> (formato on-line)

<sup>28</sup> Vid. Clauwaert S, - Schömann, I., "The crisis and national labour law reforms: a mapping exercise". ETUI Working Paper 2012/04. Brussels: ETUI:

<http://www.etui.org/Publications2/Working-Papers/The-crisis-and-national-labour-law-reforms-a-mapping-exercise> (formato on-line)

Los ejemplos de flexibilidad que en el pasado consiguieron reducir las tasas de desempleo no siempre se ajustan a la noción de flexiseguridad. Y ello a pesar de que se trate de mercados de trabajo equitativos y con un alto grado de protección laboral, como sucede en los casos de Dinamarca o Países Bajos. Precisamente, en este contexto igualmente los países afectados por la crisis han registrado un efecto de falta de equidad en los efectos sociales de las reformas, que no han podido remover los obstáculos sociales que aún hoy persisten. Sin duda, la apuesta por un mercado flexible y desregulado convive con la imposibilidad de rebajar la tasa de pobreza, lo que ahonda en un claro efecto de la crisis. Las reformas laborales han creado un aumento de la desigualdad, sin olvidar problemas importantes de integración de los inmigrantes, cuyo número ha crecido considerablemente debido al efecto llamada del éxito precedente de la economía irlandesa.

Conviene preguntarse y analizar hasta qué punto estas reformas laborales son congruentes con el respeto de las garantías laborales y sociales, que vienen en definitiva a alterar y debilitar el modelo social europeo. Debemos plantearnos en qué medida las directrices europeas, que en muchos casos han sido vistas como auténticas imposiciones, contenían efectivamente grandes dosis de libertad a la hora de decidir internamente las medidas de ajuste apropiadas<sup>29</sup>. Es decir, en realidad se trata de fines, a los que se podía llegar con distintas políticas<sup>30</sup>. Una de las claves ha sido que las reformas se han ido adoptando bajo presiones externas en los distintos Estados. Actualmente, en un proceso de reactivación económica se comenta que una vez remitidos los efectos de la crisis es la hora del Derecho, propiciando cambios normativos estables orientados a un empleo digno y de calidad.

<sup>29</sup> En este sentido, se ha afirmado que se trata de un modelo de intervención que tienen en principio un menor grado de vinculación para los Estados. Sin embargo, dichos Estados han aplicado los ajustes laborales debido a la existencia de una relación de coercibilidad desde el punto de vista político. Vid. Cruz Villalón, J., “El impacto de la nueva gobernanza europea sobre las reformas nacionales de la legislación y políticas laborales”, en *Gaceta Sindical*, *loc. cit.*, p. 237. Incluso podíamos afirmar que las recomendaciones se han mostrado como una técnica especialmente efectiva y ha cumplido los objetivos perseguidos por las autoridades europeas, sobre todo, en comparación con las técnicas de ordenación clásicas del Derecho Social Europeo. Incluso podemos afirmar que el plano político se ha superpuesto al institucional e incluso ha relegado los procedimientos jurídicos de armonización utilizados tradicionalmente en Europa.

<sup>30</sup> En este sentido, se ha indicado que la responsabilidad de la adopción de determinadas medidas impopulares se suele atribuir a las directrices de consolidación fiscal impuestas por la Unión Europea. Con todo, se podría afirmar que estamos ante una mezcla entre las presiones y decisiones de las instituciones europeas y las decisiones adoptadas por los gobiernos nacionales. Estaríamos, pues, ante una responsabilidad al menos compartida. Vid. Pisarello, G., *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Trotta, Madrid, 2011, pp. 183-ss.

Este contexto afecta a las reformas del mercado de trabajo en Europa, que se desarrollan ante un futuro ciertamente complejo. El modelo de relaciones laborales se encuentra afectado por los cambios en las políticas económicas y sociales, modelo que tradicionalmente ha estado basado en la igualdad y solidaridad social, y ahora se ve afectado debido a una intensa presión de los mercados que genera conflictividad laboral y social. Esto es evidente en el ámbito de la Seguridad Social, pero igualmente esta conclusión se puede extrapolar a los mercados de trabajo, aunque la particularidad de cada uno de ellos implica medidas de distinta índole. Estamos ciertamente ante un proceso aún abierto. Incluso, hoy con índices evidentes de recuperación económica, el FMI y la OCDE siguen formulando recetas anticrisis, especialmente, volviendo a recomendar a España para 2015 la moderación salarial y la reducción de la dualidad del mercado de trabajo. Los gobiernos de los países más afectados por la recesión siguen adoptando medidas anticrisis y contrarrestando el endeudamiento con medidas específicas, y todo ello en un contexto político ciertamente cambiante que da lugar a sucesivos cambios de gobierno de distinto corte político.

Estas medidas flexibilizadoras propuestas internacionalmente tienen como premisas básicas el ajuste en la protección por desempleo, el aumento de la edad de jubilación ordinaria, la supresión de las prejubilaciones, la reducción de los salarios mínimos profesionales, la reducción de los niveles salariales pactados colectivamente, la negociación colectiva en clave de moderación salarial, la determinación flexible de las condiciones de trabajo y la desarticulación del sistema de negociación colectiva primando el ámbito de empresa como centro de negociación. A continuación, analizaremos las principales medidas de liberalización de las relaciones laborales, centrándonos exclusivamente en aquellas que afecta al mercado de trabajo.

## **6. EMPLEABILIDAD Y REDUCCIÓN DE LA DUALIDAD DEL MERCADO DE TRABAJO**

Uno de los efectos de la crisis económica ha sido el aumento de la pobreza, que está relacionado evidentemente con la situación de desempleo. Sin duda, la degradación de las condiciones de vida de los ciudadanos ha agudizado la extensión de la economía informal y el trabajo no declarado, que repercuten directamente en el sistema de protección del trabajo por cuenta ajena regularizado<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Efectivamente, Irlanda no se encuentra en las alarmantes cotas de desempleo de España, Grecia o Portugal, pero se ha ido debilitando su posición tradicional, al aproximarse a estos países

Todo ello configura una situación de precariedad laboral, que no viene compensada o protegida por el sistema público de Seguridad Social. Esto se produce en un período especialmente sensible, donde los efectos perniciosos de la crisis económica en las relaciones laborales ha necesitado de una respuesta de los sistemas de protección social. No obstante, la acción protectora de la Seguridad Social ha sido limitada debido a los importantes recortes sufridos en su financiación, que han repercutido en su ámbito de cobertura objetivo y subjetivo.

Ante esta situación se han priorizado las acciones de inserción laboral en los mercados de trabajo, propiciando la promoción de los grupos más vulnerables, como jóvenes, inmigrantes y personas con contratos temporales sin protección social. Una de las recomendaciones esenciales ha sido la mejora de los servicios de empleo, que tienen una cuota de intervención en el mercado de trabajo muy baja. El objetivo pretendido ha sido facilitar el acceso al trabajo y la colación en un mercado de trabajo mucho más dinámico y flexible. En este sentido, se ha concedido un importante margen de acción a la iniciativa privada en la intermediación en el mercado de trabajo. Junto a los servicios públicos de empleo y agencias de colocación privadas, actualmente una de las reformas especiales ha sido permitir a las empresas de trabajo temporal el ejercicio de una función de intermediación en el mercado de trabajo que excede el clásico papel de la cesión temporal de trabajadores.

Uno de los problemas que afectan especialmente a estos países es la dualidad de sus mercados de trabajo, debido al gran peso específico de la temporalidad y los problemas de permanencia y estabilidad en el empleo. Se trata de un problema que afecta a los grupos especialmente vulnerables como jóvenes,

con el paso de los años. La presencia del desempleo en la eurozona es un presupuesto que nos permite reflexionar sobre la flexibilidad de las legislaciones laborales, máxime cuando se considera que a pesar de los cambios en los mercados de trabajo, éstos no son lo suficientemente flexibles. Por otro lado, los salarios siguen creciendo a pesar del contexto económico, lo que dificulta las posibilidades de competitividad empresarial en comparación a otros modelos económicos basados en la desregulación laboral. Sin embargo, se entiende que una política de salarios altos no estaría en sintonía con las altas cotas de desempleo. Vid. Orlandi, F., "Structural unemployment and its determinants in the EU countries", *European Economy, Economic Papers*, 455, 2012, pp. 3-5. De Serres – Murtin - De La Maisonneuve, "Policies to Facilitate the Return to Work", *OECD Economics Department Working Papers*, OECD Publishing, forthcoming, 2012, pp. 11-ss. En este sentido, destaca muy especialmente la situación del desempleo juvenil. Incluso Mario Draghi llegó a apuntar que el modelo social europeo sería sostenible cuando los índices de desempleo juvenil descendieran en algunos países europeos. *The Wall Street Journal* (2012): *EEAG Report on the European Economy*, "Labour Market Reforms and Youth Unemployment", *CESifo, Munich 2013*, pp. 73-94 (<http://www.cesifo.org/eeag>).

mujeres y trabajadores de edad avanzadas. Dicha situación concurren con unos bajos índices de cualificación profesional. Efectivamente, se produce una verdadera segmentación de la población activa, con negativos efectos en el funcionamiento del mercado de trabajo, al producirse importantes diferencias entre diversos grupos sociales. No obstante, desde el punto de vista de las instituciones europeas el problema no gravita tanto respecto de los problemas de cohesión social, sino en relación a los obstáculos de crecimiento económico y productividad de una zona euro con un alto volumen de desempleo asociado a la temporalidad y la desocupación estructural. En este contexto las autoridades europeas vienen entiendo que las fórmulas neoliberales y desreguladoras son las propicias para revertir la situación, permitiendo reducir los problemas de dualidad del mercado laboral. Ello se contrapone lógicamente con las políticas tuteladoras de estos grupos de trabajadores vulnerables que encuentran especiales desventajas en el mercado de trabajo. Ciertamente, dicho tratamiento protector es ciertamente el único mecanismo para luchar contra las situaciones de precariedad laboral. Precisamente, dicha precariedad es un efecto directo de la segmentación laboral, siendo la desregulación y la rebaja de derechos una receta que no revierte la situación y en cambio reduce los márgenes de protección de los colectivos afectados.

La reducción de la dualidad del mercado de trabajo es un medio de luchar contra el elevado índice de desempleo estructural, receta que se recomienda en 2015 a los países de la eurozona. Este enfoque permite orientar la contratación hacia el empleo estable frente al acusado recurso a la temporalidad. Se trata de medio que impulsa la productividad y la competitividad empresarial, debido a la continuidad de la actividad empresarial del país. Los mercados de trabajo de la zona euro acusan una tasa alta de temporalidad laboral, que se sitúa en torno al 13% y países como Grecia o Portugal tienen una tasa de trabajo temporal de un 10%. Ciertamente se trata de un dato que no es comparable con la situación española. La temporalidad española es una de las más altas de la Unión Europea con un 23%, solamente superada por Polonia que registra un 26%.

Una de las medidas tendentes a atajar la temporalidad ha sido la previsión de cautelas legales que presumen el contrato de trabajo como indefinido<sup>32</sup>. Ello

<sup>32</sup> En este sentido, recomendamos el análisis de la evolución estadística de la temporalidad en la zona euro, que viene a atestiguar el carácter estructural de la temporalidad, que no deja de ser un límite para el crecimiento y competitividad de los países, especialmente aquellos cuyos ratios de temporalidad son más acusados. Vid. Caparrós Ruiz, A – Navarro Gómez, M<sup>a</sup>.L., “Temporalidad, segmentación laboral y actividad productiva: ¿existen diferencias regionales?”, en *Estadística Española*, Vol. 50, núm. 168, 2008, pp. 210-215.

beneficia la estabilidad en el empleo y permite a los trabajadores beneficiarse de las medidas de protección ligadas a los despidos individuales o colectivos, que están pensadas para los trabajadores estables. En esta materia la directriz comunitaria es clara. En el ámbito de la contratación laboral se insiste en la necesidad de simplificar los tipos contractuales, aun dejando un amplio margen de acción a los Estados Miembros. Sin duda, en este punto veremos como las opciones divergen según el país objeto de análisis. En este sentido, países como Portugal o Irlanda han optado por medidas de orientación de la contratación laboral hacia el contrato indefinido, mientras que España ha optado por la incorporación de un nuevo contrato fijo de apoyo a emprendedores con la posibilidad de un período de prueba de hasta un año.

Igualmente, la lucha contra la dualidad del mercado laboral pasa por asegurar garantías adicionales en beneficio de los trabajadores, que faciliten aún más presumir los contratos como indefinidos por disposición legal. Ello impide al empleador la posibilidad de despido sin causa y sin observar las cautelas relativas al procedimiento de despido. Esta limitación de la temporalidad se ha presentado como una necesidad de atajar la dualidad de los mercados de trabajo. Ciertamente, la contratación temporal tiene un peso específico importante, siendo este un rasgo característico de los sistemas productivos estacionales, como sucede en los países europeos del sur de Europa. Esta es una medida orientada no sólo a asegurar la estabilidad en el trabajo y las condiciones de empleo de garantía, sino también a favorecer la financiación estable de los sistemas de Seguridad Social debido al mantenimiento de las cotizaciones.

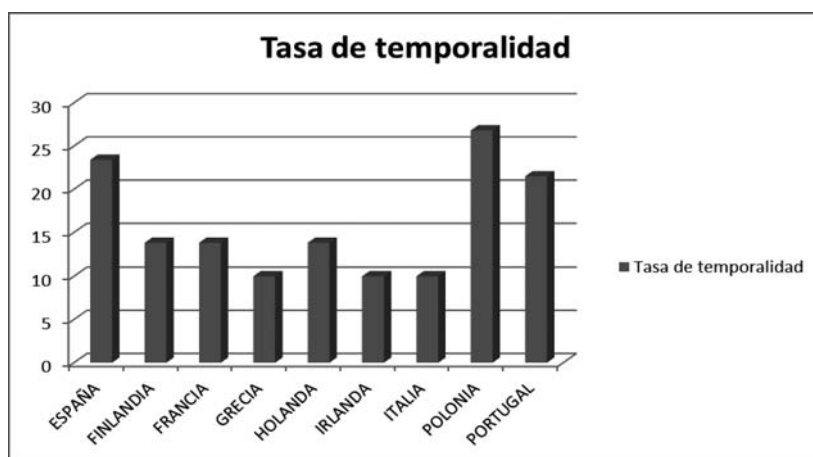
Sin duda, este es un debate que en realidad afecta a casi todos los Estados miembros y con carácter general se ha producido un proceso de adaptación de los contratos de trabajo atípicos<sup>33</sup>. La priorización del contrato indefinido se presenta, pues, como propuesta de contención de la contratación laboral de carácter estructural, es decir, los contratos temporales eventual y por obra y

<sup>33</sup> Como decimos, los problemas relacionados con la dualidad del mercado de trabajo se reproducen en el conjunto de países de la Unión Europea. A los efectos de profundizar en este tema se recomiendan los siguientes trabajos de investigación. Vid. Blanchard, O. – Landier, A., “The Perverse Effects of Partial Labour Market Reform: Fixed-Term Contracts in France”, en *Economic Journal*, Vol. 112, Núm. 480, 2002, pp. F214-F244. Bentolila, S., et al., “Two-tier Labor Markets in the Great Recession: France vs. Spain”, en *IZA Discussion Paper series*, núm. 5340, 2010, pp. 4-5. Hijzen, A. - Venn, D., “The Role of Short-Time Work Schemes during the 2008-09 Recession”, OCDE, 2011, pp. 25-27. Bentolila, S. – Dolado, J. – Jimeno, J.F., “The Spanish labour market: A very costly insider-outsider divide”, *VoxEU.org*, 20 January, 2012: <http://www.voxeu.org/article/jobless-spain-what-can-be-done-about-insider-outsider-divide> (formato electrónico).

servicio determinado. Estos contratos tienen una gran repercusión en países con ciclos productivos estacionales, como el caso de Grecia, España, Irlanda y Portugal, y ello supone un importante desajuste del mercado laboral. En este tipo de países la temporalidad estacional se sitúa en torno a dos tercios del total de los contratos temporales que se conciertan. Incluso en España esta proporción es superior y estos contratos temporales representan el ochenta y seis por ciento del conjunto de las contrataciones de duración determinada.

Las reformas se han proyectado especialmente a la reorientación de los contratos de trabajo a tiempo parcial y de duración determinada. Por lo que se refiere al contrato a tiempo parcial, dicha modalidad de contrato debería ser uno de los especialmente tratados por los posibles efectos de precariedad que pueden acarrear, buscando un equilibrio entre la flexibilidad laboral a favor de las empresas y la seguridad laboral para los trabajadores. La contratación temporal estructural está presente en todos los ordenamientos jurídico laborales europeos, e incluso cuentan con una Directiva específica sobre contratación temporal [Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, sobre el trabajo de duración determinada]. En el ámbito europeo rige el principio de causalidad del despido y la propia contratación temporal tiene que tener un fundamento causal. En caso contrario, estaríamos ante un tipo de contratación temporal vacía de contenido y, por ende, sin garantías jurídicas que permitan dotar condiciones de seguridad laboral. Y todo ello haría aún mucho más difícil la consecución del objetivo de la estabilidad en el empleo, que es una máxima que permite reducir la rotación laboral y la propia segmentación de los mercados de trabajo.

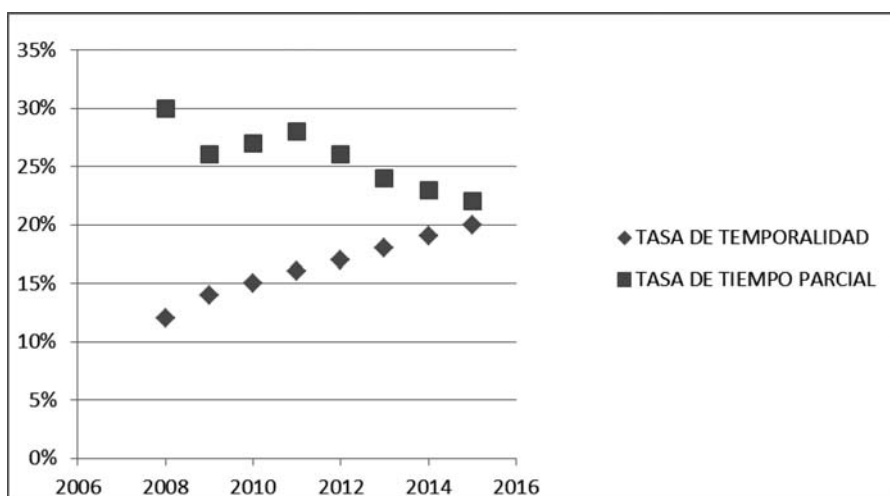
#### TASA DE TEMPORALIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA (selección de países)



Fuente Eurostat 2014

Desde el año 2006 España ha venido reduciendo su tasa de temporalidad, que llegó a alcanzar el 34,1%. Con todo, nuestro país sigue teniendo un índice de trabajo temporal de los más altos de la Unión Europea. España, con un 23,4%, es el segundo país con mayor tasa de temporalidad de la Unión, solamente superado por Polonia (26,8%). Ciertamente no se ha superado la segmentación laboral del mercado laboral español y habrá que esperar aún tiempo para comprobar si las reformas laborales han permitido el fomento del empleo estable y la reducción de la dualidad en materia de contratación laboral.

#### TASA DE TEMPORALIDAD Y DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL EN ESPAÑA



Fuente: MEYSS, 2014, Boletín de Estadísticas Laborales

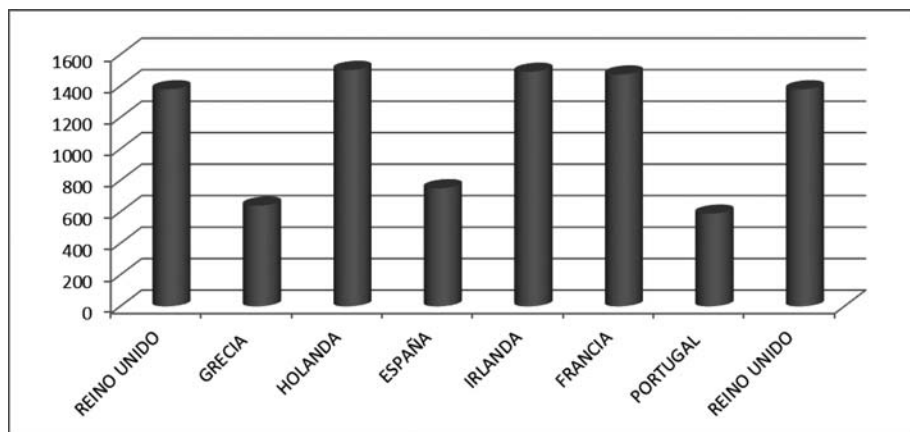
El cuadro representa el potencial crecimiento de la contratación a tiempo parcial en España, que ha ido aumentando progresivamente desde el inicio de la crisis y que ha sido fomentada por la reforma laboral de 2012. Por el contrario, la tasa de temporalidad ha decrecido en menor medida que el aumento del trabajo parcial. Ese descenso de la temporalidad no viene a significar un cambio en la segmentación del mercado de trabajo español, especialmente si tenemos en cuenta la proyección del contrato indefinido de apoyo a emprendedores desde 2012. Este contrato ha aumentado el índice de contratación indefinida, pero en realidad se trata de un contrato fijo que puede resolverse en fase de prueba durante un período de un año. Precisamente, dicho contrato ha canalizado una cuota importante de contratación temporal bajo una forma de trabajo indefinido ciertamente cuestionable.

## **7. PRINCIPALES MEDIDAS DE AJUSTE SALARIAL: REDUCCIÓN Y MODERACIÓN DE LOS SALARIOS**

La política salarial es uno de los aspectos que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea excluye como materia objeto de armonización (art. 153.5 TFUE). Sin embargo, ello no quiere decir que no sea un aspecto irrelevante para las instituciones comunitarias. El tratado excluye la posibilidad de ordenación del salario por los instrumentos tradicionales de armonización normativa, impidiendo influir a través de las directivas en la regulación del salario contenida en las legislaciones laborales nacionales. Sin embargo, es evidente que el análisis y seguimiento de los niveles salariales es un aspecto central de política económica. No cabe duda que no se trata de una materia neutra, ya que las propias instituciones comunitarias tienen un interés evidente en el seguimiento y la vigilancia de la evolución de los salarios en la economía de la zona euro. Las fluctuaciones salariales tienen un impacto cierto en la inflación, lo que condiciona directamente la estabilidad económica y, por tanto, se trata de un aspecto que afecta a las políticas de los estados.

Las recetas en materia de política salarial se pueden resumir en la reducción de los salarios en el sector público, la intervención en los salarios mínimos interprofesionales y la corrección del sistema de negociación colectiva sectorial. Estas medidas se han adoptado especialmente en los países intervenidos con motivo de la crisis económica por las autoridades europeas, justificando dichas medidas como una respuesta ante un proceso de subidas salariales progresivas adoptadas durante la época de pujanza económica. No obstante, este proceso se ha producido igualmente en otros mercados de trabajo donde el igualmente ha sido un problema el alza acusada en los salarios, que generó grandes desequilibrios. Por ejemplo, en el Reino Unido o en Holanda los promedios salariales negociados aumentaron considerablemente en relación al PIB nacional, y en muchos casos ello vino acompañado de un repunte de la conflictividad laboral. Ello ciertamente era un problema, que causaba importantes desajustes. Concretamente, en el Reino Unido la proliferación de las movilizaciones y las reivindicaciones laborales consiguieron aumentar los índices salariales a pesar de los bajos niveles de productividad.

### SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL (Selección de países europeos)



Fuente Eurostat 2015

En este cuadro no hemos incluido países como Dinamarca o Italia, que hemos utilizado como parámetro de análisis anteriormente. Ello se debe a que estos países no cuentan con un sistema de fijación de salarios mínimos de cobertura. Dichos países han optado por un modelo de liberalización en la ordenación salarial. Los Estados con los salarios mínimos más elevados son Luxemburgo, Bélgica, Holanda, Irlanda, Francia y Alemania

REINO UNIDO	GRECIA	HOLANDA	ESPAÑA	IRLANDA	FRANCIA	PORTUGAL
1379	640	1502	750	1490	1473	589

Desde el año 2008 los Estados han venido luchando contra el endeudamiento público con una de las recomendaciones europeas, que es la reducción de los salarios de los empleados públicos. Estos ajustes se han desarrollado en algunos casos con negociaciones, pero la nota común ha sido la adopción de las reducciones salariales sin concertación con los sindicatos. Generalmente, los Gobiernos y los sindicatos no han podido alcanzar un enfoque de consenso para asegurar una reducción de los salarios. Se estima que la reducción salarios de los empleados públicos en los Estados intervenidos oscila entre el 5% y el 15%, con efectos de 1 de enero de 2010. Sin duda, se trataba de una medida derivada de la grave recesión económica, que no se ha visto compensada con el paso de los años a pesar de los primeros síntomas de recuperación económica.

En el sector privado, la reducción de los niveles de salario mínimo interprofesional legal y convencionalmente acordados ha sido una de las propuestas. Se trata de una recomendación internacional orientada a compensar el impacto salarial en la competitividad de los mercados de trabajo. Ciertamente, en el ámbito europeo se entiende que la apuesta por los salarios mínimos tiene efectos positivos en el conjunto de las relaciones laborales, pero dichos salarios tienen que ser supervisados para evitar que no sean muy elevados y supongan un coste excesivo para la capacidad financiera de las empresas. Esta nueva corriente de política salarial se ha presentado como una medida orientada a favorecer los ajustes salariales de las empresas. Dicho objetivo se ha justificado bajo el propósito de afectar únicamente a los salarios más altos, sin que ello tuviera repercusión en los empleados con sueldos bajos, así como intentado reconducir dicha medida como un recurso que permite reducir los niveles de trabajo informal o no declarado. Sin embargo, se trata de propósitos lejanos de la realidad, ya que el ajuste salarial ha afectado a todas las capas de la población activa y, por otro lado, el trabajo informal sigue presente en las economías debido al aumento de la pobreza.

Estos cambios en los salarios profesionales previstos legalmente han convivido con un sistema mucho más flexible de determinación de los salarios. En esta línea de actuación se han movido especialmente países como Bélgica, Finlandia, Italia, Eslovenia, y España, siguiendo las recomendaciones europeas. En España el ajuste salarial se ha producido mediante el aumento de las posibilidades de disposición salarial por la inaplicación de los convenios colectivos. Esta es, sin duda, la receta más extendida, que ha canalizado los ajustes salariales mediante la reforma del sistema de negociación colectiva, buscando un mayor margen de flexibilidad del sistema para propiciar la reducción de los niveles salariales pactados.

Esta política de ajuste salarial ha intentado compensarse en algunos casos con bajadas de la imposición sobre el trabajo con el fin de no perjudicar gravemente el poder adquisitivo de los trabajadores y permitir la creación de nuevos puestos de trabajo. Estas medidas de acompañamiento fiscal a las políticas salariales se han producido especialmente en Holanda o Irlanda, surgiendo inmediatamente la pregunta relativa a si estas medidas solamente se pueden aplicar en países pequeños con mercados de trabajo con una población activa más reducida. Estos países han realizado importantes esfuerzos fiscales para intentar que la reducción de los salarios reales no afectara a la propia capacidad económica de los trabajadores. Se ha venido promoviendo una política basada en una rebaja de la presión fiscal sobre el trabajo acompañada por la moderación salarial.

Asimismo, conviene apuntar determinadas opciones más drásticas, como por ejemplo en el caso irlandés, que optó por la reforma del sistema del salario mínimo interprofesional previsto legalmente acompañado de algunos ajustes en el modelo de negociación colectiva. La propia Troika propuso a Irlanda medidas extremas, recomendando una rebaja del mínimo salarial previsto legalmente<sup>34</sup>. El salario mínimo irlandés llegó a ser uno de los más elevados de Europa. Actualmente, los salarios reales después de los impuestos han bajado, a pesar de su aumento previo a la crisis. Sin duda, ello ha creado tensiones sociales evidentes y un repunte de la conflictividad laboral. En el año 2010 el salario mínimo legal por hora se redujo en 1 euro, situándose en la tarifa del salario mínimo por hora a 7,65 euros. Dicha bajada del salario mínimo fue impopular y precisamente algunas decisiones del gobierno irlandés adoptadas a partir de marzo de 2011 estaban orientadas a derogar las medidas previamente adoptadas. El Gobierno en 2011 vino a aplicar una contrarreforma, restaurando los niveles de salario mínimo de 2010 y ello como una respuesta ante el aumento de la pobreza de la clase trabajadora. El nivel de salario mínimo fue automáticamente corregido mediante una subida compensadora, situándose en los 8,65 euros previstos inicialmente<sup>35</sup>.

## **8. LAS MEDIDAS DE DESCENTRALIZACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: LA INAPLICACIÓN DE LOS SALARIOS SECTORIALES**

La negociación colectiva se trata de otro de los aspectos alejados de los sistemas de armonización y es precisamente en este ámbito donde se han orien-

<sup>34</sup> La bajada del salario mínimo fue una de las propuestas de la Troika en las negociaciones de 2010, llegándose a contemplar un compromiso de reducción del salario mínimo nacional en torno a un 11%. En el Programa de Apoyo Financiero del FMI y la UE el gobierno irlandés se comprometió a establecer una revisión del sistema de salario mínimo nacional. Precisamente, antes de que el gobierno irlandés aceptara los términos del rescate, se aprobó el Plan Nacional de Recuperación 2011-2014 (National Recovery Plan 2011-2014). El plan anunció una serie de reformas estructurales en el mercado laboral dirigido a eliminar los obstáculos a la creación de empleo.

<sup>35</sup> Tras las elecciones generales a principios de 2011, un nuevo gobierno de coalición del Fine Gael / Laboralistas defendió la recuperación del nivel de salario mínimo. Una de las primeras medidas adoptadas por dicho gobierno fue revertir la reducción de la tarifa de salario mínimo por hora. Esta medida se incorporó en la Sección 22 de la Ley de Seguridad Social y Pensiones de 2011 (Social Welfare and Pensions Act 2011). La consolidación de la tasa de salario mínimo se consiguió después de una negociación específica con la Troika. No obstante, este incremento fue compensado por una reducción de las cotizaciones de las empresas a la Seguridad Social siempre que los salarios de los trabajadores superaran el nivel mínimo salarial previsto legalmente de forma interprofesional.

tado las principales recomendaciones estructurales. Una de las recetas en favor de la flexibilidad de las relaciones laborales ha sido la orientación de la negociación colectiva hacia el ámbito de empresa y en perjuicio de los bloqueos de regulación del sector. Ciertamente, estas reformas han venido igualmente a devaluar la propia influencia de los sindicatos en el ámbito de las relaciones laborales, debido al repliegue del convenio colectivo sectorial. Un claro ejemplo de ello es el proceso de moderación salarial propiciado en los países europeos en virtud de la inaplicación de los salarios negociados en el sector. Este proceso está en sintonía con las recomendaciones europeas, que apuestan por un sistema de fijación de salarios más flexible y más sensible con las circunstancias económicas del momento. Los cambios en materia negociación colectiva han sido muy importantes, permitiendo una rebaja significativa de los salarios pactados durante el ciclo económico de expansión previo a la crisis económica.

Uno de los aspectos más controvertidos del sistema de relaciones laborales ha sido la fuerte presencia de los salarios negociados sectorialmente, hasta el punto que se han presentado en la práctica como un auténtico sistema que opera en referencia al salario mínimo nacional. Este sistema se presenta como una fuente autónoma de determinación de los niveles salariales. De este punto, y especialmente en los sectores con más implantación sindical, los mínimos salariales se determinan realmente observando procedimientos de concertación social entre asociaciones sindicales y empresariales<sup>36</sup>. Este contexto se contrapone a las propias directrices reformadoras promovidas por las instituciones europeas.

Desde esta perspectiva se considera que los mercados de trabajo en la eurozona tienen que permitir una fijación de los salarios de forma libre, con el fin de que los niveles salariales finales sean competitivos y permitan el crecimiento de las economías nacionales. Durante el período de crisis uno de los aspectos sumamente relevantes ha sido la necesidad de contención salarial, debido a la pérdida progresiva de la competitividad empresarial. Dicho contexto ha fundamentado la proposición de medidas de ajuste salarial, en base a una evolución de los salarios, que ha sido un verdadero lastre para las empresas. Con todo, el ajuste ha sido muy duro y los trabajadores se han visto afectados no sólo por el ajuste salarial de las empresas, sino también por el efecto de la pérdida de salario ligado a

<sup>36</sup> Estos sectores y dichas prácticas de negociación sectorial de los salarios se analizan detenidamente en el siguiente estudio. Vid. *Report of Independent Review of Employment Regulation Orders and Registered Employment Agreement Wage Setting Mechanisms* (Dublin: Department of Jobs, Enterprise and Innovation, 2011).

la caída de los componentes salariales variables determinados en función de la productividad. Sin duda, la reciente recuperación de la economía está justificando la demanda por parte de las organizaciones sindicales de mejoras salariales que permitan compensar la pérdida del poder adquisitivo de los trabajadores. Sin embargo, estas pretensiones no encuentran apoyo por parte de las instituciones internacionales. Precisamente, el FMI sigue apostando por la contención salarial en los países de la eurozona.

Las autoridades europeas consideran que la ordenación flexible del salario permite reducir las asimetrías entre los distintos sistemas laborales europeos, que en definitiva dificultan el logro de una zona euro más competitiva desde el punto de vista internacional. En este punto, una de las críticas sindicales fue la conexión del ajuste y la moderación de los salarios sectoriales con cuestiones de competencia, máxime cuando ello supone un obstáculo a la libertad sindical y al derecho de negociación colectiva. Por su parte, la Comisión Europea entendía que los salarios sectoriales garantizados afectaban incluso a la política de competencia de las empresas desde el punto de vista de la comparación entre los distintos Estados Miembros, circunstancia ésta de sobreprotección laboral que se entendía que a la postre perjudicaba a la propia economía europea y a su mercado de trabajo. Desde finales de septiembre de 2008, los países europeos especialmente castigados por la recesión económica se enfrentaban a una grave crisis de su economía, que afectó a las empresas. Ello motivó que incluso las grandes empresas anunciaran que no podían seguir manteniendo el nivel salarial de sus empleados conseguido mediante los acuerdos sectoriales. Por otro lado, los sindicatos y las patronales tampoco han conseguido llegar a grandes acuerdos nacionales sobre la revisión de los salarios negociados.

Si tenemos en cuenta los ratios de competitividad, se ha apuntado que países como España, Grecia, Irlanda o Portugal deberían bajar sus índices salariales para estimular su situación en términos de competitividad. Por ejemplo, para mejorar la competitividad en términos de promedio respecto del entorno intracomunitario, Irlanda debería bajar sus salarios en un 22,8 por ciento, mientras que España un 8,1%. Y si hacemos mención a otros países en situación de crisis, Grecia un 16,3% o Portugal un 7,9%<sup>37</sup>. Como vemos, el ejemplo irlandés

<sup>37</sup> A efectos de profundizar en el debate europeo del ajuste salarial en el euro zona recomendamos los siguientes estudios. Vid. Moreno, E., “Los ‘peros’ de la recuperación: salarios más bajos y más competencias en los mercados, nuevos deberes para España”, en *El Siglo de Europa*, núm. 1054, 2014, pp. 59-ss. Pastor, J., “Europa ajusta salarios para mantener el empleo”, en *Consejeros: la revista del bueno gobierno y la responsabilidad corporativa*, núm. 42 (septiembre),

es el más alarmante, en la medida que se trata de un país que ha experimentado un crecimiento económico extraordinario durante la etapa previa a la crisis económica y ello ha afectado significativamente al alza en los niveles salariales. Con todo, estas recomendaciones de política salarial formulada desde la Unión Europea colisionan con el propio modelo social de relaciones laborales del proyecto comunitario. Ciertamente, la flexibilidad laboral y el ajuste en las condiciones laborales, especialmente las salariales, debería desarrollarse bajo criterios de equidad y justicia, promocionando la idea de trabajo digno impulsada por la propia OIT.

Esta reflexión última no impide pensar que cualquier tipo de subida salarial, incentivos o estímulos salariales con carácter general deberán estar orientados hacia su conexión directa con la productividad de las empresas. En su momento, a propósito del plan de estabilidad para Irlanda la Troika comunitaria manifestó su preocupación por las distorsiones de las condiciones salariales dada la presencia de salarios mínimos sectoriales. Estos salarios negociados en los sectores de actividad reforzaban el ya de por sí elevado salario mínimo nacional. Asimismo, e incluso en 2012, los convenios colectivos sectoriales registrados determinaban salarios mínimos muy por encima de la fijación salario mínimo legal.

Con todo, los sistemas de determinación de los salarios en los sectores de actividad daba cobertura a las principales empresas de los países de la zona euro, afectando prácticamente al conjunto de la industria y la construcción. Ello permitía homogenizar los salarios afectando a pequeñas y grandes empresas, especialmente a las pequeñas donde los sindicatos tienen menos poder de influencia y negociación. De este modo, la labor de las representaciones laborales y los acuerdos salariales de sector daban una respuesta eficaz a la diversidad del tejido empresarial. Un sistema de negociación colectiva que no cuente con una estructura de negociación asentada encuentra problemas evidentes de racionalizar los costes salariales para las empresas que concurren en mismo ámbito de actividad productiva. Desde esta perspectiva, los empresarios igualmente se podrían beneficiar de la estabilidad que ofrece este mecanismo de fijación de los salarios sectorialmente, máxime los empresario de un ámbito sectorial, donde las empresas compiten realmente entre si desde el punto de vista de

2009, pp. 45-47. Bilbao Ubillos, J. – Ochando Claramunt, C., “Salarios y costes laborales unitarios en la economía española: la distribución funcional de la renta en la etapa de crecimiento económico”, en Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales, núm. 27, 2012, pp. 12-ss.

los costes salariales. Es decir, los empresarios necesitan conocer con una cierta seguridad jurídica cuáles son los costes laborales soportados.

Así pues, esta tesis vendría a cuestionar la urgente necesidad de la reforma de los sistemas de determinación de los salarios en el sector. Incluso se llegó a cuestionar que estos acuerdos de sector dieran lugar a un aumento de los salarios que resultaban poco competitivos en la práctica. Este dato lo confirman las propias subidas salariales determinadas por las empresas individualmente o en virtud de acuerdos de empresa, que incluso venían a mejorar el salario mínimo nacional o los niveles salariales determinados sectorialmente. Sin duda, todo este debate sobre la inaplicación de los acuerdos de sector ha sido ciertamente intenso, produciéndose importantes críticas, especialmente debido al malestar causado por la devaluación salarial y la pérdida del poder adquisitivo de los trabajadores durante la crisis.

Ciertamente, este ajuste se ha producido inevitablemente como resultado del proceso de descentralización de la negociación colectiva. Este proceso de descentralización se ha mostrado como una prioridad esencial, que tienen efectos transversales en las relaciones laborales. Ello ha supuesto un cambio fundamental en las estructuras y en los procesos de negociación, que ha permitido relegar la negociación colectiva del ámbito nacional o sectorial de negociación en beneficio de los acuerdos de empresa. El giro a la negociación colectiva de empresa ha venido a suponer una quiebra de la noción de unidad del convenio colectivo, ya que se permite la concurrencia y aplicación en una misma empresa de convenios de diverso ámbito, que pueden incluso contradecirse entre sí. Ello tiene efectos especialmente sensibles en el ámbito de las pequeñas y medianas empresas, donde el modelo de negociación de empresa tiene un importante protagonismo. Esta nueva concepción de la negociación colectiva de empresa se ha orientado a materias esenciales, que permiten la gestión flexible de las condiciones de trabajo. Ello se ha justificado en la necesidad de regular en tiempo de crisis las condiciones laborales en la empresa, al ser éste el ámbito de negociación más cercano al poder de dirección y organización del empresario.

Como hemos visto, este mayor margen de flexibilidad del sistema de negociación colectiva ha permitido rebajar especialmente los costes salariales, pero igualmente ha permitido adaptar las condiciones de tiempo de trabajo. En este sentido, podemos destacar el aumento de las horas de trabajo, el trabajo a tiempo parcial y, en general, la flexibilidad de jornada por la vía de la negociación colectiva. Estos cambios normativos han permitido adaptar la duración de la jornada de trabajo, permitiendo la posibilidad de aumentar el número de horas (incluyendo el recurso a las horas extraordinarias). Asimismo, se ha avanzado en las

posibilidades de distribución flexible e irregular del tiempo de trabajo durante el año, reduciendo las compensaciones económicas por las alteraciones excepcionales de la jornada laboral. Ello ha sido empleado como mecanismo alternativo a la propia contratación de trabajadores. Es decir, la ordenación flexible del tiempo de trabajo se ha mostrado en la práctica como una medida de gestión y ajuste de los costes empresariales en materia de personal.

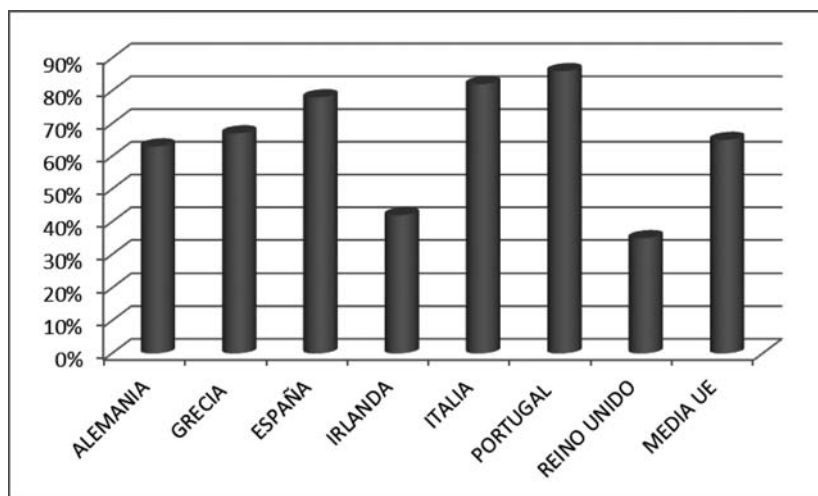
Sin duda, la descentralización de la negociación colectiva ha supuesto un aumento del margen de negociación en los niveles inferiores de negociación, de modo que la negociación colectiva de empresa tiene mayores posibilidades de regulación autónoma de las condiciones de trabajo, sin estar estrictamente condicionada por los convenios colectivos de sector<sup>38</sup>. Este mismo resultado se ha conseguido mediante la prioridad de la aplicación del convenio colectivo de empresa respecto del de sector. Se trata de una recomendación basada en los estándares europeos de reforma de los mercados de trabajo.

Esta reforma de la negociación colectiva ha tenido un mayor impacto en los países de los Estados del sur de Europa<sup>39</sup>. Con todo, a pesar de las reformas incorporadas, las instituciones europeas siguen insistiendo en la necesidad de una profunda remodelación del sistema de negociación colectiva. Se concibe aún hoy el sistema como un procedimiento poco ágil donde siguen teniendo mucha influencia los acuerdos colectivos alcanzados en el ámbito superior a la empresa, que influyen con gran intensidad en la negociación colectiva de ámbito empresarial. Por ello, podemos afirmar que la reforma en materia de negociación colectiva, a juicio de las autoridades europeas, ha sido muy tímida y ello requeriría aún una reforma global del proceso de negociación colectiva.

<sup>38</sup> Esta concepción de la negociación colectiva sienta las bases de un nuevo sistema, donde tiene un mayor espacio los acuerdos de empresa en la configuración de las condiciones laborales. El convenio de ámbito empresarial tiene más poderes a la hora de gestionar la dinámica de las condiciones laborales. Dicho cambio en la concepción de la negociación colectiva se configura como un proceso que permite la progresiva ampliación de la flexibilidad interna del contrato de trabajo. De este modo, se evitan los bloqueos sectoriales y se favorecen los acuerdos en el ámbito de empresa, aspecto clave que permite adaptar finalmente las condiciones de trabajo a las circunstancias sobrevenidas y cambiantes de las empresas.

<sup>39</sup> Al igual que Grecia, Irlanda, España o Portugal, otros países europeos han procedido a realizar importantes medidas a favor de la descentralización de la negociación colectiva. A título de ejemplo, podemos destacar el caso de Bélgica, cuya legislación laboral ha permitido ajustar los salarios negociados sectorialmente gracias a la posibilidad de negociar directamente estas cuestiones sin observar los límites sectoriales. Asimismo, en Italia se permitió a las empresas con dificultades económicas la posibilidad de inaplicar los convenios colectivos por acuerdos de empresa, desactivando los salarios pactados en la negociación colectiva sectorial.

## TASA DE COBERTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA



El cuadro representa los índices de cobertura de la negociación colectiva en una selección de países europeos. Cabe notar que no tenemos datos de cobertura de países como Dinamarca y Holanda, en cuyos sistemas la negociación colectiva tiene un modelo de desarrollo más informal y no existen datos registrados. Se trataría de un modelo plenamente liberalizado basado en la libre voluntad colectiva de los sujetos de las relaciones laborales. En países como el Reino Unido o Irlanda se desarrolla un modelo igualmente liberalizado, siendo sus tasas de cobertura las más bajas de la selección. En cambio en los países de nuestro entorno la tasa de cobertura se sitúa por encima de la media europea, lo que ha sido identificado por la Comisión Europea como uno de los principales indicios de rigidez laboral.

## 9. REFLEXIONES SOBRE LA INCIDENCIA DE LAS RECOMENDACIONES EUROPEAS EN EL CAMBIO DE MODELO DE RELACIONES LABORALES

Las medidas laborales analizadas han sido demandadas internacionalmente, orientándose a la creación de empleo. Se trata de un proceso de reformas reclamadas por las instituciones mundiales y europeas, que se dirigen no sólo a los sujetos de las relaciones laborales, sino especialmente a los mercados financieros y a la inversión extranjera. Son, pues, medidas en el mercado de trabajo que se proponen para dar confianza a los inversores externos. Una confianza

basada en la fortaleza y sostenibilidad de la economía europea. Se pretende que internacionalmente se observen los programas de reformas estructurales de nuestro sistema económico-financiero como medidas dirigidas desde la Unión Europea, medidas que tienen resultados tangibles y que son reflejo de una actuación coordinada que fortalece la zona euro.

Se ha pretendido reforzar la confianza de los mercados y la apuesta por el crecimiento y la creación de empleo concediendo un mayor margen de flexibilidad en las relaciones laborales. Sin embargo, dichos ajustes unidos a la idea de austeridad no han cumplido sobradamente las expectativas y esta liberalización de los mercados de trabajo no ha frenado el deterioro económico y la crisis del empleo. En cierto modo, la austeridad impulsada por los gobiernos ha tenido un efecto contrario, en la medida que han afectado a la financiación de las empresas y a la imposibilidad de acceso al crédito. Sin duda, ello ha repercutido en última instancia en las condiciones de trabajo y en el propio empleo.

Los mercados de trabajo no se han recuperado desde el inicio de la crisis en 2008 y ante las tímidas tasas de crecimiento difícilmente se atisba un cambio sustancial respecto de la creación de empleo. Es decir, la crisis de empleo ha sido tan dramática, que la situación actual no será compensada en breve plazo al ritmo de crecimiento de las economías de los países europeos. Sin duda, esta es una reflexión especialmente relevante respecto de los países que adoptaron las reformas laborales dirigidas por las instituciones comunitarias. El recurso a las reformas laborales como medida de lucha contra el desempleo ha sido cuestionado durante el período de crisis. La OIT considera que históricamente las reformas laborales no han generado empleo, de modo que el progreso económico no puede condicionarse a la desregulación laboral y al recorte de los derechos laborales. Por tanto, los ajustes en las legislaciones laborales no contribuyen directamente al fomento del empleo o a la reactivación económica.

Precisamente, en esta última etapa se han adoptado las medidas de flexibilidad laboral con la esperanza que los mercados reaccionaran positivamente, pero ello no ha tenido los resultados esperados. Desde esta perspectiva, no existiría ciertamente una relación directa entre las reformas laborales y los niveles de empleo. Precisamente la normativa objeto de reforma, marcada por su rigidez, ha conseguido en el pasado crear más empleo que los nuevos marcos legales flexibles. El caso de España es paradigmático. Una visión retrospectiva demuestra como con una legislación más rígida se pueden crear más empleo y de mejor calidad que con una legislación más flexible y orientada a los intereses empresariales de ajuste laboral. Asimismo, los países europeos con normas laborales más estables y garantistas, como Alemania o Francia, atestiguan índices

positivos en la evolución del empleo y en cambio sistemas con fuertes ajustes no aseguran una mejora en el funcionamiento del mercado de trabajo.

La crisis experimentada en la eurozona ha dado lugar a importantes sacrificios, que han repercutido especialmente en el ciudadano y que no se han repartido en justa proporción. Se ha producido una reconfiguración de los derechos sociales en la Unión Europea, consecuencia directa de los efectos derivados de la crisis económica. Este ajuste laboral ha afectado a los derechos fundamentales de los trabajadores, incidiendo muy especialmente en los principios constitucionales relativos a la libertad de trabajo y a la igualdad y no discriminación en el empleo y la ocupación<sup>40</sup>. Estamos ante principios esenciales que se proyectan como cláusulas de garantía respecto de los abusos en la contratación privada. Estamos evidentemente ante la transformación de los objetivos esenciales del Derecho del Trabajo, cuyo fundamento es la búsqueda del equilibrio en la relación de trabajo. Es decir, asegurar, en definitiva, la aplicación de condiciones de trabajo dignas y en igualdad de oportunidades<sup>41</sup>. Este tipo de reformas laborales deberían aspirar a conseguir el justo equilibrio, sumando esfuerzos comunes y sacrificios compartidos proporcionalmente entre trabajadores y empresarios. Y ello supone compensar adecuadamente las facultades flexibles de gestión de las relaciones laborales y el respeto de los derechos de los trabajadores.

No cabe duda que la propia crisis del empleo ha acentuado los desequilibrios en las relaciones laborales y ha excluido especialmente a los grupos de trabajadores más vulnerables del acceso o mantenimiento del empleo. Asimismo, las medidas de ajuste flexibilizadoras configuran un empleo más inestable y precario, especialmente presidido por el trabajo temporal y a tiempo parcial. Especialmente se produce un repunte del trabajo temporal, que da lugar a salidas involuntarias del mercado de trabajo y que genera inestabilidad laboral, provocando un exceso de rotación que incide directamente en los derechos de

<sup>40</sup> Ciertamente, la incidencia en los derechos constitucionales de los trabajadores es una de las consecuencias directas de la respuesta europea a la crisis económica y financiera. Vid. Baylos, A., “La deconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 61, 2013, p. 29. Vid. Chiti, E. – Teixeira, P.G., “The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis”, en *Common Market Law Review*, núm. 50, 2013, p. 684.

<sup>41</sup> Sin duda, la desregulación y la flexibilidad excesiva desfiguran la función compensadora del Derecho del Trabajo, que se presenta como el fundamento mismo de su razón de ser. Vid. Cohen, G.A., *History, Labour and Freedom: Themes from Marx*, New York, Oxford University Press, 1988, p. 255. Sen, A., “Equality of What?”, en *McCurrin S Tanner Lectures on Human Values*, Vol. 1, Cambridge: Cambridge University Press, 1980. Spector, H., “Philosophical Foundations of Labour Law”, *Florida State University Law Review*, Vol. 33, 2005-2006, p. 1119.

promoción profesional. En este período se han acentuado asimismo los niveles de empleo informal o sumergido ahondando en la precarización laboral.

Las reformas con motivo de la crisis han venido a recurrir a la legislación laboral dando instrumentos al servicio de la empresa, que se traduce en el fortalecimiento del poder empresarial y en la disminución de los derechos de los trabajadores. Dicho sacrificio se ha presentado como una condición necesaria para superar la crisis y permitir generar nuevas perspectivas de competitividad empresarial. Se facilita la adaptación de las empresas a la situación productiva y económica, modificando las condiciones salariales y laborales, e incluso permitiendo el ajuste de plantilla como vía de respuesta a los costes fijos de las empresas. Y todas estas medidas concebidas en el ámbito empresarial se adoptan en la confianza de que repercutan en el crecimiento de las economías, la mejora de la competitividad y la productividad de las empresas europeas. Ciertamente, la productividad y competitividad son claves empresariales inescindibles, que si no se alcanzan en niveles razonables las empresas están abocadas al fracaso, pero ello no tiene que suponer irremediamente la desatención de la función protectora de la legislación laboral.

Por todo ello, se ha venido a desconfigurar la función compensadora del Derecho del Trabajo, dirigida a igualar las posiciones y a evitar las desigualdades. Ciertamente, este objetivo no se ha cuidado sobradamente en los últimos tiempos. Desde esta perspectiva resulta que el Derecho del Trabajo se presentaría más bien como un obstáculo para la aplicación de determinadas políticas económicas. Y precisamente ello supone desmarcarse de la tradicional función del Derecho del Trabajo, concebido tradicionalmente como un mecanismo para compensar el poder de dirección y organización de la empresa<sup>42</sup>. En general son reformas de gran intensidad, tanto por el impacto de los cambios como por el conjunto de las materias afectadas, que deberían haberse esforzado en conseguir una orientación hacia un marco jurídico flexible, pero igualmente seguro y justo.

<sup>42</sup> En este sentido, se ha apuntado que se ha producido con estas reformas un cambio en la función propia del Derecho del Trabajo, mutando el objeto tradicional de la legislación laboral que deja de ser la protección del trabajo y favorece la salvaguarda de la empresa y la productividad. Los poderes públicos han venido, pues, a primar la defensa de la productividad empresarial. Vid. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., “Flexibilidad interna y externa en el RD-Ley 3/2012”, en *Diario La Ley*, núm. 7833, 2012 (La Ley 3157/2012). Valdés Dal Rés, F., “La ley de reforma del Mercado de trabajo: las singularidades de su objeto y los equívocos de sus objetivos”, en *Relaciones laborales*, 7, 2011, pp. 18-19. Cruz Villalón, J., “Hacia una nueva concepción de la legislación laboral”, en *Temas Laborales*, núm. 115, 2012, pp. 14-15.

Ello nos conduce inevitablemente al concepto de flexiseguridad, que afecta a materias esenciales como la contratación indefinida y temporal, flexibilidad interna, negociación colectiva, flexibilidad externa y los sistemas de intermediación y formación profesional. Las reformas adoptadas en este ciclo de crisis 2008-2014 han sido concebidas en virtud de las claves de la flexiseguridad, pero han fracasado en su objetivo de luchar contra la destrucción del empleo. Ciertamente, son medidas que no han frenado definitivamente los efectos de la recesión económica en los mercados de trabajo.

Las reformas ciertamente eran necesarias, ante la dramática situación de desempleo. Evidente con unas cotas de desempleo tan elevadas algunos cambios se debían realizar, sobre todo, en países que como España, Grecia, Irlanda o Portugal que superan la media europea. Esto implica la necesidad de aplicar medidas para afrontar un profundo problema social y económico como es el desempleo. Con todo, una reforma laboral no puede considerarse por sí misma como un factor de reactivación del crecimiento económico, aunque puede contribuir junto con otras medidas a alcanzar dicho objetivo<sup>43</sup>. Evidente los cambios normativos pueden ofrecer confianza y seguridad a empresarios y trabajadores, pero deben ir acompañados de otras medidas especialmente de carácter económico y financiero. Ciertamente, en el ciclo de crisis todo el mundo estaba de acuerdo en que era necesario reformar la legislación laboral, aunque no existía un consenso en cómo hacerlo. Los ajustes laborales realizados no son instrumentos específicamente ideados para la superación de una crisis, ni pueden solucionar por sí solas y de forma definitiva la recuperación económica y la creación de empleo.

La adaptación de los mercados de trabajo debe coordinarse con otras profundas reformas estructurales, especialmente del sistema financiero y del régimen tributario, que son especialmente las que pueden contribuir directamente a la resolución de la situación crítica aparejada a las fluctuaciones económicas y financieras. Estas reformas que pueden estimular la actividad económica son las que pueden revertir las cifras de desempleo y en este sentido las medidas laborales

<sup>43</sup> La reforma laboral tiene un papel coadyuvante de otras medidas estructurales, que de forma conjunta pueden estimular el cambio económico e invertir las tasas de productividad. Se trata de medidas de índole económica y financiera que pueden permitir la reactivación de la financiación y la reducción de la presión fiscal. Estos factores podrían asegurar conjuntamente con las medidas laborales un cambio de modelo productivo. Estas medidas coordinadas podría directamente repercutir en los mercados de trabajo y en la creación de empleo. Vid. Martín Jiménez, R. – Matorras Díaz-Caneja, A., “Trabajo y crisis económica: ¿Hay un trabajo mejor?”, en *Diario La Ley*, núm. 7878, 2012. (La Ley 6622/2012).

paralelas, sin duda, pueden tener un efecto positivo, sobre todo, si se orientan al fomento de la contratación laboral. La OIT, desde la perspectiva del trabajo decente, ha sostenido que las reformas laborales no contribuyen a la recuperación y al crecimiento de la economía. No cabe duda que las reformas laborales pueden ayudar y ser un factor que junto con otras medidas permitan reactivar la económica y crear empleo, asegurando condiciones de estabilidad y calidad<sup>44</sup>. La idea sería, pues, configurar unos marcos legales, que a pesar de los profundos cambios, beneficien de forma equilibrada a empresarios y trabajadores. Ciertamente, el problema en toda reforma laboral es conseguir dicho equilibrio en una relación jurídica como la de trabajo de por sí descompensada. Precisamente, esta ha sido uno de las críticas a las reformas laborales implementadas con motivo de la crisis, su orientación a satisfacer los mercados, creando una situación especialmente sensible desde el punto de vista de la igualdad y la solidaridad social.

Los ajustes laborales en los países europeos se han contextualizado en una situación de permanente emergencia. Dichas medidas se han diseñado en virtud de una política de urgente necesidad para solucionar situaciones excepcionales, especialmente en relación a la contención del desempleo. Efectivamente, la necesidad de rebajar los costes salariales ha primado sobre el despido. El análisis crítico de las reformas permite en muchos casos calificar las medidas como improvisadas, sin que la urgencia sea una causa de justificación. Incluso el carácter urgente de las medidas ha aumentado el protagonismo del papel de los gobiernos europeos desde el punto de vista de la política legislativa laboral, y ello en detrimento de la propia discusión parlamentaria de las medidas adoptadas y el propio diálogo social con los agentes sociales.

Estas reformas adoptadas por la vía de urgencia se caracterizan por su carácter dirigido. Las recomendaciones europeas se han basado en un dialogo bilateral y vertical entre las autoridades europeas y nacionales, lo que repercute negativamente en los intereses colectivos y en el diálogo social. Sin duda, este proceso de reforma alejado de los procedimientos normativos europeos ha afectado especialmente al diálogo social. Ello ha venido a reducir el papel de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en el ámbito europeo. Ciertamente, se reducen las posibilidades de conocer los intereses colectivos de los agentes sociales, que se ven desplazados de la ordenación de las medidas que deberán observar posteriormente.

<sup>44</sup> Vid. OIT, *Trabajo en el mundo 2012: mejores empleo para una mejor economía*, Ginebra, 2012. OIT, *Tendencias mundiales del empleo 2012: prevenir una crisis mayor del empleo*, Ginebra, 2012.

Ciertamente, en este contexto tiene un menor protagonismo el diálogo social que debe inspirar las reformas laborales. Ello es especialmente importante debido a que se trata de cambios estructurales que afectan a los derechos básicos de los trabajadores. El diálogo social debería ser un factor esencial, máxime cuando no estamos ante medidas laborales transitorias, sino ante verdaderos ajustes que reconfiguran el sistema de protección jurídico-laboral. Esta relativización del diálogo social afecta a la propia configuración de los agentes sociales como sujetos clave del proceso de configuración del mercado de trabajo.

La concertación social es un factor clave que permite una adecuada aplicación de las medidas laborales previstas y asienta un contexto de corresponsabilidad y colaboración entre el gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales. Los ajustes laborales concertados permiten asegurar, pues, un mínimo consenso que se transmitirá posteriormente a la propia fase de aplicación de los ajustes laborales, reduciendo los niveles de conflictividad laboral, que tan negativos efectos tienen desde el punto de vista la economía nacional. Sin duda, la falta de consenso ha sido fundamental. Los empresarios han entendido que los cambios han sido tímidos y, por su parte, los trabajadores consideran que las reformas imponen un recorte injusto de derechos. En definitiva, en estos temas centrales no ha habido consenso social debido al carácter anti-popular de las medidas adoptadas. Ciertamente este un aspecto preocupante en la medida que el diálogo social es un elemento propio de un Estado Social y Democrático de Derecho y permite configurar un modelo democrático de relaciones laborales<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> Este proceso de relativización del diálogo social ha sido igualmente destacado en el debate español respecto de las reformas laborales adoptadas en tiempos de crisis. Debido al reconocimiento constitucional de la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva se ha indicado que vaciar de contenido el diálogo social supone apartarse del modelo colectivo de relaciones laborales. Vid. Baylos, A., “La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral de 2012”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 61, p. 19-41.



# LA PROHIBICIÓN DE INCREMENTAR INJUSTIFICADAMENTE LAS BASES DE COTIZACIÓN EN EDADES PRÓXIMAS A LA JUBILACIÓN\*

FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Acreditado a Catedrático de Universidad  
Universidad Pompeu Fabra*

## EXTRACTO

**Palabras clave: Fraude de ley; base de cotización; incremento injustificado; pensión de jubilación; Seguridad Social.**

El presente estudio tiene por objeto analizar la previsión legal contemplada en el artículo 162 (apartados 2º, 3º y 4º) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que, a la hora de calcular la base reguladora de la pensión de jubilación, impide computar los incrementos de las bases de cotización producidos en los dos últimos años, cuando éstos sean consecuencia de aumentos salariales superiores al incremento medio interanual experimentado en convenio colectivo aplicable; cuando provengan de decisiones unilaterales del empresario en el ejercicio de sus facultades organizativas; o cuando deriven de pactos efectuados en función del cumplimiento de una determinada edad próxima a la jubilación. La finalidad de estas reglas, y de sus excepciones, es la de evitar incrementos injustificados de las bases de cotización a los efectos de aumentar artificialmente la pensión de jubilación. En este punto, una interpretación jurisprudencial extensiva del fraude, podría lesionar el derecho a la promoción económica a través del trabajo reconocido en el artículo 35.1 de la Constitución Española, y otros principios del Derecho del Trabajo.

## ABSTRACT

**Key words: Legal fraud; base of contribution; unjustified increase; retirement pension; Social Security.**

This study aims to examine the legal provisions referred to article 162 (paragraphs 2, 3 and 4) of the Consolidated Text of the General Law on Social Security. This norm prevents increases of the contribution bases produced in the two previous years of the pension retirement. These increases not allowed in order calculating the regulatory base of the pension, can be produced because of salary increases higher to annual average increase established in collective agreement; because of unilateral decisions by employers in the performance of his organizational powers; or because of agreements made between employer and worker near to retirement. The purpose of the rules contained in that provision, and its exceptions, is to avoid artificial increases in contribution bases without reasonable justification, as the sole purpose is increasing the retirement pension. Despite the work done by the courts, a broad interpretation of fraud could damage the right to economic promotion through work recognized in Article 35.1 of the Spanish Constitution, and other principles of the labor law.

\* El presente estudio ha sido desarrollado en el marco del proyecto de investigación titulado: "Edad, empleo y vulnerabilidad social" (2014-2016), financiado a cargo del Ministerio de Economía y Competitividad, y con número de referencia: DER 2013-47917-C2-1-R.

## ÍNDICE

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y DELIMITACIÓN DE LA MATERIA OBJETO DE ESTUDIO
2. EL PERÍODO DE TIEMPO AL QUE SE CIRCUNSCRIBE LA PROHIBICIÓN DE INCREMENTAR INJUSTIFICADAMENTE LAS BASES DE COTIZACIÓN
3. LA CARGA DE PROBAR LA CONDUCTA FRAUDULENTE
4. CASOS EN QUE OPERA LA PRESUNCIÓN DE FRAUDE
  - 4.1. Aproximación conceptual al fraude de ley en el incremento injustificado de bases de cotización
  - 4.2. Los incrementos salariales superiores al incremento medio interanual convencional o sectorial
  - 4.3. Los incrementos salariales producidos por decisión unilateral del empresario en virtud de sus facultades organizativas
  - 4.4. Los incrementos salariales pactados exclusiva o fundamentalmente en función de la edad de jubilación
5. EXCEPCIONES A LA PRESUNCIÓN DE FRAUDE
  - 5.1. Los incrementos salariales por antigüedad y ascensos previstos legal o convencionalmente
  - 5.2. Los incrementos salariales por conceptos retributivos previstos legal o convencionalmente
  - 5.3. Los incrementos salariales justificables por otras vías
6. EFECTOS DEL INCREMENTO INJUSTIFICADO DE LAS BASES DE COTIZACIÓN
7. CONCLUSIONES

## 1. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y DELIMITACIÓN DE LA MATERIA OBJETO DE ESTUDIO

El artículo 162 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (en adelante TRLGSS) recoge en sus apartados 2º, 3º y 4º, toda una serie de reglas que pretenden impedir la elevación arbitraria de las bases de cotización durante los años cercanos a la jubilación, con el ánimo de incrementar así la base reguladora, y en consecuencia, la cuantía de dicha pensión<sup>1</sup>. Al análisis de dichos apartados vamos a dedicar las siguientes páginas, adelantando, por de pronto, que la redacción de este precepto es desordenada y poco rigurosa, y hubiera exigido una mayor precisión, máxime si se tiene en cuenta que están en juego toda una serie de expectativas prestacionales<sup>2</sup>. Por si fuera poco, y como

\* El presente estudio ha sido desarrollado en el marco del proyecto de investigación titulado: “Edad, empleo y vulnerabilidad social” (2014-2016), financiado a cargo del Ministerio de Economía y Competitividad, y con número de referencia: DER 2013-47917-C2-1-R.

<sup>1</sup> Según dicho precepto: “2.- Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del artículo 120, para la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación, en su modalidad

veremos más adelante, las recientes reformas legislativas producidas en el ámbito del Derecho individual del Trabajo (sobre sistemas de clasificación profesional), o en el de la negociación colectiva (sobre concurrencia de convenios colectivos), han afectado directamente a la materia objeto de estudio, generando incertidumbres que exigirán a su vez interpretaciones correctoras.

El antecedente normativo de dicho precepto hay que buscarlo en el Real Decreto Ley 13/1981, de 20 de agosto, sobre determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación de la Seguridad Social<sup>3</sup>, norma que se dictó como consecuencia del Acuerdo Nacional sobre Empleo suscrito el 9 de junio de 1981 entre el Gobierno y las patronales y sindicatos más representativos, con el ánimo de luchar contra el fraude en materia de Seguridad Social, evitando determinadas irregularidades que se registraban en la fijación de la base reguladora de la pensión de jubilación<sup>4</sup>, que en aquel entonces se calculaba dividiendo entre veintiocho la suma de las bases de cotización a la Seguridad Social de un período ininterrumpido de veinticuatro meses, elegido por el beneficiario dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha en que causaba el derecho a la pensión.

*contributiva, no se podrán computar los incrementos de las bases de cotización, producidos en los dos últimos años, que sean consecuencia de aumentos salariales superiores al incremento medio interanual experimentado en el convenio colectivo aplicable o, en su defecto, en el correspondiente sector. 3. Se exceptúan de la norma general establecida en el apartado anterior los incrementos salariales que sean consecuencia de la aplicación estricta de las normas contenidas en disposiciones legales y convenios colectivos sobre antigüedad y ascensos reglamentarios de categoría profesional. No obstante, la referida norma general será de aplicación cuando dichos incrementos salariales se produzcan exclusivamente por decisión unilateral de la empresa en virtud de sus facultades organizativas. Quedarán asimismo exceptuados, en los términos contenidos en el párrafo anterior, aquellos incrementos salariales que deriven de cualquier otro concepto retributivo establecido con carácter general y regulado en las citadas disposiciones legales o convenios colectivos. 4. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en ningún caso se computarán aquellos incrementos salariales que excedan del límite establecido en el apartado 2 del presente artículo y que hayan sido pactados exclusiva o fundamentalmente en función del cumplimiento de una determinada edad próxima a la jubilación”.*

<sup>2</sup> Salvador Perez, F., Blasco Raseró, C., “Artículo 162”, en AA.VV. *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*, ed. Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 1058 y ss. Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, *Información Laboral. Jurisprudencia*, nº 4, 2009, pág. 12 y ss.

<sup>3</sup> BOE de 29 de agosto de 1981.

<sup>4</sup> García Ninet, I., “En torno a la supervivencia del Real Decreto-Ley 13/1981, de 20 de agosto sobre determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación (breve comentario)”, *Tribuna Social*, nº 19, 1992, pág. 58 y ss. De La Fuente, D., “Incremento de bases de cotización en los períodos previos a la jubilación. Nuevas normas promulgadas para la determinación de la base reguladora”, *Consell Obert*, nº 100, 1996, pág. 25 y ss.

A tal efecto, determinaba su artículo 1.1, que de la base de cotización se eliminarían los incrementos de los dos últimos años, que fueran superiores al interanual experimentado en el Convenio Colectivo aplicable o, en su defecto, al incremento medio del correspondiente sector, excepto en toda caso: los incrementos salariales que fueran consecuencia de antigüedad o ascensos reglamentarios, y cuya realidad y legalidad pudiera verificarse. Dicha norma asumía la doctrina que el extinto Tribunal Central de Trabajo<sup>5</sup> había sentado al respecto.

El artículo 162 del actual TRLGSS en sus apartados segundo, tercero y cuarto, recoge literalmente lo dispuesto en el artículo 1 del Real Decreto-Ley 13/1981, al que deroga expresamente<sup>6</sup>, y prohíbe incrementar artificialmente las bases de cotización de la pensión de jubilación a través de aumentos salariales injustificados, en lo que sería una manifestación del fenómeno habitualmente conocido como de compra de prestaciones. La finalidad de las reglas contenidas en el precepto que analizamos sigue siendo la de evitar el fraude prestacional, a través de incrementos artificiales de las bases de cotización sin justificación razonable, y a los solos efectos de incrementar la pensión de jubilación<sup>7</sup>. O si se quiere, la de evitar irregularidades que permitan prestaciones de jubilación sobre cotizaciones no ajustadas a niveles salariales reales<sup>8</sup>.

Dicho precepto constituye una excepción concreta y expresa a lo dispuesto en el artículo 120.2 del TRLGSS, que establece que la cuantía de las pensiones se determinará en función de la totalidad de las bases por las que se haya efec-

<sup>5</sup> STCT de 25 de febrero de 1982 (RTCT 1982/313); STCT de 6 de junio de 1983 (RTCT 1983/5219); STCT de 2 de diciembre de 1986 (RTCT 1986/12966).

<sup>6</sup> Así lo establecía la Disposición Derogatoria, letra f), de dicha norma.

<sup>7</sup> Alarcón Caracuel, M.R., González Ortega, S., *Compendio de Seguridad Social*, ed. Tecnos, Madrid, 1991, pág. 274. Almansa Pastor, J.M., *Derecho de la Seguridad Social*, ed. Tecnos, Madrid, 1991, pág. 473. Alonso Olea, M., Tortuero Plaza, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, 18ª ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 352. Gorelli Hernández, J., Rodríguez Ramos, M.J., Vílchez Porras, M., *Sistema de Seguridad Social*, 12ª ed. Tecnos, Madrid, 2010, pág. 263. Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C.M., Quesada SegurA, R., *Manual de Seguridad Social*, 10ª ed. Tecnos, Madrid, 2014, pág. 377. Blasco Lahoz, J., López Gandía, J., *Curso de Seguridad Social*, 6ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 519. Gorelli Hernández, J., Vílchez Porras, M., Álvarez Alcolea, M., Val De Tena, A.I., Gutiérrez Pérez, M., *Lecciones de Seguridad Social* 4ª ed. Tecnos, Madrid, 2014, pág. 270. Martínez Abascal, V.A., Herrero Martín, J.M., *Curso de Derecho de la Protección Social*, ed. Tecnos, Madrid, 2013, pág. 372.

<sup>8</sup> Salvador Pérez, F., Blasco Rasero, C., “Artículo 162”, en AA.VV. *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*, ob. cit. pág. 1058 y ss. Fernández Orrico, F.J., *La Inspección de Trabajo frente al fraude en las prestaciones de Seguridad Social*, ed. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2014, pág. 366 y ss.

tuado la cotización durante los períodos que se señalen<sup>9</sup>. Y a través del mismo, el legislador establece una presunción legal de fraude, que trata de atajar tanto los incrementos reales de las bases de cotización, aunque injustificados, como los incrementos nacidos de la pura simulación<sup>10</sup>.

Además, el artículo 162 del TRLGSS es una norma que no puede aplicarse por analogía a otras situaciones protegidas, como es la incapacidad permanente (lo que no impide investigar las bases de cotización que dieron lugar a tal pensión por si pusieran de manifiesto una actitud fraudulenta ordenada a la obtención de una mejor prestación). Otro tanto respecto de las pensiones de viudedad y de orfandad, puesto que el hecho causante es impredecible, y resulta difícil entender que alguien pueda estratégicamente incrementar la base de cotización en los dos años anteriores al hecho causante<sup>11</sup>.

Hay que tener en cuenta que en el nivel contributivo de la Seguridad Social, la acción protectora busca fundamentalmente suplir la pérdida de retribuciones derivadas de la imposibilidad temporal o definitiva de la actividad profesional como consecuencia de la actualización del riesgo o contingencia de que se trate, a través de prestaciones económicas sustitutivas. Pero dicha acción protectora ha de respetar el principio de solidaridad (que apela a un sistema de Seguridad Social basado a su vez en el principio de reparto y no en el de la estricta capitalización), y el principio de igualdad (por el que dos trabajadores con un mismo esfuerzo de cotización no pueden cobrar de modo diferente). Teniendo en cuenta que está prohibido el lucro insolidario de prestaciones públicas de Social, es fraudulento el acto consistente en incrementar artificialmente las bases de coti-

<sup>9</sup> Por otra parte, en aplicación de lo dispuesto en el art. 109.1 del TRLGSS: “*La base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, tanto en metálico como en especie, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser ésta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena...*”. En términos similares se expresa el artículo 23.1 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social.

<sup>10</sup> Rivas Vallejo, P., “Cuantía de la prestación”, en AA.VV. *Pensiones por jubilación o vejez*, ed. Thomson Aranzadi, Madrid, 2004, pág. 173. Vivas Larruy, A., “A vueltas sobre el incremento de bases de cotización a efectos de la pensión de jubilación”, *Consell Obert*, n° 102, 1996, pág. 32 y ss.

<sup>11</sup> Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, ob. cit. pág. 14. Rivas Vallejo, P., “Cuantía de la prestación”, ob. cit. pág. 176.

zación con vistas a obtener una mayor pensión de jubilación, dado que dicha conducta va en contra de estos principios de solidaridad e igualdad<sup>12</sup>.

Tampoco hay que olvidar que la lucha contra el fraude a la Seguridad Social es un tema especialmente trascendente que ha justificado la adopción legislativa de ciertas medidas, expresadas recientemente en la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social<sup>13</sup>.

## **2. EL PERÍODO DE TIEMPO AL QUE SE CIRCUNSCRIBE LA PROHIBICIÓN DE INCREMENTAR INJUSTIFICADAMENTE LAS BASES DE COTIZACIÓN**

Inicialmente, el artículo 5 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y el desarrollo de la prestación de vejez en el Régimen General de la Seguridad Social, establecía que, a efectos de determinar la cuantía de la pensión de vejez (jubilación), la base reguladora sería el cociente que resultase de dividir por veintiocho, la suma de las bases de cotización del trabajador durante un período ininterrumpido de veinticuatro meses naturales, aún cuando dentro del mismo existiesen lapsos en los que no hubiera habido obligación de trabajar.

Con dicha norma, podría tener sentido la regulación estipulada por el Real Decreto-Ley 13/1981 sobre determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación, hoy integrada en el artículo 162 del TRLGSS, a efectos de evitar el incremento injustificado de las bases de cotización durante el período de dos años (veinticuatro meses) anteriores al hecho causante<sup>14</sup>. Es decir, el que la regla

<sup>12</sup> Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, ob. cit. pág. 4 y ss.

<sup>13</sup> Es más, la Ley Orgánica 7/2012 de 27, de diciembre, ha modificado a su vez la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, dando una nueva redacción al artículo 307 de dicho texto, el cual describe distintas conductas delictivas constitutivas de fraude a la Seguridad Social. Véase: Escobar Jiménez, R., “Aspectos relevantes del renovado delito de fraude de cotizaciones: notas para un debate”, en AA.VV. *Sostenibilidad y lucha contra el fraude en la Seguridad Social*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 65 y ss. También: Criado Gámez, J.M., “El nuevo delito de fraude de prestaciones de Seguridad Social: una visión crítica”, en AA.VV. *Sostenibilidad y lucha contra el fraude en la Seguridad Social*, ob. cit. pág. 87 y ss.

<sup>14</sup> García Ninet, I., “En torno a la supervivencia del Real Decreto-Ley 13/1981, de 20 de agosto sobre determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación (breve comentario)”,

se circunscribiera a los dos años inmediatamente anteriores al hecho causante, se debía a que en el año 1981, a la hora de calcular la base reguladora de la pensión de jubilación, se tomaban las bases de cotización del trabajador durante un período ininterrumpido de veinticuatro meses naturales.

Ahora bien, a medida que las sucesivas reformas legislativas en esta materia<sup>15</sup>, han ido incrementando no solamente los períodos mínimos de cotización necesarios para acceder a la pensión de jubilación, sino incluso el número de años que se deben tener en cuenta para el cálculo de la base reguladora, la doctrina científica<sup>16</sup> discutió sobre la necesidad de ampliar o no el plazo de dos años de prohibición de incremento injustificado de las bases de cotización. Y así por ejemplo, mientras que algunos autores<sup>17</sup> defendieron abiertamente que dicho plazo resultaba insuficiente y que habría que extenderlo a todo el nuevo período que cabría tener en cuenta para el cálculo de la base reguladora, otros<sup>18</sup>, por el contrario, defendían que el citado plazo, a falta de una reforma legislativa expresa, continuaba en vigor.

op. cit. pág. 58 y ss. De La Fuente, D., “Incremento de bases de cotización en los períodos previos a la jubilación. Nuevas normas promulgadas para la determinación de la base reguladora”, ob. cit. pág. 25 y ss. Rodríguez Gutiérrez, J., “Incrementos injustificados de las bases de cotización ante la proximidad de la jubilación”, en AA.VV. *Análisis de diversas cuestiones en materia de Seguridad Social*, ed. Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pág. 244 y ss. Alegre Nuño, M., “Incrementos en las bases de cotización: ¿Son siempre admisibles para calcular la pensión de jubilación?”, *Capital Humano. Revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos* n° 229, 2009, pág. 122. Maldonado Molina, J.A., “Incrementos fraudulentos de bases de cotización”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. 4, n° 1, 2011, pág. 35 y ss. Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, ob. cit. pág. 2 y ss. Rivas Vallejo, P., “Cuantía de la prestación”, ob. cit. pág. 174, quien analiza la misma fórmula en otros ordenamientos jurídicos, como el italiano.

<sup>15</sup> Iniciadas con la Ley 26/1985, de 31 de julio, de Medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social, y continuadas con la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, y con la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. Las distintas reformas legislativas han ido ampliando el período de cómputo de la base reguladora de la pensión de jubilación incrementándolo a ocho, quince y actualmente veinticinco años anteriores al hecho causante.

<sup>16</sup> Un análisis sobre dicha discusión doctrinal: Rodríguez Gutiérrez, J., “Incrementos injustificados de las bases de cotización ante la proximidad de la jubilación”, ob. cit. pág. 244 y ss. Rivas Vallejo, P., “Cuantía de la prestación”, ob. cit. pág. 175.

<sup>17</sup> Véase: Ordeig Fos, J.M., *El sistema español de Seguridad Social*, ed. EDERSA, Madrid, 1993, pág. 296.

<sup>18</sup> Alarcón Caracuel, M.R., González Ortega, S., *Compendio de Seguridad Social*, ob. cit. pág. 274. Almansa Pastor, J.M., *Derecho de la Seguridad Social*, ob. cit. pág. 473.

Ciertamente, con una interpretación literal de la norma, podría concluirse, pura y simplemente, que únicamente podría aplicarse la presunción legal de fraude a los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de la jubilación, de modo que cualquier incremento en las bases de cotización anterior en el tiempo, sí que debiera computarse a los efectos de calcular la base reguladora de una futura pensión de jubilación, con independencia de si estuviera o no justificado. Ahora bien, una interpretación de este tipo, podría legitimar conductas plenamente fraudulentas, consistentes en incrementos artificiales de las bases de cotización justo hasta los dos años anteriores al plazo establecido, y manteniendo con ello el ánimo defraudador.

Es por ello que sobre este tema (período de tiempo en el que opera la presunción de fraude de la conducta) también ha tenido ocasión de pronunciarse la jurisprudencia, intentando descubrir cuál fue la intención de legislador cuando previó el plazo de dos años como límite a la corrección de los incrementos producidos en las bases de cotización, para así poder determinar si dicha explicación sigue teniendo vigencia en la actualidad, o si las modificaciones legislativas introducidas en la materia hacen necesaria una nueva interpretación de la normativa, que garantice el cumplimiento efectivo de la finalidad que se propone con ella<sup>19</sup>.

Y en este punto el Tribunal Supremo, en su sentencia de 8 de abril de 1992<sup>20</sup>, posteriormente seguida por numerosos pronunciamientos jurisprudenciales<sup>21</sup> señaló que, desde su fijación por el Real Decreto Ley 13/1981, el período de dos años no ha sido ampliado legalmente. Ahora bien, ello no quita que si el beneficiario incrementa injustificadamente las bases de cotización más allá de este período de tiempo, con la finalidad de conseguir una pensión de jubilación superior a la que le correspondería, la consecuencia que debe extraerse no puede ser otra que la de ampliar el campo de reducción, debiendo tenerse en cuenta el incremento fraudulento de cotizaciones más allá de este período, puesto que lo contrario, supondría permitir el fraude.

<sup>19</sup> Alegre Nueno, M., “Incrementos en las bases de cotización: ¿Son siempre admisibles para calcular la pensión de jubilación?”, ob. cit. pág. 122. Rodríguez Gutiérrez, J., “Incrementos injustificados de las bases de cotización ante la proximidad de la jubilación”, ob. cit. pág. 246 y ss.

<sup>20</sup> Recurso nº 2011/1991. Véase el comentario efectuado por Oliet Gil, B., a la STS de 8 de abril de 1992, *Actualidad Laboral*, nº 37, 1992, pág. 2345 y ss.

<sup>21</sup> Seguida por los siguientes pronunciamientos: STS de 16 de octubre de 1987 (Recurso nº 7063/1987); STS de 22 de abril de 1998 (Recurso nº 2408/1997); STS de 27 de octubre de 1998 (Recurso nº 3616/1997); STS de 30 de enero de 2001 (Recurso nº 715/2000); STS de 29 de junio de 2001 (Recurso nº 2930/2000); y STS de 23 de noviembre de 2006 (Recurso nº 2978/2005).

En consecuencia, la jurisprudencia no circunscribe las reglas antes descritas al período de los dos años previstos expresamente en el precepto, sino que extiende a todo el período que se tiene en cuenta para el cálculo de la base reguladora. Pero en tales casos, no se trata, en sentido estricto, de entender ampliado el plazo de dos años a un período superior, sino de sancionar conductas fraudulentas y antisociales en base a la prohibición de fraude prevista en los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil, siempre que quede probado que con anterioridad, se produjeron incrementos injustificados de las bases de cotización. Dichos preceptos del Código Civil, proscriben el fraude, pero sobre todo, su aplicación supone también la aplicación del principio general del derecho según el cual, el fraude no se presume, y quien lo alega debe probarlo.

La discusión sobre la vigencia o no del plazo de dos años en que la conducta fraudulenta puede circunscribirse, quedó definitivamente zanjada con la entrada en vigor del TRLGSS del año 1994, dado que la norma que está siendo objeto de análisis asume el contenido de lo dispuesto en el artículo 1 del Real Decreto-Ley 13/1981. Cuestión distinta, como ha evidenciado la doctrina científica<sup>22</sup>, es la de determinar si se perdió una buena oportunidad para ampliar el período revisable, en lugar de mantenerlo en los dos años recogidos en la redacción inicial<sup>23</sup>.

En la práctica, el hecho de que no se haya ampliado el período temporal de dos años en el que puede darse un incremento ficticio de las bases de cotización, provoca que tal circunstancia apenas pueda afectar y tener incidencia en la cuantía final de la prestación<sup>24</sup>. Dado que el sistema tiende a dar menos peso proporcional a la cuota de cada mes (al ampliar los tramos temporales utilizados para la jubilación), es fácil concluir que cada vez resultará menos provechoso forzar un incremento artificioso de las bases de cotización en los dos últimos

<sup>22</sup> Rodríguez Gutiérrez, J., “Incrementos injustificados de las bases de cotización ante la proximidad de la jubilación”, ob. cit. pág. 244 y ss.

<sup>23</sup> Si bien, se concluye que ello tampoco sería merecedor de críticas, dado que cualquier modificación en este sentido, hubiera excedido del cometido de un Texto Refundido, que, por imperativo constitucional, sólo puede limitarse a refundir en un único texto legal las normas existentes en la materia, pero no modificarlas. Conde Martín De Hijas, V., “Nota especial a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 11 de diciembre de 1996”, *Actualidad Laboral*, nº 16, 1997 pág. 1046-1047, quien entiende sin embargo, que se podía haber incorporado la interpretación jurisprudencial existente en la materia en lugar de refundir en el TRLGSS el texto del Real Decreto Ley 13/1981.

<sup>24</sup> Marín Correa, J.M., “Comentario a la STSJ de Madrid de 13 de enero de 1992”, *Actualidad Laboral* nº 37, 1992, pág. 1471 y ss.

años. Precisamente las propuestas dirigidas a calcular la base reguladora de la pensión de jubilación en función de toda la vida laboral, se anuncian precisamente para beneficiar a aquellas personas con un itinerario de cotización accidentado o irregular, o para beneficiar a aquellos cuyos inicios profesionales fueron más prósperos que los últimos años<sup>25</sup>.

Pensemos que, con la regulación actual, la base reguladora de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, una vez superado el período transitorio de aplicación, será el cociente que resulte de dividir por trescientos cincuenta, las bases de cotización del interesado durante los trescientos meses (veinticinco años) anteriores al hecho causante. Y si bien es cierto que las bases correspondientes a los veinticuatro meses anteriores al mes previo al del hecho causante se computarán en su valor nominal (artículo 162.1.1 del TRLGSS) -circunstancia que podría justificar el sentido de la norma comentada-, no menos cierto es que un incremento durante tal período puede resultar casi inapreciable, respecto de la cuantía final.

Actualmente, para conseguir una alteración sustancial de la base reguladora de dicha pensión mediante una subida salarial, sería preciso que esta última se produjese con mucha antelación al momento de la jubilación y se mantuviese durante muchos años, de forma que la relación entre el coste de la cotización inherente a la subida salarial y el beneficio consistente en la elevación de la cuantía de la pensión no implica ya el desproporcionado beneficio que se podía producir cuando únicamente se tomaban en cuenta dos años de cotización<sup>26</sup>.

Desde esta perspectiva es posible que la tendencia, en la interpretación jurisprudencial, sea la de apreciar que, salvo que existan pruebas claras de ánimo fraudulento, deban considerarse válidas las bases de cotización incrementadas en años muy anteriores a los dos inmediatos al hecho causante, al tratarse en definitiva de cuotas ingresadas en base a una actividad profesional existente, y que conllevaron un esfuerzo contributivo<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, ob. cit. pág. 2 y ss. Fernández Orrico, F.J., *La Inspección de Trabajo frente al fraude en las prestaciones de Seguridad Social*, ob. cit. pág. 368 y ss.

<sup>26</sup> STSJ de Castilla y León de 21 de noviembre de 2012 (Recurso nº 2061/2012).

<sup>27</sup> Maldonado Molina, J.A., “Incrementos fraudulentos de bases de cotización”, ob. cit. pág. 35 y ss.

De hecho, no es de extrañar que la doctrina judicial<sup>28</sup> haya interpretado que no existe apariencia de fraude cuando el inicio de los incrementos se encuentra más lejos de la fecha de jubilación, o que incluso no llegue a apreciarlo si los incrementos tan sólo se produjeron con anterioridad a los dos años previos a la solicitud de la jubilación, pero no durante éstos últimos, ya que en tales casos no cabe deducir que dicho incremento se produjera en cumplimiento de una edad próxima a la jubilación.

### 3. LA CARGA DE PROBAR LA CONDUCTA FRAUDULENTA

Por lo que respecta al fraude de ley ha de tenerse en cuenta que el mismo no se presume, sino que debe probarse. En aras a la seguridad jurídica, ha de estimarse que los derechos se ejercitan normalmente conforme al fin para el que han sido reconocidos, de modo que, para que se aprecie fraude, quien lo alega, debe probarlo. La no presunción del fraude ha venido siendo defendida por una constante y reiterada doctrina jurisprudencial<sup>29</sup>, que ha insistido en que el ordenamiento jurídico parte siempre de la presunción de buena fe en las conductas que se desarrollan en el tráfico jurídico, no pudiendo presumirse el fraude de ley, salvo aquellos casos en que la ley lo declare expresamente. Y es precisamente porque la ley (artículo 162 del TRLGSS) presume el carácter fraudulento de la conducta, que la Entidad Gestora queda exonerada de la carga de probar que los incrementos salariales producidos durante los dos últimos años, estaban exclusivamente dirigidos a incrementar la base reguladora de la futura pensión de jubilación<sup>30</sup>.

Por ello, a la hora de probar la presunta conducta fraudulenta consistente en el incremento injustificado de las bases de cotización, hay que distinguir dos períodos temporales perfectamente diferenciables: el de los dos años inmediatamente anteriores al hecho causante; y aquél que excede del mismo<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> STSJ de Galicia de 8 de febrero de 2010 (Recurso nº 4921/2006), para un fuerte incremento cuya cifra se mantuvo durante un dilatado período de tiempo de quince años; STSJ de Canarias de 26 de septiembre de 2013 (Recurso nº 1668/2011) que alude a seis años; STSJ del País Vasco de 10 de enero de 2012 (Recurso nº 2559/2011), que alude a trece años; STSJ de Andalucía de 6 de mayo de 2010 (Recurso nº 2510/2009); STSJ de Galicia de 8 de febrero de 2010 (Recurso nº 4921/2006); STSJ de Cataluña de 5 de diciembre de 2003 (Recurso nº 344/2002); STSJ de La Rioja de 20 de enero de 1998 (Recurso nº 330/1997).

<sup>29</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7266) y de 13 de marzo de 1991 (RJ 1991/1851).

<sup>30</sup> STSJ de Cataluña de 22 de septiembre de 2010 (Recurso nº 4634/2009).

<sup>31</sup> Rivas Vallejo, P., “Cuantía de la prestación”, ob. cit. pág. 177.

En el primero de estos períodos (el de los dos años inmediatamente anteriores al hecho causante), cabe aplicar literalmente el artículo 162. 2º, 3º y 4º del TRLGSS de donde se desprende que tales incrementos de las bases de cotización se presumen fraudulentos y han de ser excluidos del cómputo de la base reguladora de la pensión de jubilación en los términos allí expuestos, correspondiendo al beneficiario demostrar la justificación y objetividad de los mismos, ajena a cualquier propósito fraudulento. En este punto, el artículo 162.2 del TRLGSS tiene naturaleza objetiva y es de aplicación siempre que se dé el supuesto de hecho allí descrito. Y pese a que algún pronunciamiento judicial<sup>32</sup> ha entendido que estamos ante una presunción “*iuris et de iure*”, por venir fijada legalmente, en realidad, estamos ante una presunción “*iuris tantum*”<sup>33</sup>, que admite prueba en contra a cargo del beneficiario, presunción “*iuris tantum*” de fraude que no puede ser interpretada de forma extensiva, debiendo limitarse al período que fija la ley.

El que la norma en cuestión no contemple una presunción “*iuris et de iure*”, lo evidencian las propias excepciones recogidas por el legislador. Y así, se van a computar los incrementos producidos en las bases de cotización durante los dos últimos años (aunque sean superiores a los previstos en el convenio colectivo o en el sector): cuando los mismos procedan de la aplicación de normas legales o convencionales sobre antigüedad; cuando sean consecuencia de un ascenso; o cuando deriven de cualquier concepto retributivo previsto legal o convencionalmente. En tales casos los incrementos no se presumirán fraudulentos si el trabajador prueba que derivan de alguna de tales circunstancias.

Respecto a los medios probatorios de que puede disponer el trabajador, la doctrina judicial<sup>34</sup> ha insistido en que no son suficientes los recibos de salarios o nóminas, para acreditar y excluir el fraude de ley, máxime cuando éstos son exorbitantes y no se corresponden con las ganancias de la empresa. Tampoco basta para justificar el incremento de las bases de cotización, genéricas alegaciones sobre la “bonanza en el sector de la construcción”, o “el aumento de los salarios como consecuencia de una mejor situación de la empresa”, si dichas ganancias de la empresa no se acreditan, ni hay datos que permitan la comparación de ejercicios contables<sup>35</sup>. Tampoco se ha entendido que sea un medio válido

<sup>32</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de octubre de 2010 (Recurso nº 1324/2009).

<sup>33</sup> STSJ de Cataluña de 9 de abril de 1998 (Recurso nº 3260/1997).

<sup>34</sup> STSJ de Castilla y León de 19 de julio de 2012 (Recurso nº 491/2012); STSJ de Castilla y León de 17 de noviembre de 2010 (Recurso nº 637/2010).

<sup>35</sup> STSJ de Cataluña de 1 de junio de 2012 (Recurso nº 2332/2011).

de prueba la hoja de cálculo de la base reguladora que consta en el expediente administrativo o el escrito de reclamación previa a la Entidad Gestora<sup>36</sup>.

Sea como fuere, la ausencia absoluta de justificación, tanto a cargo del trabajador, como del empresario, del motivo por el que se efectuaron dichos incrementos salariales, obligaría a concluir que los incrementos fueron fraudulentos<sup>37</sup>. Hay que tener en cuenta que los medios de prueba no han de entenderse reducidos a los de directa eficacia, sino que también ha de darse virtualidad a los medios indirectos entendiendo por tales aquellos que se deduzcan de las propias posiciones de las partes procesales e, incluso, de la mayor o menos facilidad probatoria al respecto, siendo el fraude apreciable por el Juzgador de instancia.

En el segundo de estos períodos (aquél que excede de los dos años inmediatamente anteriores al hecho causante), cabe aplicar literalmente los artículos 6.4º y 7.2º del Código Civil. Tal y como ha evidenciado la doctrina científica<sup>38</sup>, la jurisprudencia<sup>39</sup>, y la doctrina judicial<sup>40</sup> el carácter fraudulento de las cotizaciones que exceden del período de dos años, no puede presumirse, sino que habrá de probarse por la Entidad Gestora. Se desprende de esta doctrina que el período de dos años puede perfectamente extenderse a todo el que haya de tenerse en cuenta para el cálculo de la base reguladora, por más que esta extensión no puede operar de forma automática, sino que es necesario entonces demostrar la existencia de fraude.

Ello significa, por aplicación del actual artículo 217.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), que para poder ampliar la reducción de los incrementos experimentados en las bases de cotización a períodos que excedan de los dos últimos años, la Entidad Gestora deberá probar la existencia de un

<sup>36</sup> STSJ de La Rioja de 20 de enero de 1998 (Recurso nº 330/1997).

<sup>37</sup> STSJ de Andalucía de 24 de mayo de 2012 (Recurso nº 714/2012).

<sup>38</sup> Alegre Nueno, M., “Incrementos en las bases de cotización: ¿Son siempre admisibles para calcular la pensión de jubilación?”, ob. cit. pág. 122. Rodríguez Gutiérrez, J., “Incrementos injustificados de las bases de cotización ante la proximidad de la jubilación”, ob. cit. pág. 254 y ss. Maldonado Molina, J.A., “Incrementos fraudulentos de bases de cotización”, ob. cit. pág. 35 y ss. Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, ob. cit. pág. 2 y ss. Fernández Orrico, F.J., *La Inspección de Trabajo frente al fraude en las prestaciones de Seguridad Social*, ob. cit. pág. 369 y ss.

<sup>39</sup> STS de 23 de febrero de 1987 (RJ 1987/1098).

<sup>40</sup> STSJ de Cataluña de 28 de febrero de 2014 (Recurso nº 5273/2013); STSJ de Canarias de 26 de septiembre de 2013 (Recurso nº 1668/2011); STSJ de Galicia de 15 de abril de 2011 (Recurso nº 5576/2007).

ánimo defraudador por parte del beneficiario de la pensión. En caso contrario, es decir, si la Entidad Gestora no desarrolla ninguna actividad probatoria, los incrementos se entenderán válidos y eficaces<sup>41</sup>.

Para que fuera del marco temporal de esos dos años se pueda considerar fraudulenta una subida salarial por encima de las exigencias de la negociación colectiva, con la correspondiente elevación de las bases de cotización, es preciso que, además de la mera subida salarial, aparezcan otros elementos que permitan sostener la existencia de fraude. No basta por ello con los meros datos objetivos del artículo 162 del TRLGSS, puesto que éstos sólo cobran su virtualidad en el seno de las previsiones de dicho precepto<sup>42</sup>. Y la regulación del artículo 217 de la LEC, no deja sin efecto la específica previsión normativa del TRLGSS (artículo 162), sino que ésta es de aplicación preferente en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de la pensión de jubilación por el beneficiario, mientras que la regulación civil se aplica con carácter supletorio para aquellos años en los que la normativa social no establece ninguna previsión.

Para proceder a ello, es decir, para probar el fraude, la Entidad Gestora podrá servirse de los informes emitidos por la Inspección de Trabajo<sup>43</sup>. Pero la prueba de la existencia de fraude en un proceso como el laboral, aunque siempre será más plena si la Entidad Gestora (a quien corresponde su carga), aporta datos en el expediente administrativo de los que se desprenda taxativamente su existencia, puede darse también mediante la prueba de presunciones<sup>44</sup>. En la actualidad el artículo 386.1 de la LEC establece sobre las presunciones judiciales que: *“a partir de un hecho admitido o probado, el Tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”*.

<sup>41</sup> STSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 2012 (Recurso nº 4435/2011); STSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de febrero de 2010 (Recurso nº 1580/2009); STSJ de Cataluña de 18 de junio de 2004 (Recurso nº 1839/2004); STSJ de Cataluña de 17 de noviembre de 2003 (Recurso nº 298/2001); STSJ de Asturias de 30 de marzo de 2001 (Recurso nº 1061/2000); STSJ de Cataluña de 31 de marzo de 2001 (Recurso nº 7605/2000); STSJ de Asturias de 26 de enero de 2001 (Recurso nº 589/2000); STSJ de Cataluña de 14 de noviembre de 2000 (Recurso nº 3284/2000); STSJ de La Rioja de 11 de diciembre de 1997 (Recurso nº 289/1997); STSJ de Cataluña de 4 de abril de 1997 (Recurso nº 2006/1997).

<sup>42</sup> Alegre Bueno, M., “Incrementos en las bases de cotización: ¿Son siempre admisibles para calcular la pensión de jubilación?”, ob. cit. pág. 122.

<sup>43</sup> Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, ob. cit. pág. 14.

<sup>44</sup> Rivas Vallejo, P., “Cuantía de la prestación”, ob. cit. pág. 186.

Es por ello que los pronunciamientos judiciales<sup>45</sup> han permitido que la Entidad Gestora no aporte una prueba plena y taxativa de la existencia de fraude, bastando la prueba de presunciones, cuando exista un enlace preciso y directo (según las reglas del criterio humano), entre el hecho demostrado y aquél que se trata de deducir. La acreditación mediante indicios de la existencia de una conducta fraudulenta en modo alguno supone que se presuma la misma, únicamente implica que, aun cuando no se haya reconocido la existencia del fraude, el mismo se ha inferido lógicamente a partir de diferentes indicios debidamente probados.

Naturalmente, ello no supone que el fraude se presuma, sino que, a partir de unos indicios acreditados, el órgano judicial infiere lógicamente la existencia del fraude<sup>46</sup>. Además, la apreciación del fraude (normalmente por la vía de la presunción regulada en el artículo 386 de la LEC) constituye una mera cuestión de hecho que corresponde fijar en exclusividad al Magistrado de instancia (la inmediatez en la práctica de las pruebas permite valorarlas más adecuadamente) y tan sólo resulta censurable en trámite de recurso cuando según las reglas del criterio humano falte un enlace preciso y lógico entre los hechos demostrados y el que se trata de deducir.

Dadas las consecuencias negativas que acarrea para el beneficiario este tipo de prueba de presunciones, las mismas deben ser apreciadas con cautela, debiendo exigirse la máxima rigurosidad posible en su valoración. Hay que tener en cuenta que el fraude no puede ser apreciado de manera indiscriminada, sino tras un juicio de racionalidad, ponderando en cada caso concreto las circunstancias concurrentes<sup>47</sup>. Así, algún pronunciamiento judicial<sup>48</sup> ha señalado que, aun cuando no exista justificación alguna para los incrementos, salvo la decisión voluntaria y unilateral de la empresa en el uso de sus facultades organizativas,

<sup>45</sup> STSJ de Cataluña de 28 de febrero de 2014 (Recurso nº 5273/2013); STSJ de Canarias de 26 de septiembre de 2013 (Recurso nº 1668/2011); STSJ de Cataluña de 24 de octubre de 2012 (Recurso nº 1517/2012); STSJ de Cataluña de 1 de junio de 2012 (Recurso nº 2332/2011); STSJ de Cataluña de 4 de abril de 2010 (Recurso nº 476/2009); STSJ de Cataluña de 22 de julio de 2010 (Recurso nº 504/2010); STSJ de Cataluña de 22 de septiembre de 2010 (Recurso nº 4635/2009); STSJ de Aragón de 3 de abril de 2003 (Recurso nº 1146/2002); STSJ de Galicia de 10 de febrero de 2003 (Recurso nº 1056/2000); STSJ de Cataluña de 12 de julio de 2000 (Recurso nº 997/1998).

<sup>46</sup> STSJ del País Vasco de 5 de octubre de 2010 (Recurso nº 1707/2010).

<sup>47</sup> STSJ de Cataluña de 6 de julio de 2011 (Recurso nº 2125/2011); STSJ de Cataluña de 3 de mayo de 2007 (Recurso nº 1075/2006); STSJ de Cataluña de 3 de mayo de 2007 (Recurso nº 1075/2006).

<sup>48</sup> STSJ de Cataluña de 4 de abril de 1997 (AS 1997/2006).

ello no implica necesariamente que exista un fraude de ley, ya que para ello sería necesario acreditar la connivencia de la empresa con el trabajador para incrementar artificialmente las bases de cotización.

La jurisprudencia<sup>49</sup> ha recordado el uso rigorista que debe hacerse de tal medio de prueba. Y es que, como límite a la doctrina del fraude de ley, cabe recordar que la misma no puede excluir la posibilidad de quienes se hallen en edad próxima a la jubilación de progresar económica y profesionalmente, cuando así se den las causas que permitan justificar la promoción<sup>50</sup> ya que resulta excesivo, y hasta disconforme con el principio constitucional de igualdad, prohibir terminantemente, a efectos de cotización, toda progresión profesional no reglada durante periodos de tiempo anteriores a la jubilación. Una interpretación extensiva de la prueba de presunciones podría lesionar en este sentido, el derecho a la libertad de empleo y a la promoción a través del trabajo reconocidos ambos en el artículo 35.1 de la CE.

El derecho a la promoción a través del trabajo consagrado en el artículo 35.1 de la CE (y garantizado en el art 4.2 b) del ET), unido a la prohibición de discriminación por razón de edad prevista en el artículo 14 de la CE (así como en el artículo 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y la Directiva 2000/78 / CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000), unido a su vez al principio rector de la política social que informa que la práctica judicial ha de garantizar la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad (artículos 53.3 y 50 de la CE), impiden acudir a automatismos presuntivos que nos lleven a considerar que el mero incremento injustificado de remuneraciones salariales producido en los años inmediatos previos a la jubilación es indicio suficiente de la existencia de fraude<sup>51</sup>.

No es de extrañar que se haya criticado<sup>52</sup> el contrasentido que supone distinguir ambos periodos de tiempo (el de los dos últimos años, sujetos a la presunción “*iuris tantum*” de fraude, y el resto, en que no opera dicha presunción y se rige por el principio general del artículo 6.4 del Código Civil). Más sencillo y acorde con la realidad hubiera sido introducir una homogeneización

<sup>49</sup> STS de 23 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7326).

<sup>50</sup> STSJ de Cataluña de 26 de enero de 2010 (Recurso nº 510/2010).

<sup>51</sup> STSJ de Cataluña de 6 de abril de 2011 (Recurso nº 2517/2011); STSJ de Cataluña de 11 de mayo de 2009 (Recurso nº 757/2008); STSJ de Cataluña de 10 de octubre de 2006 (Recurso nº 103/2005); STSJ de Cataluña de 1 de marzo de 2001 (Recurso nº 4570/2000).

<sup>52</sup> Rivas Vallejo, P., “Cuantía de la prestación”, ob. cit. pág. 180.

sobre la base de prohibir el fraude con carácter general, y no de utilizar la técnica de presumir la mala fe y el fraude en el actuar del beneficiario.

#### **4. CASOS EN QUE OPERA LA PRESUNCIÓN DE FRAUDE**

##### **4.1. Aproximación conceptual al fraude de ley en el incremento injustificado de bases de cotización**

El artículo 6.4 del Código Civil señala que los actos realizados al amparo de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir<sup>53</sup>. Son requisitos consustanciales al fraude de ley: el acto contrario al ordenamiento jurídico, manifestado en la violación efectiva de una ley; el fin distinto de la ley en la que se quiere amparar la conducta fraudulenta, esto es, que la ley en que se base el acto no lo proteja porque su fin sea otro; y el propósito de burlar la ley (si bien este último requisito ha sido discutido)<sup>54</sup>.

Por lo que se refiere al primer requisito cabe decir que el acto contrario al ordenamiento jurídico sería el incremento injustificado y artificial de las bases de cotización en edades próximas a la cotización. Y la norma vulnerada sería la previsión legal del artículo 162 del TRLGSS. Aunque es perfectamente legítimo que un empresario pueda premiar al trabajador por cualquier motivo de índole profesional o estrictamente personal, ello no impide que en un sistema de Seguridad Social contributivo y de reparto como el existente, deba existir una coherencia mínima entre los salarios y las consiguientes bases de cotización, puesto que lo contrario equivaldría a dar cobertura a una conducta que distorsionaría el principio de proporcionalidad que rige el mecanismo de cotización utilizado para el cálculo de las diversas prestaciones de la Seguridad Social.

Por ello puede afirmarse que el objetivo del artículo 162 del TRLGSS, es el de garantizar el principio de contributividad, intentando evitar que un aumento de las bases de cotización del trabajador en los dos años anteriores a su jubila-

<sup>53</sup> Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, ob. cit. pág. 12 y ss.

<sup>54</sup> Véase: Prados Iglesia, E., *El fraude de ley*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. Sols Lucia, A., *El fraude de ley: estudio analítico del artículo 6.4 del Código Civil en la doctrina y jurisprudencia*, ed. Bosch, Barcelona, 1989. Iruzubieta, Fernández, R., *El abuso del derecho y el fraude de ley en el derecho del trabajo*, ed. Colex, Madrid, 1989.

ción produzca una pensión desproporcionada en comparación al esfuerzo contributivo efectuado durante toda su vida laboral. Estamos ante una regla que tiene por finalidad evitar que el solicitante de una pensión de jubilación se beneficie de una cuantía superior a la debida, como consecuencia de una alteración artificial de las bases de cotización, en lo que sería una previsión legal que intenta combatir el fraude en la obtención de prestaciones<sup>55</sup>.

Por lo que se refiere al segundo requisito, éste consiste en amparar la conducta fraudulenta en una ley aparentemente correcta, pero buscando con ello una finalidad distinta<sup>56</sup>. Así sucede cuando se llevan a cabo ascensos del trabajador previstos en el artículo 24 del ET, que no buscan reconocer el mérito y la capacidad, sino un incremento artificial del salario, y por extensión de las bases de cotización, a efectos de obtener una mayor pensión de jubilación<sup>57</sup>.

El tercer requisito consiste en la intención maliciosa de violar la norma por parte del sujeto beneficiado de ello<sup>58</sup>. En el caso del beneficiario que pretende un aumento artificial de su base reguladora a través del incremento de sus bases de cotización, es necesaria la búsqueda consciente y finalista de algo indebido (la obtención de una mayor pensión de jubilación), por estar preordenada su conducta a un beneficio contrario a los intereses generales<sup>59</sup>.

Sentado lo anterior, hay que señalar que la apreciación de cuándo un aumento de las bases de cotización obedece a una causa justificada o por el contrario se produce con un ánimo fraudulento, es una cuestión difícil de discernir, que no va a encontrar una solución fácil vía jurisprudencial<sup>60</sup>. Al tratarse de la valoración de unos hechos y de unas conductas concretas, la casuística es muy amplia, lo que dificulta la existencia de una doctrina unificada al

<sup>55</sup> Alegre Bueno, M., “Incrementos en las bases de cotización: ¿Son siempre admisibles para calcular la pensión de jubilación?”, ob. cit. pág. 122.

<sup>56</sup> STS de 5 de diciembre de 1991 (Recurso nº 626/1991).

<sup>57</sup> Fernández Orrico, F.J., *La Inspección de Trabajo frente al fraude en las prestaciones de Seguridad Social*, ob. cit. pág. 36 y ss. Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, ob. cit. pág. 11 y ss.

<sup>58</sup> STS de 6 de junio de 2003 (Recurso nº 1207/2002); STSJ de Cataluña de 3 de mayo de 2007 (Recurso nº 1075/2006).

<sup>59</sup> Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, ob. cit. pág. 11 y ss.

<sup>60</sup> Maldonado Molina, J.A., “Incrementos fraudulentos de bases de cotización”, ob. cit. pág. 35 y ss.

respecto<sup>61</sup>. En este sentido, son frecuentes los pronunciamientos del Tribunal Supremo<sup>62</sup> en los que se inadmiten recursos de casación en unificación de doctrina al estimar que la valoración casuística de las circunstancias individualizadoras y variables en cada supuesto, impide encontrar una sentencia de contraste, al fundarse la existencia de fraude en una valoración de intenciones.

En cualquier caso, para intentar clarificar la tipología de supuestos fraudulentos, el legislador establece hasta tres casos en que opera la presunción de fraude, y que se analizan a continuación. Se trata de supuestos que han sido definidos como de “orientativos” por los tribunales<sup>63</sup>.

#### **4.2. Los incrementos salariales superiores al incremento medio interanual convencional o sectorial**

El primer supuesto en que el legislador entiende que opera la presunción de fraude es aquél que deriva de “ *aumentos salariales superiores al incremento medio interanual experimentado en el convenio colectivo aplicable o, en su defecto, en el correspondiente sector*” (artículo 162.2 del TRLGSS). Por regla general, son los convenios colectivos, dentro de su ámbito de aplicación, los que establecen los incrementos salariales, previo acuerdo entre los sujetos negociadores. De hecho es habitual que las tablas salariales se acaben convirtiendo en el tema prioritario en la negociación colectiva. Tales incrementos se trasladan a su vez a las nóminas de cada uno de los trabajadores, y cualquier subida en la cuantía salarial conlleva a su vez un aumento en la correspondiente base de cotización.

El legislador no considera fraudulento, por sí solo, el incremento salarial derivado de una previsión convencional. Pero, por el contrario, sospecha de aquellos incrementos fijados unilateralmente, o acordados bilateralmente entre

<sup>61</sup> STSJ de Cataluña de 11 de mayo de 2009 (Recurso nº 757/2008).

<sup>62</sup> STS de 24 de febrero de 2009 (Recurso nº 1995/2008); STS de 10 de febrero de 2009 (Recurso nº 600/2008); STS de 22 de enero de 2009 (Recurso nº 4610/2007); STS de 20 de septiembre de 2007 (Recurso nº 3656/2006); STS de 23 de noviembre de 2006 (Recurso nº 2978/2005); STS de 7 de diciembre de 2004 (Recurso nº 4400/2003); STS de 27 de abril de 2004 (Recurso nº 2017/2003); STS de 10 de diciembre de 2002 (Recurso nº 869/2002); STS de 24 de junio de 2002 (Recurso nº 3848/20019); STS de 8 de abril de 2002 (Recurso nº 1964/2001); STS de 13 de marzo de 2002 (Recurso nº 2381/2001); STS de 27 de octubre de 1998 (Recurso nº 3616/1997); STS de 8 de febrero de 1993 (Recurso nº 945/1992); STS de 5 de diciembre de 1991 (Recurso nº 626/1991); STS de 11 de octubre de 1991 (Recurso nº 195/1991).

<sup>63</sup> STSJ de Cataluña de 3 de julio de 1997 (Recurso nº 2432/1997).

empresario y trabajador, por encima de los mínimos convencionales<sup>64</sup>. Para ello, habrá de compararse el incremento salarial producido durante el período de tiempo en el que se entiende que se ha producido el fraude, con el incremento salarial pactado en el convenio colectivo aplicable o, en defecto de convenio colectivo, con el incremento salarial que haya sufrido el sector productivo en que preste servicios el trabajador. En este punto son varios los temas que merece la pena abordar:

Quizá el primero de ellos es que en un contexto de crisis económica, en que la tasa de inflación es nula, o incluso en que los convenios colectivos de empresa se descuelgan salarialmente de los salarios previstos en convenios colectivos de ámbito superior, condicionar la conducta fraudulenta en datos como son los incrementos salariales pactados en convenio colectivo, es un criterio, como poco, de dudosa aplicabilidad práctica, máxime en un contexto de estabilización a la baja de los propios salarios. A idéntica conclusión llegamos si se siguen los discursos defendidos interesadamente por algunos agentes sociales, de desligar los incrementos salariales del IPC para vincularlos con la productividad de la empresa. Pensemos en este punto que la nueva fórmula de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación se aleja de la revalorización de la cuantía vía IPC para acercarse a otros criterios ajenos.

En segundo lugar, el legislador alude a aumentos salariales superiores al incremento medio interanual experimentado en el “*convenio colectivo aplicable*”, o en su defecto en el “*correspondiente sector*”, sin hacer expresa mención al carácter estatutario o extraestatutario del convenio colectivo (para el caso de que fueran éstos últimos quienes estipulasen la subida salarial). En principio, el hecho de que el convenio colectivo no reúna los requisitos de legitimidad y mayorías previstos en el artículo 88 del ET para su consecución, no impide que cualquier incremento salarial pactado individualmente con el trabajador, y que supere el previsto en el convenio colectivo de eficacia limitada, permita extender la presunción del fraude. Recordemos que a dicho convenio puede haberse adherido individualmente el trabajador, o incluso éste puede estar afiliado al sindicato firmante. Así se desprende por otro lado de una interpretación extensiva del artículo 37 de la propia Constitución Española, de donde se

<sup>64</sup> En este sentido la STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de octubre de 2000 (Recurso nº 1943/1997) considera fraudulento el incremento salarial en las fechas próximas a la jubilación, consistente en doblar el salario base de trabajador por el desempeño de trabajo nocturno, cuando el complemento salarial por nocturnidad pactado en convenio tan sólo preveía un aumento del 25%. Véase también: STSJ de Cantabria de 18 de febrero de 1998 (Recurso nº 1470/1996).

desprende que los convenios colectivos extraestatutarios también pueden prever incrementos salariales, y, dentro de sus límites de eficacia, cualquier aumento por encima de los mismos, puede determinar una conducta fraudulenta<sup>65</sup>.

En tercer lugar, la nueva estructura de la negociación colectiva derivada de la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, da prioridad aplicativa al convenio de empresa en materias nucleares de la relación laboral, situándolo por encima de la negociación sectorial, y estipulando con ello una nueva ordenación de las reglas de concurrencia de convenios colectivos que vacía de contenido la capacidad ordenadora de la misma a través de los convenios estatales y sectoriales, frente a los empresariales. De hecho, el nuevo artículo 84.2 del ET concede prioridad aplicativa al convenio colectivo de empresa frente al convenio colectivo sectorial (estatal o autonómico) en materias como la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa. Cohonestar esta reforma legislativa con el todavía vigente artículo 162 del TRLGSS no va a ser sencillo, pues dicho precepto alude a incrementos salariales superiores al medio interanual experimentado en el convenio colectivo “*aplicable*” y, sólo en su defecto al del “*correspondiente sector*”. Por esta lógica cabría entender fraudulentos los incrementos salariales superiores los pactados en el convenio colectivo de empresa, pese a que éstos incrementos fueran inferiores a los previstos en el convenio colectivo sectorial. En cualquier caso, y según los pronunciamientos judiciales<sup>66</sup>, de ser un convenio colectivo extendido el que es objeto de aplicación, los incrementos salariales superiores al incremento medio interanual pactado en el mismo, han de entenderse realizados desde el momento en que se solicitó el acto de extensión del convenio colectivo, y no en otro.

En cuarto lugar, y a falta de previsión legal, cabe entender que en aquellos casos en que no existiera convenio colectivo aplicable, el incremento computable sería el que fijase anualmente el gobierno en el Decreto regulador del Salario Mínimo Interprofesional, lo que puede generar no menos dudas, si no se producen incrementos del mismo, o si la tasa de inflación anual es incluso negativa.

Y en quinto lugar, el precepto legal alude a “*incrementos*” de las bases de cotización, como consecuencia de aumentos salariales. Ello significa que si el

<sup>65</sup> Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, ob. cit. pág. 4 y ss.

<sup>66</sup> STSJ de Cantabria de 27 de enero de 1999 (Recurso nº 963/1997).

salario contractual sigue siendo el mismo, pese a que el convenio de referencia haya disminuido la cuantía (por ejemplo por un descuelgue), ello no tiene por qué determinar “a priori”, una conducta fraudulenta, si dicha condición se mantiene como cláusula “ad personam”.

#### **4.3. Los incrementos salariales producidos por decisión unilateral del empresario en virtud de sus facultades organizativas**

El segundo supuesto en que el legislador de Seguridad Social entiende que existe una actuación defraudatoria es aquél en que los incrementos en las bases de cotización son consecuencia de aumentos salariales “*por decisión unilateral de la empresa en virtud de sus facultades organizativas*” (artículo 162.3, segundo párrafo del TRLGSS). En este punto el legislador entiende que cualquier decisión unilateral del empresario en virtud de sus facultades organizativas y tendente a incrementar el salario, y por extensión, las bases de cotización, es una actuación fraudulenta, lo cual resulta, como poco llamativo, pues supone tildar de sospechosas ciertas decisiones empresariales, que, “a priori”, pudieran estar plenamente justificadas<sup>67</sup>.

Los supuestos en los que más frecuentemente se considera injustificado el incremento de las bases de cotización, tienen como sujetos a trabajadores autónomos<sup>68</sup> (que pueden elegir la base de cotización), administradores de sociedades, o socios-trabajadores, al resultarles también de aplicación la prohibición de incrementar injustificadamente las bases de jubilación, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional Octava del TRLGSS.

Los pronunciamientos judiciales<sup>69</sup>, entienden que puede existir un presunto fraude en los casos en los que el beneficiario es administrador único, consejero

<sup>67</sup> Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, ob. cit. pág. 2 y ss.

<sup>68</sup> STSJ de Galicia de 13 de octubre de 1998 (Recurso nº 4247/1995). Sobre la conducta fraudulenta específica de este tipo de trabajadores véase: Rivas Vallejo, P., “Cuantía de la prestación”, ob. cit. pág. 188.

<sup>69</sup> STS de 30 de enero de 2001 (Recurso nº 715/2000); STSJ de Castilla y León de 12 de julio de 2012 (Recurso nº 463/2012); STSJ de Galicia de 8 de julio de 2005 (Recurso nº 377/2003); STSJ de Cataluña de 1 de junio de 2012 (Recurso nº 2332/2011); STSJ de Cataluña de 24 de octubre de 2012 (Recurso nº 1517/2012); STSJ de Galicia de 16 de noviembre de 2009 (Recurso nº 2763/2006); STSJ de Cataluña de 4 de octubre de 2007 (Recurso nº 4504/2006); STSJ de Cantabria de 16 de febrero de 2005 (Recurso nº 1074/2004); STSJ de Cantabria de 26 de enero de 2005 (Recurso nº 956/2004); STSJ de Galicia de 17 de enero de 2005 (Recurso nº 3586/2002); STSJ de

delegado o gerente de la empresa en la que trabaja, o es propietario de ella, o dispone de un porcentaje de participación en el capital social que le permite influir en las decisiones de la misma, lo que le permite a su vez un amplio margen de maniobra para establecer no sólo sus incrementos de retribución y cotizaciones, sino también para configurar las circunstancias que aparentemente justificasen tales aumentos. Situación que también se puede dar cuando el beneficiario tiene vínculos familiares con la sociedad<sup>70</sup>.

Se tratan todos ellos de supuestos en los que el solicitante ha ocupado un puesto que le ha facilitado maquinarse el incremento fraudulento, al ostentar una singular posición de influencia sobre la empresa. Se parte de la base que si el interesado posee de forma directa o indirecta un control o, al menos, capacidad

Galicia de 15 de noviembre de 2003 (Recurso nº 855/2001); STSJ de Galicia de 31 de octubre de 2003 (Recurso nº 5244/2000); STSJ de Castilla y León de 7 de octubre de 2003 (Recurso nº 1285/2003); STSJ de Aragón de 3 de abril de 2003 (Recurso nº 1146/2002); STSJ de Cataluña de 25 de marzo de 2003 (Recurso nº 3932/2002); STSJ de Galicia de 28 de febrero de 2003 (Recurso nº 804/2000); STSJ de Cataluña de 14 de enero de 2003 (Recurso nº 2500/2002); STSJ de Asturias de 30 de diciembre de 2002 (Recurso nº 647/2002); STSJ de Castilla y León de 6 de mayo de 2002 (Recurso nº 318/2002), en un caso en que el beneficiario era socio fundador, Consejero Delegado y Presidente del Consejo de Administración de la empresa; STSJ de Cataluña de 30 de enero de 2002 (Recurso nº 3950/2001); STSJ de Cataluña de 13 de julio de 2001 (Recurso nº 1472/2001); STSJ de Asturias de 9 de marzo de 2001 (Recurso nº 1480/2000); STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 2001 (Recurso nº 4954/2000); STSJ de Cataluña de 1 de marzo de 2001 (Recurso nº 4522/2000); STSJ de Cataluña de 7 de febrero de 2001 (Recurso nº 7279/2000); STSJ de Cataluña de 19 de diciembre de 2000 (Recurso nº 2798/2000); STSJ de Cataluña de 6 de noviembre de 2000 (Recurso nº 2018/2000); STSJ de Cataluña de 1 de junio de 2000 (Recurso nº 6172/1999); STSJ de Castilla y León de 29 de septiembre de 1999 (Recurso nº 538/1999); STSJ de Galicia de 24 de mayo de 1999 (Recurso nº 2800/1996) en el titular de un buque, que incrementó las bases de cotización durante un período en que no trabajó; STSJ de Cataluña de 6 de junio de 1998 (Recurso nº 5643/1997); STSJ de Cataluña de 7 de mayo de 1998 (Recurso nº 4675/1997); STSJ de Castilla y León de 9 de febrero de 1998 (Recurso nº 698/1997); STSJ de La Rioja de 4 de marzo de 1997 (Recurso nº 34/1997); STSJ de Cantabria de 6 de junio de 1996 (Recurso nº 1258/1995).

<sup>70</sup> STSJ de Castilla y León de 23 de noviembre de 2011 (Recurso nº 1854/2011); STSJ de Asturias de 6 de mayo de 2011 (Recurso nº 509/2011); STSJ de Castilla y León de 24 de octubre de 2008 (Recurso nº 1002/2008); STSJ de Cataluña de 19 de abril de 2006 (Recurso nº 37/2005); STSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de febrero de 2005 (Recurso nº 4307/2004); STSJ de Castilla y León de 22 de octubre de 2003 (Recurso nº 940/2003); STSJ de 17 de junio de 2003 (Recurso nº 473/2003); STSJ de Castilla y León de 2 de octubre de 2002 (Recurso nº 817/2002); STSJ de Cataluña de 18 de julio de 2001 (Recurso nº 5892/2000); STSJ de Cataluña de 10 de noviembre de 2000 (Recurso nº 9290/2000); STSJ de Castilla y León de 20 de diciembre de 1999 (Recurso nº 1954/1999); STSJ de Castilla y León de 16 de noviembre de 1999 (Recurso nº 1747/1999); STSJ de Aragón de 4 de octubre de 1999 (Recurso nº 451/1998); STSJ de Cataluña de 27 de abril de 1998 (Recurso nº 3184/1997); STSJ de La Rioja de 27 de noviembre de 1997 (Recurso nº 278/1997).

de influir (aunque sea únicamente por razones afectivas) en la decisión de la dirección de la empresa, estaríamos ante un indicio suficiente para apreciar la existencia de fraude<sup>71</sup>.

Y son indicios justificativos del fraude (pudiendo darse simultáneamente varios de ellos) los siguientes: la existencia de un porcentaje excesivo de incremento retributivo frente al salario inicial<sup>72</sup>; el que no exista correlación entre las bases de cotización y el salario real<sup>73</sup>; la forma en que se produce el mismo, mediante incentivos no previstos en la estructura salarial del convenio colectivo y desvinculados de los resultados o de la productividad<sup>74</sup>; la ausencia de justificación del aumento retributivo, unida a la falta de documentación de la decisión empresarial que lo determina<sup>75</sup>; el hecho de que el mismo se produzca en fechas cercanas a la jubilación<sup>76</sup>; que el aumento salarial afecte a un único trabajador y no al resto de la plantilla<sup>77</sup>; que la indemnización correspondiente por despido sea inferior a la que le correspondería, en una suerte de compensación del incremento salarial en las bases de cotización<sup>78</sup>, etc. También cabe incluir aquellos incrementos de las bases de cotización que no llevan aparejado un incremento real del salario<sup>79</sup>, o cuando los incrementos se producen en fechas en que el

<sup>71</sup> Fernández Orrico, F.J., *La Inspección de Trabajo frente al fraude en las prestaciones de Seguridad Social*, ob. cit. pág. 376 y ss. Maldonado Molina, J.A., “Incrementos fraudulentos de bases de cotización”, ob. cit. pág. 35 y ss. Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, ob. cit. pág. 14.

<sup>72</sup> STSJ de Cataluña de 11 de junio de 1998 (Recurso nº 7058/1998).

<sup>73</sup> STSJ de Cataluña de 13 de julio de 1999 (Recurso nº 7727/1998).

<sup>74</sup> STSJ de Castilla y León de 15 de diciembre de 2010 (Recurso nº 658/2010); STSJ del País Vasco de 22 de febrero de 2011 (Recurso nº 2944/2010).

<sup>75</sup> STSJ de Cataluña de 4 de septiembre de 2000 (Recurso nº 7924/1999); STSJ de Castilla y León de 27 de noviembre de 2000 (Recurso nº 2190/2000); STSJ de Cataluña de 30 de enero de 2002 (Recurso nº 3950/2001); STSJ de Cataluña de 20 de febrero de 2009 (Recurso nº 8529/2007); STSJ de Andalucía de 7 de octubre de 2010 (Recurso nº 2963/2009).

<sup>76</sup> STSJ de Cataluña de 2 de marzo de 2001 (Recurso nº 4891/2000); STSJ de Castilla y León de 24 de octubre de 2008 (Recurso nº 1002/2008).

<sup>77</sup> STSJ de Canarias de 28 de mayo de 1999 (Recurso nº 356/1997); STSJ de Cataluña de 11 de octubre de 2001 (Recurso nº 3690/2001); STSJ de Cataluña de 7 de septiembre de 2007 (Recurso nº 4130/2006); STSJ de Aragón de 5 de junio de 2008 (Recurso nº 412/2008).

<sup>78</sup> STSJ de Cataluña de 29 de noviembre de 2001 (Recurso nº 3275/2001); STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de marzo de 2010 (Recurso nº 1950/2009).

<sup>79</sup> Rodríguez Gutiérrez, J., “Incrementos injustificados de las bases de cotización ante la proximidad de la jubilación”, ob. cit. pág. 254 y ss.

trabajador se encontraba en incapacidad temporal y sin prestación efectiva de servicios<sup>80</sup>.

El legislador piensa igualmente en aquellos ascensos profesionales que no van acompañados de un efectivo desempeño de funciones superiores como son los casos en que no se demuestra la mayor responsabilidad, disponibilidad y exceso de jornada del trabajador, sino una mera intención empresarial de beneficiar a este último en futuras prestaciones<sup>81</sup>. Y es que pese a que los ascensos profesionales pueden justificar un incremento retributivo que determine a su vez una mayor base de cotización, el legislador entiende que un aumento salarial decidido unilateralmente por el empresario en virtud de sus facultades organizativas sin llevar aparejado la efectiva realización de funciones superiores por parte del trabajador, resulta una conducta fraudulenta.

En la misma línea cabe incluir ciertas actuaciones en que el incremento salarial viene reconocido unilateralmente por el empresario, sin que se hayan alterado las funciones del trabajador o se haya reconocido al resto de la plantilla<sup>82</sup>. O incluso en aquellos casos en que el ascenso profesional, pese a ser efectivo, lleva aparejado un incremento salarial superior al señalado por el convenio colectivo aplicable para el nuevo grupo profesional<sup>83</sup>. Pero también se incluyen otras conductas como son la promoción profesional del trabajador sin respetar las normas sobre promoción establecidas convencionalmente, o, en definitiva, situaciones en las que dicho ascenso no está justificado por otro motivo que la mera decisión unilateral del empresario<sup>84</sup>.

#### **4.4. Los incrementos salariales pactados exclusiva o fundamentalmente en función de la edad de jubilación**

Por último, el apartado cuarto del artículo 162 del TRLGSS contiene una norma de cierre, conforme a la cual: “*En ningún caso se computarán aquellos*

<sup>80</sup> STSJ de Cataluña de 30 de septiembre de 2008 (Recurso nº 7807/2007); STSJ de Cataluña de 19 de abril de 2006 (Recurso nº 37/2005); STSJ de Castilla y León de 15 de diciembre de 2003 (Recurso nº 979/2003); STSJ de Cataluña de 11 de julio de 2001 (Recurso nº 991/2001).

<sup>81</sup> STSJ de Castilla y León de 12 de julio de 2012 (Recurso nº 463/2012); STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de octubre de 2010 (Recurso nº 1324/2009); STSJ del País Vasco de 20 de junio de 2006 (Recurso nº 450/2006).

<sup>82</sup> STSJ de Castilla y León de 3 de octubre de 2000 (Recurso nº 1565/2000).

<sup>83</sup> STSJ de Cataluña de 2 de octubre de 2000 (Recurso nº 9327/1999).

<sup>84</sup> STSJ de Cantabria de 25 de septiembre de 2000 (Recurso nº 141/1999).

*incrementos salariales que excedan del límite establecido en el apartado 2 del presente artículo y que hayan sido pactados exclusiva o fundamentalmente en función del cumplimiento de una determinada edad próxima a la jubilación”.*

Ciertamente, la expresión de la norma afirmando que “*en ningún caso*” se computaran aquellos incrementos salariales, parece dar a entender que no cabe limitar a dos años la presunción del fraude si se ha producido un pacto de este tipo, por lo que cabría entender cómo fraudulento, todo el período de tiempo en que las partes pactaron un incremento salarial superior con vistas a aumentar la pensión de jubilación. Y es que mientras el apartado 2º del artículo 162 establece una regla general cuya limitación se refiere sólo a los dos años anteriores, y el apartado 3º incluye las excepciones a esa regla, y por tanto, el período de tiempo acotado en ella, sin embargo el apartado 4º parece desentenderse de fines temporales, por lo que, de existir tal pacto, el incremento de cotizaciones se presume fraudulento, aunque el mismo se hubiera efectuado con anterioridad a los dos años previos a la solicitud de jubilación. Esta norma ha sido objeto de muchas interpretaciones.

Para un sector de la doctrina científica<sup>85</sup>, contiene la que debiera de ser la única regla justificativa del precepto y que impediría, por sí sola, los incrementos salariales injustificados. Según este sector doctrinal, cabría aceptar toda subida salarial incardinable dentro de la dinámica de funcionamiento de una empresa (aunque fuera producto de una decisión unilateral del empresario), y solamente podrían considerarse fraudulentos aquellos incrementos salariales carentes de cualquier elemento objetivo de justificación, tanto si son individuales, como pactados.

Otro sector de la doctrina científica<sup>86</sup>, ha afirmado abiertamente que se trata de una previsión normativa innecesaria, en base a tres motivos: en primer lugar porque del apartado 2º del artículo que analizamos, ya se deduce que cualquier incremento injustificado no se va a computar a los efectos del cálculo de la pensión de jubilación; en segundo lugar porque cualquier incremento pactado entre las partes con objeto de obtener el trabajador una mayor pensión, ya tendría, por sí solo, el carácter de fraudulento, y como tal, no podría ser computado en ningún caso; y en tercer lugar porque la demostración de que los incre-

<sup>85</sup> Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, ob. cit. pág. 2 y ss.

<sup>86</sup> Rodríguez Gutiérrez, J., “Incrementos injustificados de las bases de cotización ante la proximidad de la jubilación”, ob. cit. pág. 254 y ss.

mentos han sido pactados fraudulentamente entre las partes correspondería al INSS, y sin embargo, como hemos visto, ello ni siquiera es necesario en los casos en que dichos incrementos correspondan a los dos últimos años.

En cualquier caso, lo verdaderamente difícil en este tipo de acuerdos será determinar la auténtica voluntad de las partes a la hora de pactar el incremento retributivo. Y es que no será tarea fácil averiguar cuándo la voluntad de las partes de incrementar el salario del trabajador deriva de un pacto contractual válido y legítimo dirigido a mejorar las condiciones pactadas en el convenio colectivo y en aplicación del principio de condición más beneficiosa, y cuándo detrás de dicho acuerdo se encuentra exclusivamente la voluntad implícita de obtener una pensión de jubilación superior para el trabajador.

Recordemos que, por definición, el principio de condición más beneficiosa implica una mejora de las condiciones laborales nacida o generada por la voluntad de los interesados e incorporada al conjunto de los derechos del trabajador o trabajadores afectados. Su base esencial es la voluntad de establecer el beneficio correspondiente, superando las condiciones legales que puedan regir en la materia; voluntad que puede ser manifestada de forma expresa o bien tácitamente mediante actos inequívocos que revelen la existencia de la misma.

Para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión, de manera que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho. Y dicha posibilidad encuentra su fundamento legal en el artículo 3.1.c) del ET, cuando incluye “*la voluntad de las partes*” entre las fuentes de la relación laboral, voluntad que, por sí misma, no puede presumirse que persigue un fin defraudatorio, si bien es cierto que, como manifestación de la autonomía individual en el contrato de trabajo, no puede contrariar los preceptos de derecho necesario absoluto.

Sea como fuere, la doctrina judicial<sup>87</sup> ha apreciado el fraude en aquellos casos en que las bases de cotización del trabajador que solicita su jubilación parcial, son superiores a las que le hubieran correspondido de reducir su salario en la misma proporción que su jornada, esto es, en un 85%, y no habiéndose acreditado por el trabajador que dicho incremento en las bases de cotización

<sup>87</sup> STSJ de Cataluña de 24 de abril de 2013 (Recurso nº 2668/2012).

estuvieran debidamente justificado, a pesar de que por razones de facilidad y disponibilidad probatoria era de su cargo la prueba, “ex” artículo 217.2 de la LEC.

También ha entendido la doctrina judicial<sup>88</sup> que si el trabajador accede a la pensión de jubilación desde el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, con unas bases superiores a las mínimas (aceptadas porque son continuación de las que venía cotizando en el Régimen General en el que estaba encuadrado anteriormente), y, a la hora de calcular la pensión de jubilación resulta que las del Régimen General se consideran injustificadas por haber sido elevadas artificialmente con miras a obtener una mejor pensión de jubilación, lo mismo hay que hacer con las bases incrementadas del RETA. Y también se entiende fraudulento el acuerdo de todos los socios de una empresa en elevar sus cotizaciones hasta los topes máximos, sin que dichos incrementos lleven aparejados una modificación del trabajo a desarrollar<sup>89</sup>, o en los casos en que se suscribe un convenio especial, con el ánimo de poder incrementar de manera ficticia las cotizaciones a efectuar<sup>90</sup>.

## 5. EXCEPCIONES A LA PRESUNCIÓN DE FRAUDE

### 5.1. Los incrementos salariales por antigüedad y ascensos previstos legal o convencionalmente

El legislador contempla dos excepciones a la presunción del fraude en el incremento de las bases de cotización en edades próximas a la jubilación. La primera de ellas son aquellos incrementos salariales “*que sean consecuencia de la aplicación estricta de las normas contenidas en disposiciones legales y convenios colectivos sobre antigüedad y ascensos reglamentarios de categoría profesional*” (artículo 163.3, primer párrafo del TRLGSS).

Respecto a los incrementos salariales previstos legalmente o convencionalmente, hay que tener en cuenta que cualquier aumento de las bases de cotización derivado de un incremento salarial previsto una norma legal, reglamentaria o convencional (pensemos el incremento del salario mínimo interprofesional para

<sup>88</sup> STSJ de Galicia de 16 de noviembre de 2009 (Recurso nº 2763/2006); STSJ de Cataluña de 8 de abril de 1998 (Recurso nº 5460/1997); STSJ de Cataluña de 14 de enero de 1998 (Recurso nº 232/1998); Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, ob. cit. pág. 14.

<sup>89</sup> STSJ de Castilla y León de 9 de febrero de 1998 (Recurso nº 698/1997).

<sup>90</sup> STSJ de Castilla y León de 29 de marzo de 1999 (Recurso nº 123/1999).

el caso de que el trabajador tuviera contratado el mismo, o el incremento derivado de la aplicación de las tablas salariales previstas en el nuevo convenio colectivo), determinará la licitud del incremento en la base de cotización.

Sin embargo, el legislador vincula la licitud del incremento, al hecho de que resulte de la aplicación de las reglas sobre “*antigüedad*”, previstas en tales normas legales o convencionales. En este punto, interesa tener presente que el artículo 26.3 del ET (como norma legal) señala que mediante la negociación colectiva, o en su defecto el contrato de trabajo, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base y los complementos salariales, siendo uno de ellos, el ligado a las “*condiciones personales del trabajador*” (debiendo incluirse aquí el complemento salarial por antigüedad), y no teniendo carácter consolidable, salvo pacto en contrario, los complementos ligados al puesto de trabajo o a la situación o resultados de la empresa. Y conforme al artículo 25 del ET, el trabajador, en función del trabajo desarrollado, podrá tener derecho a una promoción económica en los términos fijados en convenio colectivo o contrato individual. En esta materia, los tribunales han entendido justificado el incremento salarial efectuado por el empresario interesado en retener al trabajador con largos años de experiencia en su profesión, con finalidad de igualar una oferta de contratación con mejor nivel salarial que por aquéllas fechas le había hecho otra empresa de la competencia<sup>91</sup>.

Mayores problemas presentan aquellos incrementos salariales derivados de “*ascensos reglamentarios de categoría profesional*”. Con carácter previo, hay que señalar que la Ley 3/2012 de Medidas Urgentes para la reforma del mercado de trabajo, ha suprimido el concepto de “*categoría profesional*”, como criterio de clasificación profesional, sustituyéndolo por otro más amplio que es el del “*grupo profesional*”, reforma que cabe entender implícita en el redactado del artículo 162 del TRLGSS. Además, en la actualidad, los ascensos se producen con respeto a los criterios previstos convencionalmente y no “*reglamentariamente*”. El artículo 24 del ET indica que los ascensos, dentro del sistema de clasificación profesional, se producirán conforme a lo que se establezca en convenio colectivo o, en su defecto, en acuerdo colectivo entre empresa y representantes de los trabajadores, y, en todo caso, se producirán teniendo en cuenta la formación, méritos, antigüedad del trabajador “*así como las facultades organizativas del empresario*”.

<sup>91</sup> STSJ de Cataluña de 29 de marzo de 2012 (Recurso nº 7260/2010); STSJ de Cataluña de 15 de marzo de 2007 (Recurso nº 476/2006); STSJ de Cataluña de 28 de enero de 2000 (Recurso nº 2817/1999).

Ciertamente, en aquellos casos en que el ascenso respeta los criterios previstos convencionalmente y deriva de la antigüedad del trabajador, o de su formación, cabe entender que el aumento salarial y el de las consiguientes bases de cotización, no tiene sobre sí mismo sospecha alguna de fraude. Pero distinta puede ser la conclusión, cuando el ascenso, y el aumento del salario, deriva de las facultades organizativas del empresario, y es que en este punto, y como vimos anteriormente, el legislador presume como fraudulento cualquier incremento salarial que se produzca exclusivamente “*por decisión unilateral de la empresa en virtud de sus facultades organizativas*”. La única vía de salvar esta dicotomía es la de interpretar que serán fraudulentos los incrementos retributivos derivados de ascensos decididos unilateralmente por el empresario sin justificación objetiva alguna. Y no lo serán aquellos que sean consecuencia de ascensos a una vacante a la que aspiran varios candidatos, aún cuando el empresario haya optado por aquel trabajador cuya edad es cercana a la jubilación, siempre que dicha decisión venga justificada por su mayor experiencia<sup>92</sup>.

El empresario, dentro de sus facultades organizativas, puede encomendar al trabajador funciones de mayor responsabilidad a las que venía realizando, y en virtud de ese poder de dirección y control de la actividad laboral que le atribuye el artículo 20 del ET, puede tomar las decisiones organizativas que crea oportunas, siempre que comporten una mayor responsabilidad para el trabajador justificativa de una mayor retribución. En tales casos, será suficiente con que el ascenso profesional sea evidente, y comporte el desarrollo efectivo de unas nuevas y superiores funciones por parte del trabajador. Y será indiferente que el ascenso derive de una decisión unilateral del empresario, o provenga de un acuerdo entre las partes. Lo relevante será que se desarrollen de manera efectiva tareas que impliquen una mayor responsabilidad, y que, como consecuencia de ello, el salario a percibir por el trabajador sea superior, con el consiguiente aumento de las bases de cotización.

En este sentido, se consideran justificados los incrementos de las bases de cotización como consecuencia de ascensos dentro del sistema de clasificación profesional<sup>93</sup>, pero también aquellos que encuentren su explicación en aumentos salariales derivados de una mayor carga de trabajo, nuevas competencias,

<sup>92</sup> Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, ob. cit. pág. 2 y ss.

<sup>93</sup> STSJ de Cataluña de 9 de abril de 1998 (Recurso nº 3260/1997): en un supuesto de ascenso de oficial primera administrativo a Director Comercial; STSJ de Cataluña de 3 de diciembre de 1997 (Recurso nº 3888/1997), en un supuesto de ascenso de Oficial de Segunda a Jefe de Personal.

responsabilidades, y funciones asumidas por el trabajador<sup>94</sup>, sin que ello deba forzosamente reflejarse en un aumento de jornada o de grupo profesional. También se considera justificado el ingreso extemporáneo de cuotas correspondientes a un ascenso de categoría profesional<sup>95</sup>; o cuando el ascenso viene motivado por la unificación de los grupos de cotización<sup>96</sup>, o por la aplicación de una normativa comunitaria que obliga a la empresa a adaptar su organigrama profesional, con la consiguiente reestructuración organizativa<sup>97</sup>.

## 5.2. Los incrementos salariales por conceptos retributivos previstos legal o convencionalmente

La segunda de las excepciones a la presunción de fraude son: “*los incrementos salariales que deriven de cualquier otro concepto retributivo establecido con carácter general y regulado en (las citadas) disposiciones legales o convenios colectivos*” (artículo 162.3, tercer párrafo). En aquellos casos en que el incremento salarial derive de la incorporación de un nuevo concepto retributivo creado por norma legal o convencional, impide considerar que el incremento correlativo de la base de cotización sea ficticio. Estamos ante incrementos retributivos que derivan de un imperativo legal y convencional, no dependiente, y por tanto ajeno, a la voluntad de las partes<sup>98</sup>. Los supuestos en los que piensa la

<sup>94</sup> STSJ de Cataluña de 28 de febrero de 2014 (Recurso nº 5273/2013), en un supuesto de mejora salarial como consecuencia del desempeño de tareas como “jefe de compras”; STSJ de Cataluña de 26 de enero de 2010 (Recurso nº 6680/2008); STSJ de Canarias de 26 de septiembre de 2013 (Recurso nº 1668/2011), al desempeñar funciones de “Jefe de Sector”; STSJ de Cataluña de 31 de mayo de 2013 (Recurso nº 444572012); STSJ de Cataluña de 19 de julio de 2012 (Recurso nº 4682/2011); STSJ de Cataluña de 6 de julio de 2011 (Recurso nº 2125/2011); STSJ de Cataluña de 6 de julio de 2011 (Recurso nº 2125/2011); STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de junio de 2011 (Recurso nº 306/2011); STSJ de Cataluña de 9 de febrero de 2011 (Recurso nº 1453/2010); STSJ de Cataluña de 22 de julio de 2010 (Recurso nº 504/2010); STSJ de Cataluña de 15 de enero de 2010 (Recurso nº 6680/2008); STSJ de Cataluña de 18 de noviembre de 2009 (Recurso nº 4663/2008); STSJ de Cataluña de 10 de octubre de 2006 (Recurso nº 103/2005); STSJ de Cataluña de 3 de noviembre de 2004 (Recurso nº 8005/2003); STSJ de Cataluña de 10 de diciembre de 2001 (Recurso nº 3335/2001); STSJ de Cataluña de 13 de octubre de 2001 (Recurso nº 3030/2001); STSJ de Castilla y León de 27 de febrero de 2001 (Recurso nº 2685/2000); STSJ de Cataluña de 26 de septiembre de 2000 (Recurso nº 1665/2000); STSJ de Cataluña de 7 de octubre de 1999 (Recurso nº 1286/1997); STSJ de Cataluña de 20 de abril de 1998 (Recurso nº 3353/1997); STSJ de Cataluña de 15 de mayo de 1996 (Recurso nº 1647/1996).

<sup>95</sup> STSJ de Cataluña de 31 de mayo de 2007 (Recurso nº 8853/2006).

<sup>96</sup> STSJ de Cantabria de 20 de enero de 1998 (Recurso nº 1276/1997).

<sup>97</sup> STSJ de Cantabria de 9 de abril de 2003 (Recurso nº 1171/2002).

<sup>98</sup> Rodríguez Gutiérrez, J., “Incrementos injustificados de las bases de cotización ante la proximidad de la jubilación”, ob. cit. pág. 254 y ss.

norma son aquellos nuevos conceptos retributivos que se establecen en los sucesivos convenios colectivos y que suponen un incremento efectivo de salario, al no ser absorbidos o compensados con el salario base. Es decir, cualquier plus que venga a sumarse al salario base en la estructura salarial<sup>99</sup>.

Así sucede cuando el incremento retributivo deriva de la adaptación de las condiciones salariales al nuevo convenio colectivo aplicable a la empresa<sup>100</sup>. Pero también cuando el incremento salarial deriva de un acuerdo alcanzado entre la representación de los trabajadores y el empresario, en un momento en que la edad que tenía el trabajador no permitía sospechar que tuviera por objeto la obtención de una superior pensión de jubilación vulnerando la legalidad<sup>101</sup>, o cuando el incremento de cotizaciones deriva de un acuerdo entre los propios socios de la empresa para incrementar los salarios de sus trabajadores y no repartir dividendos, si en dicho acuerdo no se apreciara actuación fraudulenta alguna<sup>102</sup>. En el mismo sentido, la adquisición de participaciones sociales por parte de los trabajadores, no constituye salario, por lo que en modo alguno puede ser objeto de cotización, ni pueden ser tenidas en cuenta para el cálculo de la pensión de jubilación<sup>103</sup>.

En este punto, tanto la doctrina científica<sup>104</sup> como la judicial<sup>105</sup>, han insistido en que no puede considerarse como injustificada, y por tanto fraudulenta, la regularización llevada a cabo por la empresa en supuestos de infracotización, pues el hecho de que la misma esté cotizando por bases inferiores a las legalmente correspondientes, no puede perjudicar al trabajador, ya que corresponde

<sup>99</sup> Gutiérrez Arranz, R., “El riesgo de perder cuotas de cara a la pensión de jubilación porque el INSS aprecie la existencia de incrementos fraudulentos”, ob. cit. pág. 2 y ss.

<sup>100</sup> STSJ de Cataluña de 8 de febrero de 2012 (Recurso nº 6255/2010).

<sup>101</sup> STSJ del País Vasco de 10 de enero de 2012 (Recurso nº 2559/2011).

<sup>102</sup> STSJ de Cataluña de 8 de octubre de 2007 (Recurso nº 4671/2006).

<sup>103</sup> STSJ de Andalucía de 2 de junio de 2011 (Recurso nº 2260/2010).

<sup>104</sup> Alegre Nuño, M., “Incrementos en las bases de cotización: ¿Son siempre admisibles para calcular la pensión de jubilación”, ob. cit. pág. 122. Maldonado Molina, J.A., “Incrementos fraudulentos de bases de cotización”, ob. cit. pág. 35 y ss.

<sup>105</sup> STSJ de Cataluña de 16 de marzo de 2011 (Recurso nº 7511/2010); STSJ de Galicia de 15 de enero de 2010 (Recurso nº 3640/2006); STSJ de Cataluña de 6 de noviembre de 2000 (Recurso nº 2017/2000); STSJ de Cataluña de 27 de septiembre de 2000 (Recurso nº 1675/2000); STSJ de Cantabria de 11 de septiembre de 2000 (Recurso nº 1590/1998), que si bien no considera fraudulentos los incrementos derivados de infracotización, precisa que aquellos que superen las bases máximas, no han de ser tenidos en cuenta; STSJ de Galicia de 26 de enero de 2000 (Recurso nº 4934/1996); STSJ de Canarias de 28 de junio de 1999 (Recurso nº 383/1997).

al empresario la obligación de ingreso de las aportaciones propias y las de sus trabajadores. Y lo mismo cabe decir cuando el incremento de las bases de cotización deriva de la circunstancia de que el trabajador prestase servicios en régimen de pluriempleo para varias empresas que imponía la obligación de cotizar por bases máximas<sup>106</sup>.

### 5.3. Los incrementos salariales justificables por otras vías

Una de las cuestiones que se ha suscitado es la de si es posible justificar incrementos salariales por otras vías distintas a las dos anteriormente analizadas y previstas en el artículo 162.3 del TRLGSS. O dicho de otro modo, si el beneficiario puede justificar la realidad de los incrementos salariales producidos, al margen de los dos supuestos contemplados legalmente.

Aparentemente, de la literalidad del precepto, parece deducirse que el beneficiario no dispone de otros medios para justificar la objetividad de los incrementos más allá de los supuestos aquí comentados. Sin embargo, no puede olvidarse que esta norma tiene su origen en el Real Decreto-Ley 13/1981, en una transcripción literal de su artículo 1, pero cuya exposición de motivos señalaba que se deberían exceptuar aquellos incrementos salariales que fueran consecuencia de antigüedad, ascensos reglamentarios “*y cualquier otra circunstancia cuya realidad y legalidad pueda verificarse*”, con lo que parece evidente, en una interpretación histórica, que sería posible que el beneficiario pudiera desplegar una actividad probatoria más allá de la literalidad de la norma<sup>107</sup>.

Desde esta perspectiva se ha permitido al beneficiario justificar la realidad de incrementos retributivos derivados de incentivos a la producción plenamente justificables<sup>108</sup>, o cuando dichos incrementos consisten en una cantidad aplicada a más trabajadores que el propio beneficiario<sup>109</sup>, o a la generalidad de la plantilla, aunque no esté prevista expresamente en el convenio colectivo<sup>110</sup>. Por esta vía se ha entendido que si en una sentencia previa, y en un procedimiento judi-

<sup>106</sup> STSJ de Galicia de 3 de junio de 2005 (Recurso nº 1189/2005).

<sup>107</sup> Rodríguez Gutiérrez, J., “Incrementos injustificados de las bases de cotización ante la proximidad de la jubilación”, ob. cit. pág. 256 y ss.

<sup>108</sup> STSJ de Castilla y León de 11 de noviembre de 1997 (AS 1997/3691).

<sup>109</sup> STSJ de Canarias de 26 de septiembre de 2013 (Recurso nº 1668/2011); STSJ de Castilla y León de 7 de mayo de 2002 (Recurso nº 334/2002); STSJ de Cataluña de 10 de octubre de 2000 (Recurso nº 1060/2000).

<sup>110</sup> STSJ de Cantabria de 28 de abril de 1997 (AS 1997/1434).

cial seguido por las mismas partes, se declaran probadas las bases de cotización del trabajador en el relato fáctico, no cabe posteriormente discutir si se ha producido un incremento injustificado de las mismas, ya que lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso, vincula al Tribunal de un proceso posterior, cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, y siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal<sup>111</sup>.

## 6. EFECTOS DEL INCREMENTO INJUSTIFICADO DE LAS BASES DE COTIZACIÓN

Según el 23.1.e) del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, es una infracción muy grave: “*Incrementar indebidamente la base de cotización del trabajador de forma que provoque un aumento en las prestaciones que procedan*”<sup>112</sup>. Siendo ello así desde el punto de vista sancionador, sin embargo, el legislador de Seguridad Social no hace expresa mención a los efectos que comporta el incremento injustificado de las bases de cotización en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de la pensión de jubilación, más allá de la afirmación de que “*no se podrán computar*” los mismos.

Aquellos incrementos en las bases de cotización de los dos años inmediatamente anteriores al hecho causante que fueran superiores al incremento interanual experimentado en el convenio de aplicación, y con las excepciones establecidas en el artículo 162.2, 3 y 4 del TRLGSS, no se deben computar a efectos de la base reguladora a la hora de calcular la cuantía de la pensión de jubilación. Se producirá por tanto una congelación de los efectos de las subidas salariales favorables al trabajador sobre las bases de cotización<sup>113</sup>.

El legislador entiende que en estos casos dichos incrementos van dirigidos exclusivamente a obtener una mayor pensión, y por tanto, decide, como norma general, que no deben ser computados a la hora de calcular la base reguladora de dicha pensión<sup>114</sup>. Ello supone, a su vez, que la Entidad Gestora, no tiene obliga-

<sup>111</sup> STSJ de Castilla y León de 15 de julio de 2004 (Recurso nº 498/2004).

<sup>112</sup> Fernández Orrico, F.J., *La Inspección de Trabajo frente al fraude en las prestaciones de Seguridad Social*, ob. cit. pág. 98 y ss.

<sup>113</sup> Alegre Bueno, M., “Incrementos en las bases de cotización: ¿Son siempre admisibles para calcular la pensión de jubilación?”, ob. cit. pág. 122.

<sup>114</sup> De hecho, la declaración de fraude en los incrementos de las últimas bases de cotización declarada por el artículo 162.2 del TRLGSS debe alcanzar también a las bases empleadas para el

ción de recabar ninguna información adicional en este sentido, sino que automáticamente, y una vez comprobado que dichos incrementos superan los límites establecidos, debe proceder a reducir las bases de cotización, hasta ajustarlas a dichos límites<sup>115</sup>. Ahora bien, en tales casos, la cuestión a determinar es cómo han de computarse las mismas, y al respecto las interpretaciones han sido dispares.

Una posibilidad sería la de calcular la base reguladora de la pensión de jubilación conforme el importe de las cotizaciones del beneficiario anteriores en el tiempo, y concretamente en el mes inmediatamente anterior a aquél en que se produjo el incremento injustificado de las bases de cotización. Se trataría de congelar la cuantía de las cotizaciones al periodo anterior al que se produjo el incremento, sin tan siquiera aplicar el aumento resultante del porcentaje de incremento salarial pactado en los sucesivos y posteriores convenios colectivos durante ese periodo de tiempo.

Otra posibilidad (más respetuosas con la norma), sería la de entender que durante el período de referencia defraudado, las bases de cotización han de reducirse hasta hacerlas coincidir con el salario fijado anualmente en el convenio colectivo de aplicación, y más concretamente con el salario correspondiente a las funciones del trabajador. De esta forma, además de evitarse el fraude, se restablece el equilibrio entre el trabajo realizado, la contraprestación económica recibida, las cotizaciones efectuadas, y las bases de cotización computables<sup>116</sup>.

Una tercera posibilidad sería la de aceptar que durante el período defraudado, las bases de cotización, no solamente tienen que reducirse hasta coincidir con el salario fijado anualmente el convenio colectivo aplicable, sino que también habrían de incorporarse los incrementos pactados en el mismo, derivados del aumento del IPC a los que no se puede negar validez, ya que de lo que se trata es de evitar el fraude que pudiese suponer un abusivo e injustificado aumento de las cotizaciones que no tenga otra finalidad que preparar una mayor jubilación a favor de un determinado y concreto trabajador, pero no de evitar los ordinarios, ponderados y sucesivos incrementos de las mismas que se ajusten a

cálculo de subsidios percibidos inmediatamente antes de acceder a la pensión de jubilación, como ocurre con las prestaciones de desempleo: Rivas Vallejo, P., “Cuantía de la prestación”, ob. cit. pág. 189.

<sup>115</sup> Rodríguez Gutiérrez, J., “Incrementos injustificados de las bases de cotización ante la proximidad de la jubilación”, ob. cit. pág. 244 y ss.

<sup>116</sup> STSJ de Asturias de 6 de mayo de 2011 (Recurso nº 509/2011); STSJ de la Rioja de 11 de diciembre de 1997 (Recurso nº 289/1997).

los ordinarios parámetros de incremento salarial aplicables a la generalidad de los trabajadores<sup>117</sup>.

Y una última interpretación, sería aquella que entiende que las bases de cotización se han de computar en un importe igual al promedio del año inmediatamente anterior al hecho causante de la jubilación, incrementadas con el IPC medio anual<sup>118</sup>.

Esta falta de claridad sobre el modo de regularizar aquellas bases de cotización que fueron incrementadas artificialmente, no hace más que generar dudas innecesarias a la hora de interpretar la norma, lo cual exigiría, de “lege ferenda”, una rápida respuesta legislativa.

Otro de los problemas que se suscita de producirse un incremento injustificado de las bases de cotización, y para el caso de que la Entidad Gestora proceda a su minoración, es el de determinar si el trabajador puede reclamar la devolución de las cuotas ingresadas indebidamente, ya que podría entenderse, en caso contrario, que la Tesorería General de la Seguridad Social se habría enriquecido injustamente, aceptando unas cotizaciones que de antemano podía saber incorrectas. En este punto los pronunciamientos judiciales<sup>119</sup> han entendido que, pese que la Entidad Gestora haya estado admitiendo de manera indebida cotizaciones por no haber efectuado una correcta actividad inspectora, ello en modo alguno legitima la devolución de dichas cotizaciones al beneficiario, por no suponer un enriquecimiento injusto para la Tesorería General de la Seguridad Social, ya que dichas cotizaciones también podían haber servido para la obtención de otras prestaciones de Seguridad Social<sup>120</sup>.

El hecho de que aquellas cotizaciones fueran asumidas por la Tesorería General de la Seguridad Social no impide calificar como de fraudulenta la conducta del beneficiario si se constata su existencia, pues a dicho organismo no

<sup>117</sup> STSJ de Cataluña de 1 de diciembre de 2004 (Recurso nº 6511/2003).

<sup>118</sup> STSJ de Cataluña de 24 de abril de 2013 (Recurso nº 2668/2012); STSJ de Cataluña de 8 de octubre de 2007 (Recurso nº 4671/2006). En la doctrina científica: Vivas Larruy, A., “A vueltas sobre el incremento de bases de cotización a efectos de la pensión de jubilación”, *Consell Obert*, nº 102, 1996, pág. 32 y ss. Rivas Vallejo, P., “Cuantía de la prestación”, ob. cit. pág. 173.

<sup>119</sup> STSJ del País Vasco de 5 de octubre de 2010 (Recurso nº 1707/2010); STSJ del País Vasco de 9 de diciembre de 2009 (Recurso nº 2104/2009); STSJ de Cataluña de 12 de julio de 1996 (Recurso nº 4169/1996).

<sup>120</sup> En el mismo sentido: Alonso Olea, M., Tortuero Plaza, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, ob. cit. pág. 432.

le incumbe calificar los ingresos que le efectúan ni detectar irregularidades que en ellos se puedan producir. Hay que tener presente que si por meras sospechas o presunciones rechazara las cotizaciones que le ingresan, podría situarse en una situación de ilegalidad y, en un hipotético litigio, resultaría condenada con bastante probabilidad. Además, si el cobro de las cuotas sin objeción convirtiera toda su cuantía en legítima o regular, no tendría sentido la existencia de los apartados 2º, 3º y 4º del artículo 162 del TRLGSS.

Otra cuestión a resolver es si la Entidad Gestora que aceptó tal incremento injustificado de cotizaciones, puede ir contra sus propios actos, impidiendo al beneficiario que se computen los mismos en la prestación de jubilación, y en este punto la doctrina judicial<sup>121</sup> ha insistido en que no por varios motivos:

En primer lugar, porque para poder aplicar la doctrina de los actos propios sería preciso que existiese un acto inequívoco de la Entidad Gestora (que genere efectos) en torno a la validez de las cotizaciones efectuadas en el tramo temporal, y la incompatibilidad entre el contenido de ese acto y su actuación posterior, lo que generalmente no sucede, pues el hecho de que la Entidad Gestora, para calcular el importe de la prestación de jubilación, tome en consideración las cotizaciones realizadas indebidamente incrementadas, no puede valorarse como un acto inequívoco de su voluntad de reconocerles eficacia a efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación ordinaria.

En segundo lugar, porque en el ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social la aplicación de la doctrina de los actos propios resulta improcedente, o cuando menos está fuertemente limitada, pues las entidades gestoras, que en su actuación están sujetas al principio de legalidad consagrado en el artículo 103.1 de la CE, no pueden violentar normas imperativas como la contenida en el artículo 162.2 del TRLGSS, por lo que tal teoría no es susceptible de amparar una actuación que conlleve la conservación de supuestos derechos dimanantes de pretendidos actos propios que se han revelado contrarios al ordenamiento jurídico. Por tanto, no puede aceptarse que la actuación de la entidad gestora quebrante el principio de seguridad jurídica, pues la misma se limita a cumplir un mandato legal.

Estas líneas interpretativas utilizadas por los tribunales de justicia, son plenamente criticables. No es de extrañar que se haya discutido hasta qué punto la propia TGSS podría rechazar el ingreso de cuotas superiores a los límites

<sup>121</sup> STSJ del País Vasco de 22 de febrero de 2001 (Recurso nº 2944/2010).

legales (o por lo menos advertirlo), a través de una sencilla operación de cotejo con las bases de cotización que resultasen de aplicar el salario pactado en convenio colectivo, y ello sin olvidar la dificultad que para los trabajadores por cuenta ajena supone el hecho de no recaer sobre ellos la responsabilidad directa de la liquidación de las cuotas, al ser esta responsabilidad del empresario<sup>122</sup>.

## 7. CONCLUSIONES

I.- En la práctica, la jubilación del trabajador va a suponer para el mismo una disminución de sus ingresos reales, debido a que éstos aumentaron durante su vida laboral, y la pensión puede no compensar la retribución que percibía. Ante tal circunstancia, el trabajador puede desear incrementar arbitrariamente sus bases de cotización en los últimos años de su vida laboral con la intención de poder obtener una cuantía superior en su pensión de jubilación. Este tipo de actuación, en connivencia con el empresario, puede constituir una actuación fraudulenta frente a la que el ordenamiento jurídico debe reaccionar. Sin embargo, hay ocasiones en que los incrementos en las bases de cotización del trabajador no derivan de pactos ilegales con el empresario, sino que se basan en situaciones objetivas y razonables, situaciones que el ordenamiento jurídico también ha de amparar si no se desea sancionar injustificadamente al trabajador a la hora de acceder a la pensión de jubilación.

II.- El artículo 162. 2, 3 y 4 del TRLGSS establece una presunción legal de fraude en la conducta del futuro beneficiario de la prestación contributiva de jubilación. Según dicho precepto, a la hora de determinar la base reguladora de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, no se podrán computar los incrementos de las bases de cotización producidos en los dos últimos años y que sean consecuencia de aumentos salariales superiores al incremento medio interanual experimentado en convenio colectivo aplicable o, en su defecto, en el correspondiente sector; tampoco los aumentos que provengan de decisiones unilaterales del empresario en el ejercicio de sus facultades organizativas; ni los aumentos que deriven de pactos efectuados en función del cumplimiento de una determinada edad próxima a la jubilación. Posteriormente fija toda una serie de excepciones a esta regla general.

<sup>122</sup> Rivas Vallejo, P., “Cuantía de la prestación”, ob. cit. pág. 179. Vivas Larruy, A., “A vueltas sobre el incremento de bases de cotización a efectos de la pensión de jubilación”, ob. cit. pág. 32 y ss.

III.- De dicha regulación se desprende que a la hora de analizar la carga de la prueba en la conducta fraudulenta del beneficiario (consistente en el incremento injustificado de las bases de cotización con vista a incrementar la pensión de jubilación), hay que distinguir dos períodos temporales: el de los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de la pensión de jubilación; y aquél que excede del mismo. En el primero de estos períodos, cabe aplicar literalmente la normativa de Seguridad Social, de modo que tales incrementos se presumen fraudulentos, y corresponderá al beneficiario demostrar la justificación y objetividad de los mismos. En el segundo de estos supuestos, cabe acudir a los artículos 6.4º y 7.2º del Código Civil, de modo que, en aplicación de las reglas que disciplinan la carga de la prueba, el fraude no se presumirá, sino que será la Entidad Gestora quien deberá probar la existencia de un ánimo defraudador por parte del beneficiario de la pensión.

IV.- La apreciación de cuándo un aumento de las bases de cotización obedece a una causa justificada o por el contrario se produce con un ánimo fraudulento, es una cuestión difícil de discernir, que no va a encontrar una solución fácil vía jurisprudencial. Al tratarse de la valoración de unos hechos y de unas conductas concretas, la casuística es muy amplia, lo que dificulta la existencia de una doctrina unificada al respecto.

V.- Una interpretación jurisprudencial extensiva del fraude no puede excluir la posibilidad de progresar económica y profesionalmente, de quienes se hallen en edades próximas a la jubilación, cuando se den las causas que lo permitan, ya que, en caso contrario, podría lesionarse el derecho a la promoción a través del trabajo reconocido en el artículo 35.1 de la CE. Por otra parte, el artículo 14 de la CE prohíbe cualquier tipo de discriminación por razón de edad, y todo ello, unido al principio rector de la política social y económica de garantizar la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad (artículos 53.3 y 50 de la CE), impiden acudir a automatismos presuntivos que nos lleven a considerar que el mero incremento justificado de remuneraciones salariales producido en los dos años inmediatos previos a la jubilación es indicio suficiente de la existencia de fraude.

VI.- Por otro lado, una interpretación extensiva del fraude en estas situaciones, choca también con ciertos principios que rigen en el Derecho del Trabajo, como es el principio de condición más beneficiosa, que permite a las partes, en el seno del contrato de trabajo, mejorar las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo de referencia. Y también choca con la legitimidad del ejercicio del poder de dirección empresarial al amparo del derecho de libertad de empresa consagrado constitucionalmente. Más sencillo y acorde con

la realidad hubiera sido introducir legalmente la prohibición del fraude con carácter genérico en lugar de utilizar la técnica de presumir legalmente el fraude en el actuar del trabajador que se encuentra a las puertas de la jubilación

VII.- Determinar cuándo un incremento de las bases de cotización se efectúa con ánimo de aumentar una futura pensión de jubilación, y cuando no, puede convertirse en una cuestión difícil de dilucidar, y en cierta manera pierde eficacia ante los nuevos cambios normativos, que tienden a calcular la jubilación conforme a lo cotizado durante los últimos veinticinco años. El principio de guo, de ahí que la regla analizada pueda estar perdiendo su eficacia práctica.

# EL COMPLEMENTO POR DISCAPACIDAD Y LA CUOTA DE RESERVA DE PUESTOS DE TRABAJO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS ÚLTIMOS AÑOS (2012-2014)\*

DAVID GUTIÉRREZ COLOMINAS

*Personal Investigador en Formación de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad Autónoma de Barcelona.

## EXTRACTO

**Palabras clave: Personas con Discapacidad; negociación colectiva; complemento por discapacidad; cuota de reserva**

La especial preocupación que el legislador español ha mostrado a lo largo de estos últimos años por la integración de las personas con discapacidad no ha generado los resultados positivos esperados, toda vez que la aplicación y desarrollo de la normativa ha supuesto notables disfunciones. Ante este escenario, se aprobó la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012, que propone entre otras medidas el fomento de la intervención de los agentes sociales, a fin de situar la negociación colectiva como un elemento clave que solvante las deficiencias en el cumplimiento de la cuota de reserva y mejore la calidad en el empleo este colectivo.

Así pues, el presente trabajo analiza cuál ha sido el papel que ha asumido la negociación colectiva en materia de protección social complementaria y cuota de reserva durante los años 2012-2014, a fin y efecto de examinar la estructura habitual de este tipo de cláusulas convencionales y cómo se han integrado las líneas de actuación de la Estrategia Global de Empleo en la negociación colectiva.

## ABSTRACT

**Keywords: People with Disabilities; collective bargaining; disability complement; job reservation quota**

The particular concern that Spanish legislator has shown over recent years by the integration of people with disabilities has not generated the expected positive results, since the application and development of the regulation has caused remarkable dysfunctions. Based on this scenario, the Global Strategy of Action for the Employment of People with Disabilities 2008-2012, which proposes among other measures to promote the involvement of the social partners, was adopted in order to place collective bargaining as a key element to solve deficiencies in fulfilling the job reservation quota and improve the quality of employment of people with disabilities.

Therefore, the aim of this paper is to examine what has been the role that collective bargaining has taken on complementary social protection and job reservation quota for people with disabilities during the years 2012-2014, due to examine the effect and structure of this standard type of treaty provisions and how they have integrated the guidelines of the Global Employment Strategy in collective bargaining.

\* El presente trabajo se inserta en las labores del proyecto de investigación I+D DER 2010-15855 (subprograma JURI), *Análisis jurídico-laboral de la Estrategia Global de Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012*, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, en el que el autor es miembro del grupo coordinado correspondiente a la Universidad Autónoma de Barcelona.

## ÍNDICE

1. EL MARCO JURÍDICO EUROPEO Y ESPAÑOL
2. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA INTEGRACIÓN CUALITATIVA Y CUANTITATIVA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
3. LA SITUACIÓN CONVENCIONAL DEL COMPLEMENTO POR DISCAPACIDAD Y LA CUOTA DE RESERVA
  - 3.1. Presentación del objeto de estudio y de la metodología adoptada
  - 3.2. La integración cualitativa: el complemento por discapacidad
    - 3.2.1. Introducción
    - 3.2.2. La configuración convencional del “complemento por discapacidad”
    - 3.2.3. Algunas reflexiones a propósito de la situación convencional del complemento por discapacidad
  - 3.3. La integración cuantitativa: la cuota de reserva
    - 3.3.1. Introducción
    - 3.3.2. Contenido convencional de la cuota de reserva
    - 3.3.3. Algunas reflexiones a propósito de la situación convencional de la cuota de reserva
4. CONCLUSIONES

## 1. EL MARCO JURÍDICO EUROPEO Y ESPAÑOL

La inserción de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo ordinario es una cuestión que ha preocupado especialmente a los poderes públicos, toda vez que el crecimiento económico y social pleno exige la inclusión laboral de la totalidad de la población.

Desde un plano normativo, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es la norma por excelencia, cuyo artículo 27 aboga por el empleo de este colectivo en el medio ordinario. Para ello, se instituye la accesibilidad como fundamento para la integración laboral plena y efectiva de las personas con discapacidad, en tanto que la preferencia de la inserción en entornos laborales ordinarios requiere la adaptación del puesto de trabajo a las necesidades especiales del trabajador con discapacidad.

A esta norma ha de sumársele un marco jurídico europeo<sup>1</sup>, que persigue como objetivo reforzar la igualdad entre los ciudadanos de los estados miem-

<sup>1</sup> El artículo 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sienta las bases contra la discriminación por razón de discapacidad, entre otras, mediante un mandato de lucha permanente, al cual debe sumársele, de forma más concreta, la adopción de acciones adecuadas a través del Consejo para luchar contra esta causa de discriminación *ex* artículo 19 de la citada norma.

bros<sup>2</sup>. Las disposiciones más relevantes en esta materia son la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea<sup>3</sup>, la Directiva relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de las personas con discapacidad<sup>4</sup> o la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020<sup>5</sup>. Todas ellas persiguen reforzar la participación de las personas con discapacidad en la sociedad, y se han constituido como mecanismos de garantía para que los Estados Miembros, y en particular España, instrumenten de forma efectiva la inserción laboral de las personas con discapacidad.

A nivel español, el marco constitucional, que se establece a partir de la interpretación del artículo 14 C.E en relación al artículo 9.2 C.E., obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, y les sitúa en una posición de garantes para lograr una inclusión plena y efectiva de las personas con discapacidad. Además, el mandato contenido en el artículo 40.1 C.E., que apela a la elaboración de una *política orientada al pleno empleo*, en consonancia con el artículo 35 C.E., supone reforzar la inserción laboral de las personas con discapacidad.

Ante tales exigencias constitucionales, el legislador ha mostrado una especial preocupación por este colectivo a lo largo de los últimos años<sup>6</sup>, pero los

<sup>2</sup> Tal propósito cristalizó en el artículo 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el cual declara que en la definición y ejecución de las políticas, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de discapacidad, entre otras.

<sup>3</sup> El artículo 26 contempla explícitamente el respeto y derecho de las personas con discapacidad a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, integración y participación social.

<sup>4</sup> Directiva núm. 2000/78 de 27 de noviembre de 2000. Debe señalarse que la citada Directiva, cuya transposición al ordenamiento español se realizó a través de la Ley 62/2003, de 30 de Diciembre, es especialmente importante debido a que establece un marco general europeo de lucha contra la discriminación por razón de discapacidad, entre otros, en materia de empleo y ocupación, fijando así diversas medidas en aras de la aplicación del principio de igualdad de trato en las condiciones de acceso al empleo, el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, condiciones de empleo y trabajo, entre otras.

<sup>5</sup> Este instrumento de 15 de Noviembre de 2010 persigue como finalidad fomentar la participación de las personas con discapacidad y mejorar la eficacia de sus derechos en ocho ámbitos de intervención prioritaria, entre los que se incluyen el empleo y la protección social.

<sup>6</sup> Buena muestra de ello son las distintas normas que se han aprobado en materia de discapacidad, entre las cuales destacan la Ley 13/1982, de 7 de Abril, de integración social de los minusválidos (en adelante, Ley 13/1982), la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (en adelante, Ley 51/2003), la Ley 49/2007 de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibi-

distintos indicadores relativos al empleo de las personas con discapacidad<sup>7</sup>, sumados a la brecha salarial que separa económicamente al citado colectivo<sup>8</sup>, evidencian el poco éxito de las políticas de empleo. Las causas obedecen a la falta de previsión de normas adecuadas con la frecuencia necesaria para su total efectividad, tal y como ha señalado la doctrina<sup>9</sup>. De esta forma, pueden observarse actuaciones concretas, tales como el fomento de la contratación en el ámbito ordinario<sup>10</sup>, o en centros especiales de empleo<sup>11</sup>, así como también la configuración de la cuota de reserva, cuya excepción a su cumplimiento se ha convertido en la tónica imperante<sup>12</sup>, medidas éstas que, a la luz de los resultados anteriormente citados, no han contribuido a la integración efectiva de las personas con discapacidad.

lidad universal de las personas con discapacidad, todas ellas derogadas por el Real Decreto Ley 1/2013, de 29 de Noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, LGDPPD).

<sup>7</sup> Las últimas tasas de actividad, empleo y paro de las personas con discapacidad publicadas, correspondientes a 2013, ascienden al 37,4 %, el 24,3 % y el 35 %. En cuanto a las personas sin discapacidad, las citadas magnitudes importan el 77,2 %, el 57,1 % y el 26 %. Fuente: INE. Datos extraídos del apartado “El empleo de las personas con discapacidad, Serie 2009-2013”.

<sup>8</sup> El documento “El Salario de las personas con Discapacidad. Explotación de la encuesta de Estructura salarial y de la Base Estatal de Personas con Discapacidad. Año 2011”, publicado por el INE el pasado 5 de Junio de 2014 refleja entre los principales resultados que “*El salario anual bruto para los trabajadores por cuenta ajena con discapacidad fue de 20.337,40 euros por trabajador en el año 2011, un 11,5 % menor que la de las personas sin discapacidad (22.970,40 euros).*”

<sup>9</sup> Desde 1982, con la aprobación de la Ley 13/1982, el legislador inició una tendencia legislativa protagonizada por la utilización de instrumentos jurídicos inadecuados, de tal suerte que “[...] se ha abusado de las Leyes de acompañamiento y de medidas urgentes, así como de la utilización de disposiciones reglamentarias sin un una adecuada cobertura legal [...]”, tal y como señala Esteban Legarreta, R.: «*La estrategia global de empleo de las personas con discapacidad. Un balance crítico tras su finalización.*», Revista de Derecho Social núm. 61, 2013, pág. 45; y Esteban Legarreta, R. y Pérez Amorós, F., “Estudio introductorio” en Esteban Legarreta, R. y Pérez Amorós, F.: (Directores), *La aplicación del Derecho del trabajo en los Centros Especiales de Empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 34 y ss.

<sup>10</sup> Vid. Esteban Legarreta, R. y Gutiérrez Colominas, D. «*La incentivación del empleo de las personas con discapacidad en el medio ordinario de trabajo.*», Revista Española de Discapacidad (REDIS), Vol. 2, núm. 1, 2014, págs. 7 a 32.

<sup>11</sup> Vid. Esteban Legarreta, R. y Pérez Pérez, J. «*Los incentivos laborales a la actividad en centros especiales de empleo*» en Esteban Legarreta, R. (Dir.) y Pérez Amorós, F. (Dir.): *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 301 a 348.

<sup>12</sup> Vid. Pérez Pérez, J. «*La cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad: Una visión crítica de la regulación de las medidas alternativas a su cumplimiento*», Aranzadi Social: Revista Doctrinal vol. 5 número 4 (jul.) 2012, págs. 135 a 166.

Los resultados de este tipo de actuaciones legales no han generado efectos especialmente positivos, y por ello, una de las posibles soluciones es incrementar el papel de la negociación colectiva. De ahí surge el propósito del presente estudio, que no es otro que analizar cuál ha sido el papel de la negociación colectiva en la integración laboral de este colectivo durante los últimos años. Para ello, se analizará primeramente la actuación de la negociación colectiva de forma general, y a continuación, se examinará cuál ha sido la actuación de la negociación colectiva durante los años 2012, 2013 y 2014, estudiando la presencia y configuración del complemento por discapacidad y disposiciones convencionales relativas a la cuota de reserva, puntos clave en los que la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012 (en adelante, Estrategia Global) propone el fomento de la intervención de los agentes sociales.

## **2. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA INTEGRACIÓN CUALITATIVA Y CUANTITATIVA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

Desde una perspectiva de fomento de la inserción y mejora de las condiciones de trabajo, el legislador no ha conferido el espacio que por su naturaleza, correspondería a la negociación colectiva<sup>13</sup>. Este hecho se ha repetido en distintas ocasiones, y ha dificultado y retrasado la integración laboral de este colectivo, pues no ha facilitado que los agentes sociales incluyan disposiciones convencionales encaminadas a exigir su inclusión en entornos ordinarios<sup>14</sup>. Para suplir tales carencias legislativas, se han elaborado distintos estudios que plasman recomendaciones dirigidas a los agentes sociales. Si bien la finalidad principal que persiguen es incrementar la eficacia de la intervención de la negociación colectiva en aquellas parcelas en las que pueden preverse medidas de inserción de este colectivo, las pretensiones básicas de estos textos se basan en concienciar a los agentes sociales de la importancia de esta cuestión.

<sup>13</sup> Paradigmático es el caso de la Ley 51/2003, la cual “[...] no remite a la negociación colectiva competencia alguna en materia de acciones positivas para los discapacidad, más bien debemos deducir lo contrario en sus arts. 8 y 9 donde parece reservarse la competencia a los poderes públicos.” tal y como destaca Ruiz Castillo, M. M., *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad.*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2010, pág. 157.

<sup>14</sup> Tal y como se ha señalado, la Ley 51/2003 es un claro ejemplo de ello, pero no el único. La Ley 62/2003 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, mate-

Destacan, entre ellos, el documento elaborado en 2013 por la Fundación Francisco Largo Caballero “*El impacto de la negociación colectiva sobre los trabajadores y trabajadoras con discapacidad*”, el documento emitido por la Secretaría Confederal de Acción Sindical de CCOO en septiembre de 2012 titulado “*Criterios para la negociación colectiva y la acción sindical*” o el informe del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (*sic*) de 2006 denominado “*Negociación colectiva e Inserción laboral de las personas con discapacidad. Informe aprobado por la Comisión de Seguimiento del Acuerdo para la Negociación Colectiva el día 26 de Enero de 2006*”, entre otros<sup>15</sup>. Dentro del conjunto de directrices o propuestas que figuran en tales documentos se encuentran algunas de gran interés, como por ejemplo: [...] *promover en los procesos de negociación colectiva el cumplimiento de la cuota del 2% en las empresas de más de 50 trabajadores, así como, en su caso, la utilización con carácter temporal y excepcional de las medidas alternativas*<sup>16</sup>; *articular un método concreto para avanzar paulatinamente en el cumplimiento de esa cuota de reserva en el empleo, a través del juego de una serie de mecanismos que operen en las políticas de selección, reclutamiento y contratación*<sup>17</sup>; *prever actuaciones ante el incumplimiento de lo pactado y mecanismos eficaces de supervisión y administración de los convenios*<sup>18</sup>; *promover la modificación de la normativa vigente de tal forma que se contemple la posibilidad de actuación de la Negociación Colectiva, a través de la modulación de la cuota, para aquellas empresas que por sus*

realiza un marco que, en contradicción con la inexistencia de libertad a los agentes sociales, establecida en la Ley 51/2003, es excesivamente amplio y general. Así, el artículo 42 de la Ley 62/2003, permite la inclusión en los convenios colectivos de “*medidas dirigidas a combatir todo tipo de discriminación en el trabajo, a favorecer la igualdad de oportunidades y a prevenir el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*”, planteamiento éste que, por su vaguedad, convierte a la norma en poco operativa, lo cual *podría tildarse de propagandístico*, tal y como ha señalado Ruiz Castillo, M.M., *Ibíd.*, pág. 157.

<sup>15</sup> A mayor abundamiento, véase Cayo Pérez Bueno, L. (Dir.), *Manual para la negociación colectiva inclusiva en materia de discapacidad*, Madrid, Editorial Cinca, 2013, y Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, *VI Acuerdo de concertación social. Comisión de igualdad. Recomendaciones para la negociación colectiva en materia de personas con discapacidad*, 2005.

<sup>16</sup> *Vid.* Recomendación a los negociadores de convenios colectivos número 2 en Consejo andaluz de relaciones laborales, *VI Acuerdo de concertación social. Comisión de igualdad. Recomendaciones para la negociación colectiva en materia de personas con discapacidad*, 2005, pág. 9.

<sup>17</sup> *Vid.* Apartado 8 relativo a las propuestas para la utilización de la negociación colectiva para mejorar el acceso al empleo y las condiciones laborales de los trabajadores con discapacidades, y concretamente, apartado 8.2.2.4 Cláusulas relativas al ingreso en el trabajo en Fundación Francisco Largo Caballero, *El impacto de la negociación colectiva sobre los trabajadores y trabajadoras con discapacidad*, pág. 153.

<sup>18</sup> *Vid.* Pérez Bueno, LC. (Dir.), *Manual para la negociación colectiva...*, *op. cit.*, pág. 52

*características de actividad tengan dificultades para su cumplimiento<sup>19</sup> o priorizar el acceso al empleo ordinario de las personas con discapacidad, fijando compromisos de contratación superiores a la Cuota de Reserva de puestos de trabajo prevista en la Ley 13/1982 (LISMI)<sup>20</sup>.*

En este escenario de recomendaciones y directrices, y habida cuenta del potencial que posee la negociación colectiva en esta materia, el legislador aprobó el 26 de septiembre de 2008 la Estrategia Global, que contiene diversas propuestas encaminadas a fomentar la intervención de la negociación colectiva. Su finalidad principal es promover el acceso de las personas con discapacidad al mercado de trabajo ordinario, mejorando su empleabilidad y su integración laboral, a través de “[...] un repertorio, con su correspondiente calendario de iniciativas y medidas normativas, programáticas y presupuestarias [...]”<sup>21</sup>. Para ello, la Estrategia Global se construye a partir de tres tipos de objetivos: los de carácter general<sup>22</sup>, los objetivos operativos<sup>23</sup> y los de naturaleza transversal. El núcleo duro de la estrategia se halla en los objetivos operativos, los cuales se desarrollan detalladamente mediante noventa y tres líneas de actuación que persiguen una intervención concreta en determinados ámbitos *de variado conte-*

<sup>19</sup> Vid. Ministerio de trabajo y asuntos sociales, *Negociación colectiva e inserción laboral de las personas con discapacidad. Informe aprobado por la Comisión de Seguimiento del Acuerdo de la Negociación Colectiva el día 26 de Enero de 2006*, Madrid, 2005, pág. 60.

<sup>20</sup> Vid. Secretaría Confederal de Acción Sindical de CCOO, *Criterios para la negociación colectiva y la acción sindical*, 2012, pág. 61.

<sup>21</sup> Véase la disposición adicional duodécima de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

<sup>22</sup> En esta categoría, encontramos dos ítems: a) *aumentar las tasas de actividad y de ocupación así como la inserción laboral de las personas con discapacidad*, y b) *mejorar la calidad del empleo y dignificar las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad, combatiendo activamente su discriminación*.

<sup>23</sup> Los objetivos operativos que se plasman en la Estrategia son los siguientes: a) Remover las barreras de todo tipo (socioculturales, legales y físicas, tanto arquitectónicas como de comunicación) que aún dificultan el acceso al empleo con discapacidad; b) potenciar la educación y la formación de las personas con discapacidad para favorecer su empleabilidad; c) diseñar nuevas políticas activas de empleo mejor adaptadas a las necesidades de las personas con discapacidad y mejorar su gestión; d) promover una mayor contratación de personas con discapacidad en el mercado de trabajo ordinario; e) renovar el empleo protegido, preservando el dinamismo en la generación de empleo alcanzado en los últimos años y favoreciendo un mayor tránsito hacia el empleo ordinario; f) mejorar la calidad del empleo y de las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad, en particular combatiendo activamente su discriminación en el mercado de trabajo; y, finalmente, g) mejorar tanto los sistemas de recogida, análisis y difusión de la información en materia de empleo y personas con discapacidad como la coordinación de las políticas públicas de empleo desarrolladas por las Administraciones Públicas.

*nido y desigual dificultad*<sup>24</sup>. A su vez, se añaden dos objetivos transversales, cuyo desempeño supone una mejora, a nivel ejecutivo y cualitativo, del cumplimiento de los objetivos generales y operativos, ya que facilitan y perfeccionan la conclusión con éxito de los mismos. De esta forma, el legislador fija una meta concreta, constituida por los objetivos de carácter general, que se acometerá mediante el cumplimiento de los objetivos operativos, que actúan a modo de hoja de ruta, y los objetivo de naturaleza transversal. Queda así reflejado el enfoque pragmático que asume la Estrategia, y la voluntad de huir de planteamientos excesivamente abstractos.

En este orden de cosas, la Estrategia Global destaca porque fija entre sus propósitos *mejorar la calidad del empleo y dignificar las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad, combatiendo activamente su discriminación*<sup>25</sup>, y *una mayor contratación de personas con discapacidad en el mercado de trabajo ordinario*<sup>26</sup>. Este esquema dual, basado en una perspectiva cualitativa y cuantitativa, aboga por fomentar la participación de la negociación colectiva mediante la *inclusión de medidas en los convenios colectivos para favorecer la contratación, formación, clasificación y promoción de trabajadores con discapacidad*<sup>27</sup> y *facilitar el cumplimiento de la cuota, principalmente a través de la negociación colectiva, a la que podrían atribuirse legalmente competencias concretas*<sup>28</sup>. Las referencias a la integración cualitativa y cuantitativa en la Estrategia Global de Empleo son constantes, y muestran la preocupación del legislador respecto a igualar las condiciones de trabajo e incrementar la presencia de personas con discapacidad en entornos laborales ordinarios.

Queda patente, pues, que el legislador ha tomado consciencia del papel que los agentes sociales ostentan respecto a la integración laboral de este colectivo, y por ende, la necesidad de transferir las competencias necesarias a éstos para que se pacten medidas en sede convencional, que potencien la integración laboral de este colectivo.

<sup>24</sup> Vid. Esteban Legarreta, R. «La estrategia global de empleo...», *op. cit.*, pág. 47.

<sup>25</sup> Vid. Objetivo operativo núm. 6 de la Estrategia Global de Empleo.

<sup>26</sup> Vid. Objetivo operativo núm. 4 de la Estrategia Global de Empleo.

<sup>27</sup> Vid. Objetivo operativo 6.11 de la Estrategia Global de Empleo.

<sup>28</sup> Vid. Objetivo operativo 4.6 de la Estrategia Global de Empleo.

### 3. LA SITUACIÓN CONVENCIONAL DEL COMPLEMENTO POR DISCAPACIDAD Y LA CUOTA DE RESERVA

#### 3.1. Presentación del objeto de estudio y de la metodología adoptada

Tal y como ya se ha señalado, el papel de la negociación colectiva no ha sido lo suficientemente efectivo durante los últimos años. Los principales factores que han contribuido a la falta de eficacia han sido la ausencia de medidas de integración y mejora de las condiciones laborales, así como de mecanismos que aseguren su cumplimiento. Sin embargo, la aprobación de la Estrategia Global sugiere que pueden haberse producido cambios relevantes en esta materia, y por ello, conviene examinar el contenido de las cláusulas convencionales plasmadas en materia de integración cualitativa y cuantitativa durante los años 2012, 2013 y 2014<sup>29</sup>. Así, este apartado describirá el tratamiento que la negociación colectiva ha realizado respecto a esta cuestión desde 2012 hasta 2014, intervalo temporal que permitirá determinar qué repercusión ha generado la Estrategia Global en el tratamiento convencional de la integración de este colectivo.

Respecto a las consideraciones metodológicas, se ha optado por la obtención y análisis de la información contenida en el clausulado de los convenios colectivos publicados en el Boletín Oficial del Estado (BOE) y en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* (DOGC) desde el 1 de Enero de 2012 hasta el 31 de Diciembre de 2014<sup>30</sup>. Las razones por las que se ha escogido el ámbito estatal y un ámbito autonómico como Cataluña son básicamente dos: a) reproducen fielmente la diversidad del tejido empresarial existente en España, pues ambos incluyen tanto grandes como pequeñas empresas; y b) permiten obtener un volumen manejable de resultados. Además, debe añadirse que la elección de Cataluña se justifica en el interés mostrado por algunas de las enti-

<sup>29</sup> Tal y como señala Esteban Legarreta, R. «La estrategia global de empleo...», *op. cit.*, pág. 50, la Estrategia realiza una llamada a la negociación colectiva a fin de que tenga un papel de mayor protagonismo [...], lo que a su vez y de pasada, constituye una crítica sutil a propósito del escaso interés mostrado al respecto por los interlocutores sociales.

<sup>30</sup> El número total de convenios que se han publicado en el BOE durante dicho lapso de tiempo ha sido de 532 convenios colectivos. De todos ellos, 128 convenios colectivos contienen instrumentan prestaciones de carácter complementario y 66 convenios colectivos incluyen cláusulas relativas a la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad.

A nivel autonómico, el total de convenios publicados en el DOGC durante el citado espacio temporal asciende a la cantidad de 60 convenios colectivos. De dicha cifra, 16 convenios colectivos prevén medidas de protección social complementaria y 22 convenios colectivos plasman cláusulas relativas a la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad.

dades del tejido asociativo catalán en conocer la realidad convencional relativa a la integración cualitativa y cuantitativa de las personas con discapacidad. En cuanto al lapso temporal, se ha considerado el periodo 2012 a 2014 toda vez que se trata de un intervalo lo suficientemente amplio como para detectar cual ha sido la evolución las cuestiones señaladas anteriormente, a la vez que permite identificar la repercusión que ha generado la Estrategia Global en la negociación colectiva.

El procedimiento de búsqueda de referencias al complemento por discapacidad y cláusulas convencionales relacionadas con la cuota de reserva se ha efectuado a partir de un protocolo de búsqueda que pretende abarcar todas aquellas expresiones referidas a la inclusión cualitativa y cuantitativa del citado colectivo. Entre tales términos, se encuentran los siguientes: *discapacidad, disminuidos, minusválidos, deficiencia, cuota de reserva, ayuda, complemento, discapacitats, minusvàlids, disminuïts*, entre otros. El análisis del universo de instrumentos colectivos contenidos en el mencionado lapso temporal se ha realizado de forma individualizada. De esta forma, se han examinado uno por uno todos los convenios colectivos publicados en el BOE y en el DOGC durante los años 2012 a 2014.

### **3.2. La integración cualitativa: el complemento por discapacidad**

#### *3.2.1. Introducción*

La efectiva integración laboral de las personas con discapacidad requiere necesariamente la existencia de un sistema de protección social que asegure un nivel de vida adecuado a sus necesidades, de conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>31</sup>. Ésta se constituye como una garantía en la lucha contra la no discriminación, pues permite la participación e inclusión plena y efectiva de este colectivo en la sociedad. La Unión Europea es plenamente consciente de ello, y por ende, los objetivos que se han planteado en materia de empleo abogan por *posibilitar que muchas personas con discapacidad tengan ingresos por actividades laborales en el mercado de trabajo <<abierto>>*<sup>32</sup>, lo

<sup>31</sup> Este artículo plasma la inquietud de los Estados Partes de asegurar un nivel de protección social suficiente, a fin y efecto de eliminar las diferencias económicas que agravan la situación de las personas con discapacidad, y no permite su efectiva integración

<sup>32</sup> *Vid.* Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras, apartado 2.1.4, pág. 8.

cual evidencia que las nuevas líneas de actuación pretenden aumentar la capacidad adquisitiva, a través de la inserción en el mercado de trabajo ordinario, erradicando así la *cultura de las prestaciones por discapacidad*<sup>33</sup>. Por lo tanto, uno de los desafíos en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación por razón de discapacidad que se plantea es abogar por una integración que elimine la discriminación en materia salarial y de condiciones de trabajo; una integración plena y de calidad que permita el ejercicio pleno y efectivo de los derechos.

Y es en este punto en el complemento por discapacidad adquiere un papel protagonista, dado que se ajusta perfectamente a las nuevas exigencias europeas. En particular, esta institución permite compensar la disminución de ingresos derivada de la existencia de discapacidad y asegurar la obtención de un sustento económico suficiente para vivir de forma autónoma y en igualdad de condiciones. Es cierto que pueden existir dudas respecto a si este tipo de mecanismo es el más idóneo, pues exige al empresario un esfuerzo económico cuya asunción podría corresponder al estado, pero la lucha contra la no discriminación por razón de discapacidad exige que se tomen medidas en sede empresarial encaminadas a erradicar la brecha salarial existente entre personas con discapacidad y personas sin discapacidad en el ámbito del empleo ordinario<sup>34</sup>, diferencia que, dicho sea de paso, aumenta cada vez más año tras año<sup>35</sup>.

En este orden de cosas, conviene precisar que cuando hablamos de complemento por discapacidad, nos referimos a aquella cuantía que el empresario satisface al trabajador, en el marco de una relación laboral, fruto del reconocimiento de un grado determinado de discapacidad. La naturaleza jurídica de estas cantidades plantea una discusión capital en el marco del presente estudio, que no es otra que la clarificación respecto a si estas cantidades deben ser consideradas

<sup>33</sup> Vid. Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras, apartado 2.1.4, pág. 8.

<sup>34</sup> Tal y como detalla el documento “El Salario de las Personas con Discapacidad. Explotación de la Encuesta Anual de Estructura Salarial 2012 y de la Base Estatal de Personas con Discapacidad. Año 2012”, elaborado por el INE el año 2015, el salario medio anual bruto de las personas con discapacidad fue de 19.505,80.- euros, un 14,5 % menor que la de las personas sin discapacidad (22.815,20.- Euros).

<sup>35</sup> Una lectura de los últimos documentos relativos al salario de las personas con discapacidad, elaborados por el INE, así lo ponen de manifiesto. Los últimos resultados (relativos a los años 2010 y 2011) ponen de relieve un crecimiento del 1,5 % de la diferencia salarial entre personas con discapacidad y sin discapacidad. La versión electrónica de dichos documentos pueden obtenerse de las siguientes direcciones: <http://www.ine.es/prensa/np845.pdf> (2011); <http://www.ine.es/prensa/np782.pdf> (2010).

salario (art. 26.1 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 TRLET-), o por el contrario nos encontramos ante retribuciones que no tienen la consideración de salario (art. 26.2 TRLET).

El punto central para dar respuesta a esta cuestión consiste en el examen de la finalidad del pago de estas cantidades y qué circunstancias generan su devengo. En este sentido, el pago de estas cantidades tiene una finalidad tributaria del principio de igualdad de oportunidades (art. 14 C.E.) y del derecho a una remuneración suficiente (art. 35 C.E.), dado que pretenden compensar el incremento de gastos que la discapacidad genera en el día a día del trabajador en cuestión. La percepción de estas cantidades requiere la existencia de una discapacidad en el trabajador, debidamente reconocida por la Seguridad Social, y en consecuencia, parece claro que este complemento obedece a una condición personal del trabajador.

La determinación de la naturaleza jurídica de estos complementos admitiría otras posibles lecturas, pues debe reconocerse la dificultad técnica de su inclusión en la partida salarial derivada de las condiciones personales del trabajador, máxime cuando, por ejemplo, la discapacidad no afecta directa al desempeño de las funciones profesionales. Respecto a esta cuestión, la doctrina científica ha sostenido que los complementos salariales son *atribuciones patrimoniales proporcionadas al trabajador como consecuencia o con ocasión de la prestación de trabajo, pero que responden a las características especiales o anormales de esa prestación*<sup>36</sup>, y en particular, que la concausa de aquellos debidos a las condiciones personales del trabajador *aparecen como un plus [...] para ostentar una categoría profesional concreta*<sup>37</sup>. La caracterización clásica de las partidas salariales complementarias no permitiría la inclusión de los complementos por discapacidad en este grupo, al entender que la discapacidad no es una circunstancia que forme parte como consecuencia o con ocasión de la prestación laboral.

Sin embargo, entendemos que, en coherencia con las voluntad legislativa de la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad, la categori-

<sup>36</sup> Vid. Monereo Pérez, J.L. “La estructura del salario” en Borrajo Dacruz, E., “Comentarios a las leyes laborales”, *Revista de Derecho privado*, tomo I, núm. 1, pág. 93.

<sup>37</sup> Vid. Albiol Montesinos, I., “*El salario: aspectos legales y jurisprudenciales*”, Ediciones Deusto, 1992, pág. 86, citado por Monereo Pérez, J.L. “La estructura del salario” en Borrajo Dacruz, E., “Comentarios a las leyes laborales”, *Revista de Derecho privado*, tomo I, núm. 1, pág. 103.

zación del complemento por discapacidad como salario es más próxima al objetivo de integrar a las personas con discapacidad en entornos de trabajo, favoreciendo así la desaparición progresiva de la cultura de las prestaciones por discapacidad.

Uno de los principales argumentos para defender el carácter salarial de estas percepciones es que obedece a una característica especial de la prestación laboral, que es la situación de discapacidad del trabajador. La existencia de necesidades especiales, especialmente cuando no se han llevado a cabo adaptaciones del puesto de trabajo, supone un esfuerzo extra en relación a la prestación de servicios al que no tienen que enfrentarse aquellos trabajadores sin discapacidad. El complemento en cuestión supone un reconocimiento de las dificultades que la discapacidad puede ocasionar en el desarrollo habitual de las funciones profesionales, e incentiva económicamente la prestación de servicios, actuando así como un mecanismo de fomento del empleo de este colectivo.

Otro de los puntos fuertes de esta tesis es que la consideración como salario del complemento por discapacidad lleva aparejada la obligación de cotizar dichas cantidades, al amparo del artículo 109.1 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (En adelante, LGSS). Su calificación como complemento no salarial supondría que el percibo de estas cantidades no se cotizase, hecho éste que afectaría a la protección social conferida por la Seguridad Social a los trabajadores incardinados en este colectivo.

Estas premisas conducen a sostener la conveniencia de calificar los complementos por discapacidad como complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador *ex art. 26.3 TRLET*, sin perjuicio de que se trata de una cuestión ni mucho menos cerrada que puede admitir diversas lecturas.

### *3.2.2. La configuración convencional del “complemento por discapacidad”*

Como punto de partida, la cifra de convenios colectivos que contienen disposiciones con medidas de protección social complementaria asciende a 9, lo cual supone un valor porcentual 1,69 puntos porcentuales sobre el total de convenios colectivos hallados (532). A nivel autonómico, ninguno de los convenios colectivos contemplan el pago de complementos por discapacidad.

La estructura del complemento por discapacidad en aquellos convenios colectivos que lo prevén tiende a ser sistemática y se repite con cierta asiduidad.

Técnicamente, se trata de un complemento salarial mensual de carácter personal, cuyas cuantías dependen del grado de discapacidad reconocido por el órgano competente<sup>38</sup>. No obstante, existen excepciones en las que se prevé el pago único de una cantidad en caso de que se reconozca una discapacidad igual o superior al 33% a alguno de sus trabajadores/as en activo<sup>39</sup>.

La cuantificación dineraria del complemento por discapacidad se ha configurado mediante grados en función del porcentaje de discapacidad reconocido, indicador éste que determinará la cuantía que le corresponde percibir al trabajador. Algunos convenios colectivos optan por cuantificar el complemento a través de un sistema estructurado en tres niveles en función del porcentaje de discapacidad reconocido por el organismo competente<sup>40</sup>: a) del 13 por ciento al 22 por ciento<sup>41</sup>; b) del 23 por ciento al 32 por ciento<sup>42</sup>; y c) 33 por ciento o supe-

<sup>38</sup> Claros ejemplos de esta práctica pueden observarse en el artículo 24 del Convenio colectivo de Control y Montajes Industriales CYMI, SA (BOE 05 de septiembre de 2014) artículo 31.2 del XXVI Convenio colectivo de Philips Ibérica, SAU, 2013-2014 (BOE de 8 de mayo de 2014) y del XXV Convenio colectivo de Philips Ibérica, SAU, 2011-2012 (BOE de 9 de enero de 2012), la disposición adicional segunda del I Convenio colectivo de Gas Natural Fenosa. (BOE de 24 de mayo de 2013), el artículo 27 del Convenio colectivo de Sistemas de Encofrado de Navarra, SLU (BOE de 25 de abril de 2013), el artículo 25 del I Convenio colectivo de Siemens Enterprise Communications, SA (BOE de 28 de enero de 2013), el artículo 8.14 del Convenio colectivo de las cajas y entidades financieras de ahorro (BOE de 29 de marzo de 2012) o el artículo 56 del V Convenio colectivo del sector de la construcción (BOE de 15 de marzo de 2012).

<sup>39</sup> Véase el artículo 38 del Convenio Colectivo de ámbito estatal de Mapfre Grupo Asegurador (BOE 21 de agosto de 2014).

<sup>40</sup> Véase el Convenio Colectivo de Sistemas de Encofrado de Navarra, SLU (BOE de 25 de abril de 2013) y el V Convenio colectivo del sector de la construcción (BOE de 15 de marzo de 2012).

<sup>41</sup> Considerando únicamente el porcentaje de discapacidad reconocido por el órgano competente, tales complementos no se incluirían legalmente dentro de las medidas de protección social complementaria destinadas a personas con discapacidad, pues el artículo 4.2 LGDPD plasma como criterio, en abstracto, el reconocimiento de un grado mínimo del 33 por ciento.

Sin embargo, debe señalarse que el concepto de persona con discapacidad previsto en la LGDPD incluye, además del criterio anterior, a todas aquellas personas *que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás*.

Por lo tanto, si bien es cierto que el complemento por discapacidad satisfecho a aquel trabajador con un porcentaje incluido entre el 13 y el 22 por ciento no sería, en términos abstractos, una medida de protección social complementaria dirigida a este colectivo, si que podría considerarse como tal en el supuesto de que el trabajador presentase alguna de las situaciones de salud previstas en el artículo 4.1 LGDPD. De ahí, pues, la razón de que se incluyan aquellos convenios colectivos que contienen el pago periódico de un complemento por discapacidad inferior al 33 %.

<sup>42</sup> Véase cita 42.

rior. Dentro de este grupo, también existen convenios que han previsto dos escalas<sup>43</sup>: a) del 12 por ciento al 32 por ciento y b) 33 por ciento o más. Otros optan por fijar únicamente un porcentaje mínimo de discapacidad reconocido, normalmente el 33 %, la superación del cual generará el devengo y percibo del citado complemento<sup>44</sup>. Una notable excepción son aquellos convenios colectivos que inician la escala gradual a partir de la existencia de un 33 por ciento de discapacidad, y a partir de ahí, contemplan 3 grados cuyos niveles parten del 33 por ciento al 64 por ciento de discapacidad (Grado 1), del 65 al 74 por ciento de discapacidad (Grado 2) y un porcentaje igual o superior a 75 puntos porcentuales (Grado 3)<sup>45</sup>.

En materia de cantidades previstas, la práctica habitual de la negociación colectiva consiste en prever el devengo del complemento con periodicidad mensual o anual, si bien el momento del pago acostumbra a ser mensual. Respecto al primer grupo, se ha detectado que existe diversidad en los importes reconocidos. En este sentido, resulta curioso observar como algunos convenios colectivos son coincidentes en el reconocimiento de los importes<sup>46</sup>, que oscilan entre los 17 y los 34 euros en función del porcentaje de discapacidad reconocido<sup>47</sup>. Idéntica línea sigue el Convenio colectivo de Control y Montajes Industriales CYMI, SA (BOE 5 de septiembre de 2014), que prevé una cantidad de 21 euros en caso de que el porcentaje de discapacidad reconocido oscile entre el 12 por ciento y el 32 por ciento, o la suma de 30 euros para un porcentaje de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento. En cambio, algún otro convenio colectivo contempla unas cuantías mayores y un campo de protección mucho más amplio en cuanto a los porcentajes de discapacidad reconocidos que

<sup>43</sup> Véase el Convenio Colectivo de Control y Montajes Industriales CYMI, SA. (BOE 5/09/2014).

<sup>44</sup> Véase el Convenio colectivo, de ámbito estatal, de Mapfre Grupo Asegurador. (BOE 21 de agosto de 2014), el Convenio colectivo de Philips Ibérica, SAU. (BOE 8 de mayo de 2014), el I Convenio colectivo de Siemens Enterprise Communications, SA. (BOE de 28 de enero de 2013) y el XXV Convenio colectivo de Philips Ibérica, SAU, 2011-2012 (BOE de 9 de enero de 2012).

<sup>45</sup> Véase el Convenio Colectivo de Gas Natural Fenosa (BOE de 24 de Mayo de 2013).

<sup>46</sup> Véase el Convenio colectivo de Sistemas de Encofrado de Navarra (BOE de 25 de abril de 2013) y el V Convenio Colectivo del sector de la construcción (BOE de 15 de marzo de 2012).

<sup>47</sup> De forma más detallada, la relación de porcentajes de discapacidad y los importes previstos son los siguientes:

Grado de discapacidad	Importe bruto por mes natural
13 % a 22 %	17.- Euros
23 % a 32 %	24.- Euros
33 % o superior	34.- Euros

se incardinan en el ámbito de aplicación material<sup>48</sup>, llegando éstas a superar la cifra de 170 euros en los casos en los que exista un porcentaje de discapacidad superior al 74 %.

En relación al conjunto de convenios colectivos que prevén el devengo anual de las cantidades, la tendencia no se aparta demasiado de la ya plasmada anteriormente. Mientras que algún convenio colectivo prevé la cantidad anual bruta de 480 euros brutos/anuales, pagados en 12 mensualidades<sup>49</sup>, otros reconocen, en concepto de complemento por discapacidad, la cantidad de 4.837,65 y 4.090 euros anuales, que se pagarán prorrateados en cada uno de los meses naturales del año<sup>50</sup>, o bien optan por el reconocimiento de una cantidad anual que, para el ejercicio 2014, ascendió a 3.400 euros anuales<sup>51</sup>.

### 3.2.3. Algunas reflexiones a propósito de la situación convencional del complemento por discapacidad

Como ya ha podido observarse, la negociación colectiva ha venido creando intervalos *ad hoc* en función del porcentaje de discapacidad reconocido por el órgano competente. La existencia de tales escalas y los importes previstos convencionalmente evidencian una serie de extremos que deben ser objeto de comentario.

En primer lugar, llama la atención que la presencia de tales complementos sea la excepción, y no la regla general. La práctica habitual seguida por la negociación colectiva focaliza su atención en aquellas medidas destinadas a fami-

<sup>48</sup> Concretamente, el I Convenio Colectivo de Gas Natural Fenosa (BOE de 24 de mayo de 2013) prevé una serie de grados, compuestos por intervalos de porcentajes de reconocimiento de discapacidad, y la correspondiente cantidad asociada a cada grado. Las cantidades previstas mensualmente son las siguientes:

Grados	Año 2012	Año 2013	Año 2014	Año 2015
Grado 1 (33 % a 64 %)	82,29.- Euros	82,71.- Euros	83,12.- Euros	83,87.- Euros
Grado 2 (65 % a 74 %)	126,34.- Euros	126,97.- Euros	127,61.- Euros	128,76.- Eur.
Grado 3 (75 % o más)	171,20.- Euros	172,05.- Euros	172,91.- Euros	174,12.- Eur.

<sup>49</sup> Véase el Convenio Colectivo de Siemens Enterprise Communications, SA (BOE de 28 de enero de 2013).

<sup>50</sup> Véase el Convenio colectivo de Philips Ibérica, SAU. (BOE 8 de mayo de 2014) y en el XXV Convenio colectivo de Philips Ibérica, SAU, 2011-2012 (BOE de 9 de enero de 2012).

<sup>51</sup> Véase el Convenio colectivo de las cajas y entidades financieras de ahorro para el período 2011-2014 (BOE de 29 de marzo de 2012).

liares con discapacidad<sup>52</sup>, siendo la tendencia menos habitual la inclusión de complementos por discapacidad cuyos destinatarios sean los trabajadores<sup>53</sup>. El escaso volumen de disposiciones convencionales, tanto a nivel estatal como autonómico, reflejan la ausencia de preocupación alguna por la integración cualitativa de este colectivo. Es pues acuciante la necesidad de que los agentes sociales prevean complementos por discapacidad, cuyos destinatarios sean los trabajadores/as con discapacidad, especialmente a nivel autonómico.

En segundo lugar, las mencionadas clasificaciones no tienen en cuenta, para la fijación del importe del complemento, el tipo o grado de discapacidad reconocido a los trabajadores y/o trabajadoras. Las necesidades de los trabajadores son distintas en función del tipo o grado de discapacidad que padecen, y no se puede pretender la fijación de un importe que pase por alto dicha distinción, máxime cuando esta cuestión ha preocupado especialmente al legislador, y no son pocas las normas que han reivindicado tal circunstancia en otros contextos<sup>54</sup>. Es por ello por lo que debe instarse a la negociación colectiva a reflejar, en los distintos escalones que dan lugar a las correspondientes cantidades en concepto de complemento por discapacidad, la diferenciación entre los distintos tipos de discapacidad existentes, pues así se permitirá una atención singularizada y una mejor acomodación de las cantidades a aquellos trabajadores que más lo necesiten.

<sup>52</sup> Del total de convenios colectivos publicados en el BOE que contienen disposiciones con medidas de protección social complementaria (128), 125 contienen ayudas económicas destinadas a familiares con discapacidad de trabajadores contratados, lo cual supone un valor porcentual de 97,65 puntos porcentuales sobre aquellos convenios colectivos que incluyen medidas de protección social complementaria y 23,49 puntos porcentuales sobre el total de convenios colectivos publicados en el BOE.

Respecto aquellos convenios colectivos con medidas de protección social publicados en el DOGC (16), la totalidad de los mismos destinan el percibo de las ayudas económicas a familiares con discapacidad de trabajadores contratados. Ello supone un valor porcentual de 100 puntos sobre aquellos convenios colectivos que incluyen medidas de protección social y 26,66 puntos porcentuales sobre el total de convenios colectivos publicados en el DOGC.

<sup>53</sup> Del total de convenios colectivos publicados en el BOE que contienen disposiciones con medidas de protección social complementaria (128), sólo 10 contienen ayudas económicas destinadas a trabajadores con discapacidad, lo cual supone un valor porcentual de 7,81 puntos porcentuales sobre aquellos convenios colectivos que incluyen medidas de protección social complementaria y 1,87 puntos porcentuales sobre el total de convenios colectivos hallados.

A nivel autonómico, ninguno de los convenios colectivos que incluyen disposiciones relativas a medidas de protección social prevé ayudas económicas destinadas a trabajadores con discapacidad.

<sup>54</sup> El ejemplo más cercano es el plasmado en la Estrategia Global de Empleo 2008-2012, en el que en materia de incentivos, el apartado c del objetivo 4 pretende estandarizar la *“posibilidad de modular los incentivos según el tipo y el grado de discapacidad, el sexo y la edad”*.

En tercer lugar, la excesiva generalidad en la fijación de los porcentajes que habilitan para el percibo del complemento es un hecho que se repite, desafortunadamente, de forma asidua. En particular, es criticable que la negociación colectiva no establezca una clasificación con diferenciación de importes, más allá del reconocimiento de una cantidad idéntica para aquellas personas cuyo porcentaje de discapacidad reconocida por el órgano administrativo competente se sitúe en treinta y tres puntos porcentuales o más. A través de la más que habitual expresión *porcentaje igual o superior al 33 por ciento*, los agentes sociales no contemplan cantidades distintas destinadas a trabajadores con discapacidad con porcentajes de mayor entidad reconocidos, salvo contadas excepciones<sup>55</sup>. Tal proceder supone que las cantidades previstas sean insuficientes, y se dificulte satisfacer las necesidades reales de las personas con mayor porcentaje de discapacidad, equiparando así realidades que, *de facto*, son bien distintas.

Por último, debe señalarse que las cuantías previstas por los convenios colectivos en concepto de complementos por discapacidad son muy deficientes y dispares. En ningún caso permiten lograr una efectiva integración cualitativa, ya que ni tan siquiera equiparan los rendimientos económicos a los de aquellos trabajadores/as sin discapacidad. De manera similar, merece la pena destacar que los importes en concepto de complemento por discapacidad reconocidos con carácter mensual son muy inferiores a los que se prevén con carácter anual. Las cifras hablan por sí solas y ponen de manifiesto la existencia de diferencias cuantitativas en relación a las cantidades previstas anualmente en concepto de complemento por discapacidad<sup>56</sup>. Un ejemplo paradigmático de esta disfunción detectada puede apreciarse si examinamos el Convenio Colectivo de Siemens

<sup>55</sup> Del total de convenios colectivos que prevén medidas de protección social complementaria, solo el I Convenio colectivo de Gas Natural Fenosa (BOE de 24 de mayo de 2013), contempla una clasificación por grados que abarca una regulación más concisa en porcentajes superiores a los 33 puntos porcentuales. Para mayor detalle, véase la cita 47.

<sup>56</sup> En términos mensuales, oscilan entre el reconocimiento de una cantidad mensual bruta de 17 a 34 euros [Convenio colectivo de Control y Montajes Industriales CYMI, SA. (BOE 5 de septiembre de 2014)], Convenio colectivo de Sistemas de Encofrado de Navarra (BOE de 25 de abril de 2013), V Convenio Colectivo del sector de la construcción (BOE de 15 de marzo de 2012)] y de 83,12 a 172,91 euros [I Convenio Colectivo de Gas Natural Fenosa (BOE de 24 de mayo de 2013)].

Las cantidades reconocidas anualmente varían entre 480 euros brutos anuales [Convenio Colectivo de Siemens Enterprise Communications, SA (BOE de 25 de enero de 2013)], 3.400 euros anuales [Convenio colectivo de las cajas y entidades financieras de ahorro para el período 2011-2014 (BOE de 29 de marzo de 2012)], 4.090 euros anuales (II Convenio colectivo de Agfa Graphics NV, sucursal en España. (BOE 14 de agosto de 2014) y 4.837,65 euros [XXV Convenio colectivo de Philips Ibérica, SAU, 2011-2012 (BOE de 9 de enero de 2012)].

Enterprise Communications, SA (BOE de 28 de enero de 2013) y el Convenio colectivo de Philips Ibérica, SAU. (BOE 8 de mayo de 2014), los cuales estipulan una cantidad mensual de 480 euros y, en cambio, una cifra anual que asciende a los 4.837,65 euros, respectivamente. Ambas cantidades, que serán brutas y se pagarán prorrateadas en cada uno de los meses naturales del año, evidencian la patente disimilitud entre importes que no se justifica en ninguna razón objetiva. Este tipo de discordancias reflejan la necesidad de concienciar a los agentes sociales respecto a de la importancia de incrementar las cantidades previstas mensualmente en concepto de complementos por discapacidad y homogeneizar sus cuantías.

### **3.3. La integración cuantitativa: la cuota de reserva**

#### *3.3.1. Introducción*

La cuota de reserva es una institución regulada en la actualidad en el artículo 42 LGDPD, y el objetivo principal que persigue es la integración laboral de este colectivo en empresas de más de 50 trabajadores. Concretamente, esta obligación se define por la exigencia de contar en la plantilla de las empresas obligadas con un número de trabajadores con discapacidad igual al 2 % de la plantilla total. No obstante, el artículo 42.1 segundo párrafo LGDPD contempla la posibilidad excepcional de eximir del cumplimiento de esta obligación ya sea a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva o bien por opción voluntaria del empresario, a condición de que se cumplan las medidas alternativas previstas en el Real Decreto 364/2005, de de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad (en adelante, RD 364/2005). Las situaciones de excepcionalidad se hallan previstas en el artículo 1.2 RD 364/2005, y existirán cuando la no incorporación de un trabajador con discapacidad sea consecuencia de que los servicios públicos de empleo o agencias de colocación no hayan atender la oferta de empleo, o bien concurren circunstancias de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que motiven la imposibilidad de contratar trabajadores con discapacidad.

Cuando no sea posible cumplir con la cuota de reserva, el empresario deberá identificar, junto a la declaración de exención del cumplimiento de la reserva de cuota, cuál de las medidas alternativas definidas reglamentariamente en el artículo 2.1 RD 364/2005 cumplirá. En total, se contemplan hasta cuatro opciones: a) la celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo o trabajador autónomo con discapacidad para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo o cualquier otro tipo de bien

necesario para el normal desarrollo de la actividad empresarial, en cuantía igual a tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar<sup>57</sup>; b) la celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo o trabajador autónomo con discapacidad para la ejecución de actividad o servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa, en cuantía igual a tres veces el IPREM anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar<sup>58</sup>; c) la realización de donaciones y acciones de patrocinio para el desarrollo de actividades de inserción laboral y creación de empleo de personas con discapacidad, en cuantía igual a 1,5 veces el IPREM anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar<sup>59</sup>, cuya beneficiaria sea una fundación o asociación de utilidad pública con un objeto social consistente en la integración laboral de este colectivo; y, finalmente, d) la constitución de un enclave laboral en colaboración con un centro especial de empleo, cuya cuantía ha de ser, como mínimo, de a tres veces el IPREM anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar<sup>60</sup>.

Como puede observarse, las medidas alternativas se configuran como vías indirectas y excepcionales de cumplimiento de la cuota de reserva, a la vez que pretenden fomentar la integración laboral de las personas con discapacidad. Sin embargo, su configuración presenta diversos problemas prácticos, que ya han sido abordados por la doctrina, como por ejemplo determinar si la cuantificación anual se refiere al año natural o al momento de inicio de la aplicación de la medida alternativa, el significado de la expresión “actividad ajena y accesoria” en el marco de la medida alternativa prevista *ex* artículo 2.1.b RD 364/2005, la variación del Centro Especial de Empleo proveedor o prestador de servicios o del contenido del contrato mercantil celebrado con aquel, o si existe la posibilidad de modificar la medida alternativa inicialmente contenida en la resolución estimatoria de la solicitud de declaración de excepcionalidad, entre otras<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> Para el año 2015, el IPREM anual (14 pagas) asciende a 7.455,14 euros, y en consecuencia, el importe del contrato celebrado ha de alcanzar un total de 22.365,42 por trabajador con discapacidad no contratado.

<sup>58</sup> Véase cita 58.

<sup>59</sup> Para el año 2015, las cantidades a destinar a esta medida alternativa alcanzarían los 11.182,71 euros.

<sup>60</sup> Véase cita 58.

<sup>61</sup> *Vid.* Pérez Pérez, J., “La cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad: una visión crítica de la regulación de las medidas alternativas a su cumplimiento”, *Aranzadi Social*, núm. 4, 2012, págs. 15-22 y Pérez Pérez, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*, Editorial Lex Nova, 2015.

En términos generales, la mayor virtud que ostenta la reserva de empleo es su evidente potencial para la integración laboral cuantitativa, aunque se ha de decir que la posibilidad de recurrir a medidas alternativas para facilitar a las empresas el cumplimiento de la referida medida ha significado una vía de escape a la contratación de personas con discapacidad, y en consecuencia, ha restado importancia a la eficacia de la cuota de reserva. El problema que presenta la normativa es la excesiva flexibilidad en la determinación de la existencia de una situación excepcional, circunstancia ésta que elimina el carácter inusual de estas situaciones y las transforma en alternativas<sup>62</sup>. La relativa facilidad con la que se accede al reconocimiento de la situación de excepcionalidad genera una estandarización del incumplimiento de la reserva de cuota, lo cual origina dos efectos perversos, consistentes en la progresiva desaparición del empleo de personas con discapacidad en el ámbito ordinario, contraviniendo lo dispuesto en el art. 27 de la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad, y el fomento indirecto de la contratación de personas con discapacidad en centros especiales de empleo.

En consecuencia, el gran desafío es lograr que la contratación y mantenimiento del empleo de este colectivo se convierta en una práctica real y generalizada en el tejido empresarial, independientemente de que exista o no la obligación de contratar con motivo de las dimensiones de la entidad empresarial, tal y como identifica la Estrategia Global de Empleo, que propone como línea de actuación la previsión de campañas de información destinadas a empresas con menos de 50 trabajadores/as<sup>63</sup>.

Y en este punto, la negociación colectiva constituye uno de los cauces idóneos para la concienciación de la necesidad de contratar personas con discapacidad. En efecto, las posibilidades de los agentes sociales en esta materia son muy diversas: desde la inclusión de disposiciones informativas de la obligación de contratar hasta la ampliación convencional de los porcentajes previstos legalmente para la reserva de empleo. Esta versatilidad permite maximizar la eficacia de las medidas de fomento del empleo de este colectivo, adaptándose concretamente a los contextos o necesidades de cada momento.

Una vez efectuadas estas precisiones relativas a la estructura de la institución, y sin ánimo de profundizar en disquisiciones teóricas básicamente por

<sup>62</sup> Vid. Pérez Pérez, J., “La cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad: una visión crítica de la regulación de las medidas alternativas a su cumplimiento”, *Aranzadi Social*, núm. 4, 2012, pág. 8.

<sup>63</sup> Vid. Objetivo 4.A.1 tercer apartado.

razones temáticas, debe procederse a examinar cuál ha sido la actuación de la negociación colectiva en materia de reserva de empleo<sup>64</sup>.

### 3.3.2. *Contenido convencional de la cuota de reserva*

La presencia de disposiciones convencionales que se refieran a la cuota de reserva en la negociación colectiva es minoritaria. En términos porcentuales, la presencia de convenios colectivos publicados en el BOE que incluyan cláusulas relativas a la cuota de reserva es de 12,40 puntos porcentuales<sup>65</sup>. A nivel autonómico, llama poderosamente la atención que la tendencia difiere de forma significativa; la presencia de convenios colectivos que incluyen referencias a esta institución es de 36,66 %, cantidad esta notoriamente superior a la observada en el ámbito estatal<sup>66</sup>.

La negociación colectiva ha optado por asumir tres modos de instrumentar la regulación de la cuota de reserva.

La primera de ellas se caracteriza por plasmar un mero compromiso con el cumplimiento de la ley. Este grupo lo conforman la gran mayoría de los convenios colectivos que contienen disposiciones relativas a la reserva de empleo<sup>67</sup>. La redacción habitual de estas cláusulas convencionales aboga por establecer el compromiso al cumplimiento de lo previsto en la hoy derogada Ley 13/1982, de

<sup>64</sup> Para un estudio en profundidad actualizado de la reserva de empleo para personas con discapacidad, véase Pérez Pérez, J. «*La cuota de reserva a favor...*», *op. cit.*, págs. 135 a 166.

<sup>65</sup> Del total de convenios colectivos publicados en el BOE entre Enero de 2012 y Diciembre 2014 (532), 67 convenios colectivos incluyen disposiciones relacionadas con la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, lo cual supone una presencia de tan sólo 12,59 puntos porcentuales sobre el total de convenios colectivos publicados en el BOE, tal y como ya se ha mencionado.

<sup>66</sup> Del total de convenios colectivos publicados en el DOGC en el lapso temporal objeto de análisis (60), 22 convenios colectivos incluyen disposiciones relacionadas con la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad.

<sup>67</sup> De los 67 convenios colectivos publicados en el BOE que prevén cláusulas relativas a la reserva de empleo destinada a personas con discapacidad, 41 de ellos recurren al mero compromiso del cumplimiento de la ley, cifra ésta que supone 61,2 por ciento respecto de aquellos y 7,7 puntos porcentuales sobre el total de convenios publicados. A nivel autonómico, de los 22 convenios colectivos publicados en el DOGC que prevén cláusulas relativas a la reserva de empleo destinada a personas con discapacidad, 18 de ellos recurren al mero compromiso del cumplimiento de la ley. Dicha cifra supone un 81,81 % sobre aquellos, y un 30 % respecto del total de convenios colectivos publicados.

7 de Abril, de integración social de los minusválidos<sup>68</sup>, remisión legal que en la actualidad debe entenderse referida a la LGDPD, o bien por reproducir literalmente la obligación de contratación de un 2 % de trabajadores con discapacidad en aquellas empresas de más de 50 trabajadores.

En este grupo, debe destacarse negativamente una práctica, minoritaria afortunadamente, que consiste en el incremento del umbral de trabajadores exigidos legalmente para el cumplimiento de la reserva de empleo. Uno de los casos más paradigmáticos establece un número mínimo de 100 trabajadores<sup>69</sup>, previsión ésta superior a la establecida en el artículo 42.1 LGDPD. Esta configuración jurídica es claramente contraria al mencionado artículo, y en consecuencia, no tiene eficacia jurídica por mor del principio de jerarquía normativa *ex* artículo 3.1 TRLET. Dejando a un lado cuestiones normativas, es criticable que los agentes sociales pacten cláusulas ignorando los mínimos legales y sin que tales actuaciones supongan contribución alguna a la inserción de este colectivo.

<sup>68</sup> En este sentido, el art. 24 del Convenio Colectivo del Grupo de empresas “Pans & Company /Eat out” (BOE de 14 de marzo de 2012) precisa: “*Contratación de trabajadores discapacitados. Se estará a lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI) y a sus normas reglamentarias de desarrollo, incluidas aquellas como el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, (BOE del 20), por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de trabajadores con discapacidad, la Orden del MTAS de 24 de julio de 2000 (BOE de 2 de agosto) y el Real decreto 290/2004, de 20 de febrero (BOE de 21 de febrero) que regula los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad*”.

En la misma línea, véase artículo 17 del Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías. (BOE 2 de octubre de 2014); artículo 54.2 del Convenio colectivo del grupo T-Systems (BOE 22 de enero de 2014); artículo 15 del Convenio colectivo de trabajo del comercio del cristal, pisa, cerámica i similares de Cataluña para el periodo 1 de abril de 2013 a 31 de marzo de 2015 (DOGC 22 de noviembre de 2013); artículo 18 del XII Convenio colectivo de Hibu Connect, SAU (BOE de 12 de junio de 2013); disposición adicional III Convenio colectivo de V2 Complementos Auxiliares, SA. (BOE 27 de mayo de 2013); artículo 26 del Convenio colectivo de trabajo del sector de la industria de hostelería i turismo de Cataluña para los años 2012 i 2013 (DOGC de 22 de febrero de 2013); artículo 33 del II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (BOE de 27 de noviembre de 2012); artículo 67 del Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE de 14 de agosto de 2012); artículo 49 del Convenio Colectivo de La Voz de Galicia (BOE de 12 de marzo de 2012); artículo 27 del Convenio colectivo de trabajo general del sector del comercio de Cataluña para subsectores y empresas sin convenio propio para los años 2010-2011 (DOGC de 25 de enero de 2012) y para el año 2012 (DOGC de 8 de noviembre de 2012) y artículo 11 del XXV Convenio Colectivo de Philips Ibérica, SAU, 2011-2012 (BOE de 9 de enero de 2012), entre otros.

<sup>69</sup> Véase la disposición adicional primera del Convenio Colectivo de Cash Converters y sociedades vinculadas. (BOE 24 de febrero de 2014).

En segundo lugar, algún otro convenio colectivo contempla una práctica positiva consistente en que la empresa facilitara al comité intercentros información semestral sobre el porcentaje de personas con discapacidad integradas en plantilla<sup>70</sup>. Esta práctica, complementaria a la entrega de contratos y prorrogas prevista en el artículo 64.4 *in fine* TRLET e instrumentada al amparo del artículo 64.9 TRLET, resulta muy acertada porque confiere a la representación legal de los trabajadores información relativa al cumplimiento de esta obligación legal, y permite proponer medidas convencionales que incrementen la eficacia de la ya citada obligación.

La segunda tendencia es aquella que incluye en sede convencional los denominados “compromisos a la diversidad”. Esta práctica, plasmada con relativa asiduidad, supone un grado de compromiso de fomento de la integración laboral de las personas con discapacidad en entornos ordinarios<sup>71</sup>. La tipología detectada entre el grupo de Convenios Colectivos en el que se ha observado la inclusión de estas cláusulas es muy diversa. Así, se observa desde la *intensificación de las actuales políticas de selección e inclusión de estos colectivos*<sup>72</sup>, la posibilidad preferente de entrar a formar parte de los procesos de selección abiertos<sup>73</sup> o de facilitar futuras incorporaciones<sup>74</sup>, hasta la adaptación de las

<sup>70</sup> Véase el artículo 9.d del XI Convenio colectivo de Schwegges, SA. (BOE 26 de septiembre 2014).

<sup>71</sup> De los convenios colectivos publicados en el BOE que prevén cláusulas relativas a la reserva de empleo destinada a personas con discapacidad (67), 20 de ellos optan por incluir “compromisos a la diversidad”. Dicha cantidad de convenios supone un 29,85 por ciento sobre aquellos convenios colectivos que contemplan medidas de integración cuantitativa y tan sólo 3,76 puntos porcentuales sobre el total de convenios publicados en el lapso temporal ya señalado con anterioridad.

A nivel autonómico, del total de convenios colectivos publicados en el DOGC que contemplan cláusulas relativas a la reserva de empleo destinada a personas con discapacidad (22), 2 de ellos optan por incluir “compromisos a la diversidad”. Tal cifra supone un 9,09 por ciento respecto a éstos, y un 3,33 por ciento en relación al total de convenios publicados en DOGC.

<sup>72</sup> Véase el apartado A del Capítulo V del Convenio colectivo de Michelin España Portugal, SA para los centros de trabajo de Aranda del Duero (Burgos), Valladolid, Lasarte y Vitoria-Gasteiz (BOE de 20 de febrero 2012) y del Convenio colectivo de Michelin España Portugal, SA para los centros de trabajo de Burgos, Santa Perpetua de la Mogoda (Barcelona), Seseña (Toledo) y Tres Cantos (Madrid) [BOE de 13 de febrero de 2012], que establecen: “*Diversidad. Trabajar por la existencia de unas ratios de distribución plural de las plantillas, en especial en lo que respecta a los colectivos menos representados, –como las mujeres y las personas con discapacidad–. A este respecto, tanto la Empresa como la representación social se muestran de acuerdo en que se intensifiquen las actuales políticas de selección e inclusión de esos colectivos.*”

<sup>73</sup> Véase la Disposición Adicional Séptima del Convenio colectivo de Galletas Siro, SA. (BOE de 29 de enero de 2013) que preceptúa: “*Condiciones especiales de ingreso. Los hijos e*

pruebas de selección<sup>75</sup>, la simple mención al fomento de la contratación de personas con discapacidad<sup>76</sup> o el desarrollo de la prestación de servicios en condiciones de igualdad de trato y desarrollo personal<sup>77</sup>.

*hijas del personal, las personas con discapacidad y riesgo de exclusión social tendrán la posibilidad preferente de entrar a formar parte de los correspondientes procesos de selección abiertos, si cumplen los requisitos requeridos. [...]”.*

En esta misma línea, véase la disposición adicional tercera del XV Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal. (BOE de 5 de septiembre de 2013) y el artículo 27.1 del Convenio colectivo de trabajo para el sector de cueros, reposados, marroquinería y similares para los años 2011, 2012, 2013, y 2014 (DOGC de 13 de diciembre de 2012).

<sup>74</sup> Véase la Disposición adicional cuarta del Convenio colectivo de Fenice Instalaciones Ibérica, SL. (BOE 20 de febrero de 2012) que establece: *“Discapacitados. Siendo conscientes los firmantes del presente Convenio, de las dificultades que existen para integrar a personal discapacitado en nuestro sistema productivo, tendrán presente estas circunstancias de cara a facilitar futuras incorporaciones.”*. En este mismo sentido, véase el artículo 39 del Convenio colectivo del grupo de empresas de Acciona Energía. (BOE 21 de octubre de 2014), la disposición adicional tercera del Convenio colectivo de Fenice Instalaciones Ibérica, SL. (BOE 10 de mayo de 2014) y el artículo 27 del Convenio Colectivo del personal laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional para el periodo 2013-2018. (BOE 23 de diciembre de 2013), entre otros.

<sup>75</sup> Véase el artículo 39.2 del IX Convenio colectivo estatal de entrega domiciliaria. (BOE de 28 de junio de 2013) que preceptúa: *“Discapacidad. [...] Se vigilará asimismo la adaptación de las pruebas de selección evitando que estas se conviertan en la primera barrera a la integración, así como promover la adaptación de los puestos de trabajo y del entorno laboral eliminando barreras.”*.

<sup>76</sup> Véase el artículo 41.5 del IV Convenio colectivo de Eads-Casa, Airbus Operations, SL y Eads Casa Espacio (BOE de 28 de febrero de 2013) que establece *“41.5 Se fomentará la contratación de personas con discapacidad”*. Dentro de este grupo, también se incluye el artículo 39 *in fine* del Convenio colectivo de Servicios Logísticos de Combustibles de Aviación, SL. (BOE 28 de noviembre de 2014), el artículo 54.2 del Convenio colectivo de Gamestop Iberia, SLU. (BOE 23 de abril de 2014) y el artículo 45 del Convenio colectivo de trabajo para el sector de actividades forestales de Cataluña (DOGC de 2 de abril de 2013).

<sup>77</sup> Véase el artículo 13.2.1 del III Convenio colectivo de Iberdrola Inmobiliaria, SAU. (BOE de 13 de abril de 2013): *“13.2 Trabajadores con discapacidad.1. A fin de alcanzar la plena integración en la empresa, los trabajadores con discapacidad desarrollarán sus servicios en condiciones de igualdad de trato y de desarrollo profesional.”* y el artículo 27.1 del Convenio colectivo de trabajo para el sector de cueros, reposados, marroquinería i similares para los años 2011, 2012, 2013 i 2014 (DOGC 13 de diciembre de 2012): *“Ingressos. S’hauran d’establir en l’empresa exclusions, reserves i preferències en les condicions de contractació de forma que, en igualtat de condicions d’idoneïtat, tinguin preferència per ser contractades les persones del sexe menys representat al grup o funció que es tracti. En tot cas, els criteris a utilitzar en els procediments de selecció hauran de ser objectius i neutres per evitar qualsevol tipus de discriminació directa o indirecta desfavorable per raó d’edat, discapacitat, gènere, origen, inclosa el racial o ètnica, estat civil, religió o conviccions, opinió, política, orientació sexual, afiliació sindical, condició social o llengua.”*. En este mismo sentido, véase también el artículo 122 del II Convenio colectivo del Grupo HC Energía. (BOE 24 de febrero de 2014) y el artículo 80 del Convenio colectivo de Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, Soc. Coop. Limitada para el período 2013-2014. (BOE de 8 de enero de 2014).

La tercera y última de las prácticas habituales observadas es la que aboga por el incremento del porcentaje previsto legalmente en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para las personas con discapacidad. Paradójicamente, ésta es la que presenta un menor impacto, toda vez que su presencia únicamente supone 8,95 puntos porcentuales sobre aquellos convenios colectivos publicados en el BOE que contienen este tipo de disposiciones<sup>78</sup>. Las cifras son aún más dispares si se compara con el número total de convenios colectivos publicados en el BOE en el periodo seleccionado, pues su presencia únicamente supone un 1,12 por ciento sobre el mencionado universo de convenios colectivos. A nivel autonómico, se observa idéntico valor porcentual, esto es, 9,1 por ciento sobre los convenios colectivos publicados en el DOGC que incluyen referencias a la citada institución<sup>79</sup>, y en relación al total de convenios publicados, la presencia de tales instrumentos convencionales se cuantifica en 3,33 puntos porcentuales.

De forma general, se aprecia un aumento destacado respecto de los términos establecidos legalmente. En particular, algunos convenios colectivos optan por añadir tres puntos porcentuales al porcentaje fijado legalmente, alcanzando así el 5 por ciento<sup>80</sup>. De forma más reducida, otros instrumentos convencionales abogan por ampliar un punto porcentual el porcentaje de personas con discapacidad que han de integrar las plantillas de aquellas empresas con 50 o más trabajadores<sup>81</sup>.

Sin embargo, especial mención merece una práctica convencional que contempla la obligación de reservar uno de cada quince puestos de trabajo, pero

<sup>78</sup> De los 67 convenios colectivos publicados en el BOE que prevén cláusulas relativas a la cuota de reserva de empleo destinada a personas con discapacidad, sólo 6 de ellos optan por el incremento del porcentaje previsto en el artículo 42.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de Noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

<sup>79</sup> En este caso, se publicaron 2 convenios colectivos que incrementan la reserva de cuota, lo cual supone un 9,1 por ciento respecto del número total de convenios publicados con referencias a la reserva de empleo (22).

<sup>80</sup> Véase el artículo 53 del Convenio Colectivo de la industria del calzado (BOE de 12 de marzo de 2013 y 09 de octubre de 2014) y el artículo 36 del Convenio Colectivo del personal asalariado al servicio de la Comisión Ejecutiva Confederal de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (BOE de 18 de mayo de 2012).

<sup>81</sup> Véase el artículo 25 del Convenio colectivo general del sector de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas. (BOE 19 de agosto de 2014), el artículo 38 del Convenio colectivo del Grupo Importaca Frutos Secos. (BOE 8 de mayo de 2014) y el artículo 24 del XIV Convenio Colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE de 9 de octubre de 2012).

tomando como unidad de referencia los distintos centros de trabajo de los que pueda disponer la empresa<sup>82</sup>. Esta fórmula se presenta como ideal para el fomento de la efectividad de esta institución, pues incrementa sustancialmente el número de contrataciones obligadas por la norma, homogeneiza la presencia de personas con discapacidad en todos los centros de trabajo y establece una regla proporcional sin porcentajes, lo cual evita la problemática aparición de decimales y su correspondiente redondeo<sup>83</sup>. Y todo ello sin contravenir el artículo 42.1 LGDPD, aspecto clave para que la mejora convencional sea realmente exigible.

### 3.3.3. *Algunas reflexiones a propósito de la situación convencional de la cuota de reserva*

Una vez examinada la presencia y estructura de disposiciones convencionales en materia de reserva de puestos de trabajo, es conveniente plasmar una serie de comentarios al respecto.

Primeramente, la actuación más frecuente de los agentes sociales se limita a realizar meras transcripciones del artículo 42.1 LGDPD, declarando explícitamente el firme compromiso de cumplimiento de la ley. La eficacia normativa de

<sup>82</sup> Véase el artículo 9 del Convenio colectivo de trabajo de Cataluña de asociaciones para centros de formación, rehabilitación, orientación, valoración, autonomía personal, protección y atención a discapacitados para los años 2013-2016 (DOGC 30 de abril de 2014) y el Convenio colectivo de trabajo para el sector de escuelas de educación especial para los años 2013-2014 (DOGC 07 de febrero de 2014), que establece que *en todos los centros, la empresa tiene que reservar uno de cada quince puestos de trabajo para personas con discapacidad, siempre que esto no afecte al personal contratado*.

<sup>83</sup> No existe una respuesta unánime respecto a esta cuestión. El criterio de la dirección general de trabajo de 9 de junio de 2009, que puede consultarse en:

[http://www.escacyl.es/public/legislacion/DOC/normativaGeneral/laboral/MTI\\_InterpretacionPorcentajeDiscapitados.pdf](http://www.escacyl.es/public/legislacion/DOC/normativaGeneral/laboral/MTI_InterpretacionPorcentajeDiscapitados.pdf), aborda esta cuestión interpretativa afirmando que, desde una perspectiva finalista de la norma y sin que dicha tesis sea vinculante, deberían eliminarse los decimales, siendo el número de contrataciones a realizar el número entero resultante.

Por otro lado, el Decreto 322/2011 de 19 de abril sobre la aplicación de la cuota de reserva del 2% a favor de personas con discapacidad en empresas de 50 o más personas trabajadoras y de las medidas alternativas de carácter excepcional de su cumplimiento establece, a nivel catalán, que la fracción igual o más grande a 0,5 exigirá redondear por exceso (Art. 3.3). Desde un punto de vista doctrinal, se ha defendido el redondeo al alza de los decimales, tal y como puede examinarse en Pérez Pérez, J., *Discapacidad y acción positiva: Incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo*. Madrid, Editorial Lexnova, 2015, pág. 416 y Esteban Legarreta, R., «Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad. Reserva de empleo y medidas alternativas» en Romero Rodenas, M. (Coord.). *Trabajo y protección social del discapacitado*. Albacete, Editorial Bomarzo, 2003, págs. 81 a 82.

estos compromisos es una declaración de intenciones vacía de valor jurídico, que actúan a modo de medio de difusión de “buenas prácticas” empresariales, sin que exista ninguna contribución a la integración cuantitativa de las personas con discapacidad dado que no refuerzan el cumplimiento de la reserva de empleo. Los agentes sociales deberían omitir la previsión de este tipo de cláusulas convencionales y asumir compromisos reales que, sin alcanzar el incremento del porcentaje, supongan actuaciones encaminadas a incrementar la integración cuantitativa de las personas con discapacidad. Algunos ejemplos de estas prácticas podrían ser la obligatoriedad de que se consideren personas con discapacidad en todos los procesos de selección, establecer la obligación de contactar con servicios de intermediación vinculados al asociacionismo o establecer como preceptiva la elaboración de un informe dirigido a la representación de los trabajadores cada vez que se rechace a un candidato o se despidan a una persona del citado colectivo.

En segundo lugar, sería recomendable la introducción de mecanismos de sanción en caso de infracción de compromisos convencionales relativos a la reserva de empleo. Actualmente, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sólo puede sancionar aquellos incumplimientos que afecten al porcentaje de la reserva de puestos de trabajo establecido legalmente<sup>84</sup>, de acuerdo con la redacción del artículo 15.3 de la texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social<sup>85</sup> (en adelante, LISOS). La redacción del mencionado artículo no permite sancionar la desobediencia de las mejoras convencionales de dicha obligación, y si bien es cierto que parte de la doctrina ha defendido la existencia de vías para compensar un hipotético incumplimiento<sup>86</sup>, es necesario que se modifique la redacción del artículo 15.3 LISOS, a fin de incrementar el control del cumplimiento de las mejoras convencionales pactadas y asegurar así la efectiva aplicación de este tipo de acuerdos.

Por último, la negociación colectiva debería optar por formulas que, respetando el artículo 42.1 LGDPD, mejoren la efectividad de la reserva de empleo.

<sup>84</sup> Así lo defiende Pérez Pérez, J., *Ibid.*, pág. 472.

<sup>85</sup> Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

<sup>86</sup> En este sentido, véase Olivares Serrano, R. “*Los compromisos de empleo en la negociación colectiva*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 134-136 y 149, que defiende que el incumplimiento de la mejora de una obligación legal contenida en disposición convencional generará un *daño moral a la representación colectiva de los trabajadores que acordó el compromiso de empleo*, susceptible de ser compensando, y cuya legitimación corresponderá a la representación de los trabajadores mediante el cauce procesal previsto para los conflictos colectivos.

Concretamente, debería abogarse por exigir el cumplimiento del porcentaje previsto legalmente o incrementado convencionalmente, en su caso, en el marco de cada uno de los centros de trabajo, introducir reglas proporcionales que utilicen números enteros y pactar convencionalmente mecanismos de control del cumplimiento de la reserva de empleo como por ejemplo la creación de comisiones especiales de seguimiento del cumplimiento de la citada obligación. Estas medidas pretenden corregir algunos de los defectos que legalmente presenta esta institución, y la negociación colectiva es el escenario perfecto para asegurar el cumplimiento efectivo de la reserva de empleo con la ventaja añadida de ajustarse a las circunstancias empresariales imperantes.

#### 4. CONCLUSIONES

En primer lugar, los convenios colectivos examinados comparten una falta de sensibilización respecto a la importancia del derecho de igualdad y no discriminación. La manifestación más clara de este extremo es la presencia de términos con carga implícita claramente negativa, cuyos efectos contribuyen a mantener el estigma social que se asoció a la discapacidad. En este sentido, la negociación colectiva debe asumir la directriz que ya fijó el legislador en esta materia, el cual detectó en su momento la necesidad de modificar las distintas expresiones de marcado carácter negativo por la denominación “personas con discapacidad”.

A ello, debe sumársele la insuficiente atención a la accesibilidad como puerta de acceso a los entornos ordinarios de trabajo. El principio de preferencia por el empleo en el medio ordinario, previsto en el artículo 27 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad junto con el principio de accesibilidad universal, contemplado a día de hoy en el artículo 2.k LGDPD, sitúan la accesibilidad como fundamento principal para la integración laboral plena y efectiva de las personas con discapacidad, y la negociación colectiva debe tomar conciencia de ello.

Por su parte, el legislador tampoco ha favorecido la delimitación clara de parcelas en las que los agentes sociales pueden actuar. No se ha conferido el espacio que, por su naturaleza, correspondería a la negociación colectiva, lo cual ha intentado suplirse mediante el fomento de la intervención de la negociación colectiva y la publicación de recomendaciones o directrices destinadas a los agentes sociales. El éxito de esta actuación no ha surtido los efectos esperados, dado que no se aprecian cambios sustanciales que afiancen una integración laboral de calidad.

En segundo lugar, y en relación con la integración cualitativa, la presencia de complementos por discapacidad destinados a trabajadores es muy anecdótica. La estructura habitual de este tipo de medidas consiste en un complemento de naturaleza salarial, cuya cuantía dependerá del porcentaje de discapacidad reconocido oficialmente.

Dicha configuración peca de ser excesivamente general en la determinación de los porcentajes que habilitan para el percibo del complemento, salvo una excepción<sup>87</sup>, y no considera como variable el tipo de discapacidad que sufre el trabajador. Esta construcción jurídica equipara realidades que *de facto* son bien distintas, obstaculizando así la inserción de aquellas personas con discapacidad que sufren mayores dificultades. Se aprecia la necesidad de que la negociación colectiva proceda a distinguir los tipos de discapacidad en la configuración de este complemento, así como se establezcan baremos de importes más detallados que omitan la práctica habitual del reconocimiento de una cantidad idéntica para aquellas personas cuyo porcentaje de discapacidad se sitúe en treinta y tres puntos porcentuales o más.

Desafortunadamente, la repercusión de la Estrategia Global en materia de integración cualitativa es prácticamente inexistente. Los agentes sociales no han integrado medidas tendentes a la mejora de la calidad del empleo que contribuyan activamente a eliminar la discriminación que afecta a este colectivo en el mercado de trabajo. La previsión únicamente de complementos salariales se muestra insuficiente, y por ello, la negociación colectiva debe prever cláusulas relativas a percepciones económicas que eliminen la brecha salarial existente entre las personas con discapacidad y los demás trabajadores.

Por último, la previsión de cláusulas destinadas a incrementar la contratación es deficitaria. Su reducida presencia, ya de por sí preocupante, es afectada severamente por el triple esquema estructural asumido por la negociación colectiva, en el cual abundan los compromisos de cumplimiento de la obligación legal y los compromisos a la diversidad en perjuicio de aquellas cláusulas convencionales destinadas a incrementar el porcentaje legal de la reserva de empleo.

<sup>87</sup> Del total de convenios colectivos que prevén medidas de protección social complementaria, solo el I Convenio colectivo de Gas Natural Fenosa (BOE de 24 de Mayo de 2013), contempla una clasificación por grados que abarca una regulación más concisa en porcentajes superiores a los 33 puntos porcentuales.

Para mayor detalle, véase la cita 47.

En las pocas ocasiones en las que se prevén disposiciones destinadas a fomentar la integración cuantitativa, se ha detectado que la tendencia habitual consiste únicamente en incrementar el porcentaje legalmente exigido. Si bien el aumento del tipo porcentual legalmente exigido es significativo, sería recomendable que, en aras a mejorar el fomento del empleo del citado colectivo, se introduzcan fórmulas que, respetando el contenido legal, contribuyan a mejorar la efectividad y cumplimiento de la reserva de empleo. Algunos ejemplos podrían ser exigir el cumplimiento de la citada obligación valorando como unidad de referencia cada uno de los centros de trabajo o introducir una regla proporcional de números enteros que no genere decimales.

Finalmente, se observa una escasa influencia en la negociación colectiva de las líneas de actuación sugeridas por la Estrategia Global. Tal y como sucede en relación a la integración cualitativa, las disposiciones convencionales analizadas omiten cualquier consideración que se aproxime a los términos sugeridos en la Estrategia Global, y en particular, no existen medidas encaminadas a *facilitar el cumplimiento de la cuota*<sup>88</sup>, *difundir buenas prácticas*<sup>89</sup> o fomentar el empleo de personas con discapacidad en aquellas empresas que, por razón de plantilla, no se hallan obligadas legalmente a cumplir la reserva de empleo.

<sup>88</sup> Véase Objetivo 4.6 de la Estrategia Global de Empleo, pág. 39.

<sup>89</sup> Véase Objetivo 4.21 de la Estrategia Global de Empleo, pág. 44.



---

# Mercado de Trabajo



# RECUPERACIÓN ECONÓMICA Y SUBEMPLEO EN EL MERCADO DE TRABAJO ESPAÑOL

SANTOS 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

*Profesora Asociada de Economía Aplicada. Universidad Autónoma de Madrid*

ANA ISABEL VIÑAS APAOLAZA

*Profesora Adjunta de la Universidad Europea*

## EXTRACTO

**Palabras clave: Mercado de trabajo, primer semestre 2015, crecimiento económico, empleo, calidad**

La recuperación económica en España parece haberse consolidado en el primer semestre de 2015. Hace ya más de ocho años del estallido de la crisis económica y financiera y sus efectos todavía se observan en las variables laborales. Las estadísticas señalan que EE.UU. remontó hace algunos años mientras que todavía la evolución del PIB en algunos países europeos muestra avances moderados. En el último año la recuperación económica en España se ha afianzado y se ha trasladado al crecimiento del empleo y la reducción del desempleo. Sin embargo, la calidad del nuevo empleo que se está creando en España es baja y tiene un fuerte componente de temporalidad y hay una creciente presencia del empleo a tiempo parcial como porcentaje del total de la ocupación. En este contexto, el presente artículo analiza la evolución de las principales variables laborales en España y en Andalucía en el contexto de los últimos años de la crisis económica.

## ABSTRACT

**Key words: Labour market, 2015 first semester, growth, employment, quality**

Economic recovery seems to have consolidated in Spain finally in the first semester of 2015. It was eight years ago when the international Financial and Economic crisis broke out. But the effects of the crisis can be still seemed in the evolution of labour variables. Economic statistics show that in USA, the economic growth began several years ago, while, in some European countries GDP growth is still weak. Since beginning of 2014, Spanish economy is growing and, in a logical sequence, employment is growing too and unemployment is decreasing. Nevertheless, quality of this new employment is low because it is characterized by a strong presence of temporality and a high rate of part time employment, as a percentage of total new employment. In this context, the paper analyses the evolution of the most important labour market variables both in Spain and in Andalusia during the economic crisis up to the first semester of 2015.

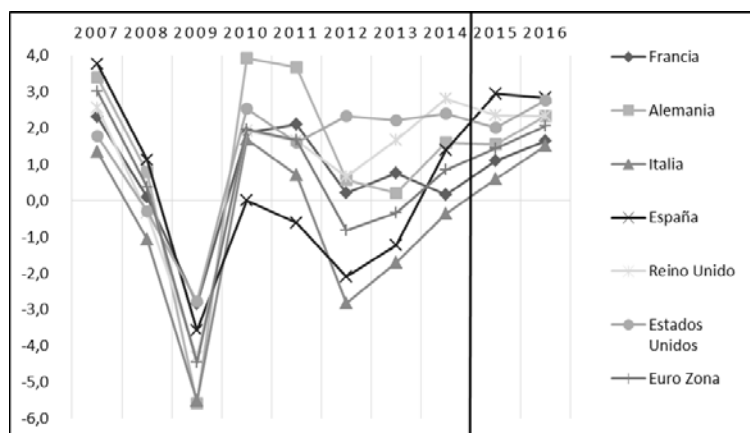
## ÍNDICE

1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA EN LA OLA DE LA RECUPERACIÓN EUROPEA
2. DEMANDA DE TRABAJO
3. OFERTA DE TRABAJO Y DESEMPLEO
4. EL MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

## 1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA EN LA OLA DE LA RECUPERACIÓN EUROPEA

En el verano de 2015 se han cumplido ocho años desde que la recesión económica internacional tuviese su primera aparición en Estados Unidos. Tras el estallido inicial de la crisis financiera, otras crisis de mayor impacto, y más duraderas, aún permanecen, afectando de forma profunda a variables económicas y del mercado de trabajo.

**FIGURA 1.** Evolución del PIB real, variación porcentual interanual, Europa y Estados Unidos, 2007-2015



Fuente: Elaboración propia a partir de OCDE.

Las consecuencias no han sido equiparables a nivel mundial. Estados Unidos ha logrado remontar la actividad a partir de 2012, año en el que precisamente Europa emprende su recaída, retornando a unas cifras negativas de variación del Producto Interior Bruto que hasta entrado 2014 han permanecido inestables.

Las últimas estadísticas confirman en el conjunto europeo un moderado avance del PIB, con España también de vuelta a datos positivos (hasta un avance

medio del 1,4 por ciento en 2014), pero con crecimientos moderados que afectan a grandes países como Francia e Italia.

El margen para la aplicación de políticas fiscales a favor del crecimiento y el empleo en la Unión Europea sólo se aprovechó al inicio de la recesión. Después, la desaparición de las medidas expansivas, amparada en el cumplimiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, tuvo el impacto previsto en términos de interrupción de la recuperación iniciada en 2010. Los estrictos criterios impuestos, en teoría con la meta de lograr los objetivos de déficit y deuda pública, han supuesto en todo el periodo un sobreesfuerzo económico por el recorte de gasto público, que ha afectado al conjunto de la sociedad. Especialmente en países como España, donde además el resultado está muy lejos del esperado: un déficit del 5,8 por ciento del PIB en 2014 y un nivel del deuda del 97,7 por ciento.

En la Zona Euro, en verano de 2014, las decisiones tomadas por el Banco Central Europeo facilitan que se invierta la situación de estancamiento económico. La puesta en práctica de una política monetaria expansiva<sup>1</sup>, más decidida que en la etapa inmediatamente anterior y similar a la llevada a cabo por los Bancos Centrales de Estados Unidos o Reino Unido, está siendo definitiva en la mejora de la estabilidad de los mercados financieros y de las perspectivas europeas.

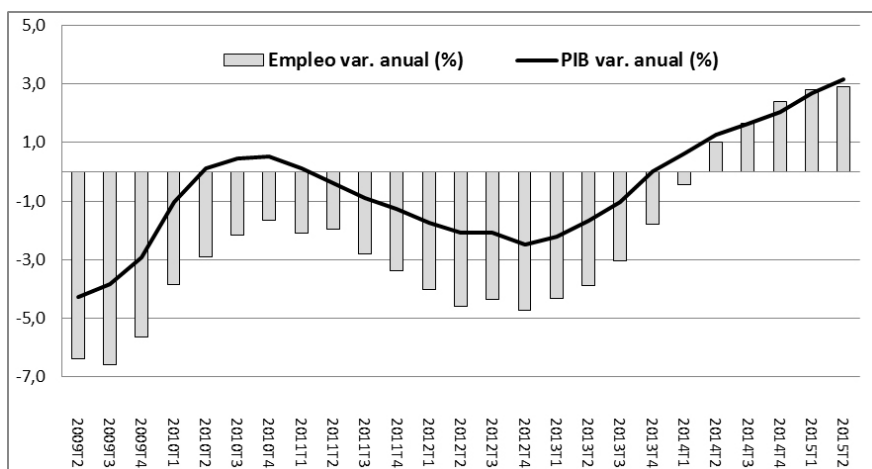
El análisis para España así lo muestra. La variación del PIB registra más de un año completo de cifras positivas. Se confirma una evolución que apunta a la recuperación de la producción.

Un avance que abarca al conjunto de sectores de actividad, donde destacan las ramas de la construcción (en cifras positivas desde mitad de 2014 y con un aumento interanual del 5,8 por ciento en el segundo trimestre de 2015). También en la industria y el sector servicios se consiguen trimestres consecutivos de crecimiento interanual. En el primer caso desde el comienzo de 2014 y alcanzando un 3,5 por ciento en el segundo trimestre de 2015; en el segundo, se retoma el camino de crecimiento sumando seis trimestres seguidos de cifras positivas y logrando crecer un 3 por ciento en el segundo trimestre de 2015. Únicamente la agricultura, por su perfil estacional, muestra valores más irregu-

<sup>1</sup> Véase el recuadro “Medidas no convencionales: “Quantitative Easing” (QE)”, en Viñas, A.; Pérez, L. y Sánchez, A. (2015): *Análisis del entorno económico internacional. Instrumentos y políticas*, Ed. Garceta, Madrid, 2ª edición

lares: 2014 muestra crecimientos hasta el cierre del ejercicio y el comienzo de 2015, donde se producen decrecimientos, que remontan en el segundo trimestre con una tasa del 2,2 por ciento.

**FIGURA 2.** Producto Interior Bruto a precios de mercado y empleo, tasas de variación interanual, en porcentaje



Nota: Empleo equivalente a tiempo completo. Fuente: elaboración propia a partir de CNTR, INE.

Por el lado de la demanda, el comportamiento del gasto público es más inestable y, en cambio, destaca la recuperación del consumo privado de los hogares, que desde el inicio de 2014 ofrece cifras interanuales positivas y en ascenso: 3,5 por ciento para el segundo trimestre de 2015.

También en 2014 la inversión vuelve a cifras positivas tras 23 trimestres en caída. El segundo trimestre de 2015 indica una subida del 5,6 por ciento interanual, tanto por la expansión de la inversión en bienes de equipo como por la mejora de las cifras en construcción.

La demanda externa continúa en cifras elevadas desde 2013. A partir de 2014, las importaciones prosperan de nuevo más que las ventas al exterior, demostrando una vez más que la economía española, en etapas de crecimiento, basa sus resultados en la demanda interna: la mayor necesidad de producir en el país se cubre con bienes y servicios importados. En el segundo trimestre de 2015 las exportaciones crecen un 6 por ciento anual y las importaciones el 7,2 por ciento.

El análisis de la actividad económica a través de las rentas de los factores productivos permite profundizar en las consecuencias que esta crisis está teniendo en la economía y la sociedad española a través del mercado de trabajo.

La remuneración de asalariados y la del capital (a través del EBE y rentas mixtas) se mantienen en cifras positivas hasta fin de 2008 y decrecen en 2009 y 2010. El último trimestre de 2010 marca el nacimiento de importantes diferencias. El EBE y renta mixta muestra un comportamiento favorable durante prácticamente toda la etapa hasta el fin de 2013. A partir de ahí el trazado es irregular y la última cifra disponible del segundo trimestre de 2015 señala un incremento del 3,4 por ciento. Mientras, la remuneración de asalariados se ha situado por debajo de cero, de forma continuada, entre el inicio de 2009 y el tercer trimestre de 2013 (también al comienzo de 2014). Hasta el segundo trimestre de 2015, en el resto de periodos, se observan variaciones anuales positivas: la última del 3,3 por ciento.

Como consecuencia de las mermas acumuladas en los años de crisis, las rentas del trabajo han perdido en siete años más de 3 puntos de peso en la renta nacional, mientras el EBE/renta mixta ha ganado uno.

La misma situación de pérdida se ha dado en el conjunto del mercado de trabajo en términos de empleo y, en paralelo a la recuperación, de deterioro de la calidad en el trabajo, desde diferentes perspectivas que a continuación se analizan.

## **2. DEMANDA DE TRABAJO**

En la primera mitad de 2015 se confirma la mejora en las cifras de ocupación que dio comienzo en el año 2014.

Los resultados desde mitad de 2014 son positivos para el conjunto de los sectores de actividad económica. Destaca en términos absolutos la creación de empleo en el sector servicios, debido a su mayor proporción en el sistema productivo del país. En términos relativos resalta la evolución de la agricultura, aunque su comportamiento es irregular por la elevada dosis de estacionalidad que presenta, y cabe mencionar el empuje en el último año de los sectores de la construcción y, en menor medida, de la industria.

**TABLA 1. Número de ocupados en España por sector, sexo, edad y nacionalidad, 2014 (III y IVT) - 2015 (I y IIT)**

OCUPADOS (miles)	<i>III trim 2014</i>	<i>IV trim 2014</i>	<i>I trim 2015</i>	<i>II trim 2015</i>
Ocupados	17.504	17.569	17.455	17.867
Ocupados agricultura	666	729	717	740
Ocupados industria	2.427	2.439	2.441	2.506
Ocupados construcción	1.022	1.030	1.061	1.093
Ocupados servicios	13.388	13.371	13.236	13.527
Mujeres	7.898	8.011	7.935	8.105
Hombres	9.606	9.558	9.520	9.761
Mayores de 55 años	2.557	2.606	2.654	2.717
Menores de 25 años	788	757	741	792
Extranjeros	1.870	1.865	1.837	1.909
Españoles	15.266	15.330	15.244	15.552

Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa* (INE).

El empleo ha aumentado en el periodo entre los hombres y, a mayor velocidad entre las mujeres; entre los mayores de 55 años y los extranjeros, aunque también muestra una evolución favorable entre los españoles.

En el caso de los jóvenes, menores de 25 años, hay que mencionar el escaso avance de la ocupación, a pesar de la concentración de recursos de políticas de empleo destinados a este colectivo.

En este sentido, conviene considerar que el Plan de Garantía Juvenil en España, dotado con 1,8 millones de euros procedentes de Europa, contiene en su origen la intención de atajar el problema del paro juvenil a través de oportunidades de empleo y formación. Sin embargo, tras más de un año en vigor, a mitad de 2015 sólo estaban registrados como potenciales beneficiarios menos del 7 por ciento de los jóvenes menores de 30 años desempleados según la EPA. Un porcentaje del cual no se conoce el número de contrataciones o acciones de formación que han recibido o están recibiendo.

Una de las principales transformaciones que ha sufrido el mercado de trabajo español ha sido la consolidación y progresivo incremento del (sub)empleo a tiempo parcial, de carácter involuntario. Un fenómeno que está permitiendo una distribución del trabajo, a menores cotas de calidad y remuneraciones inferiores.

**TABLA 2. Número de ocupados en España por jornada, situación profesional y tipo de contrato, 2014 (III y IVT) - 2015 (I y IIT)**

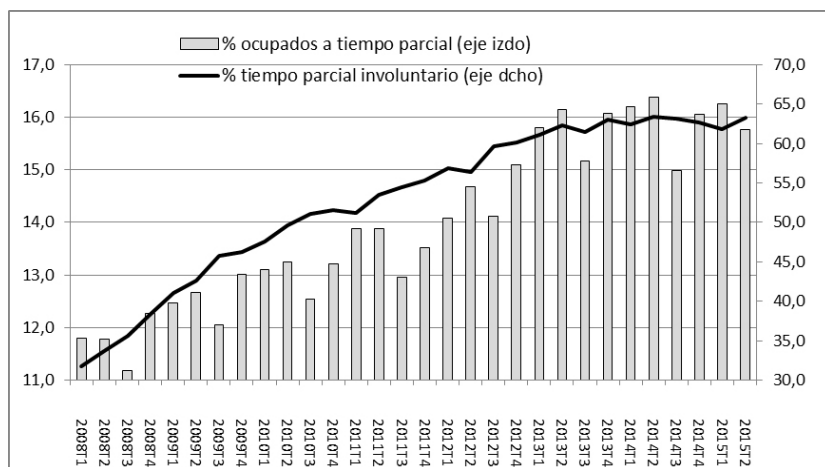
OCUPADOS (miles)	<i>III trim 2014</i>	<i>IV trim 2014</i>	<i>I trim 2015</i>	<i>II trim 2015</i>
Ocupados tiempo completo	14.880	14.749	14.618	15.048
Ocupados tiempo parcial	2.624	2.820	2.837	2.818
Cuenta propia	3.085	3.078	3.055	3.099
Asalariados	14.413	14.483	14.394	14.762
Asalariados Sector público	2.926	2.928	2.957	2.956
Asalariados Sector privado	11.488	11.556	11.437	11.806
Asalariados Indefinidos	10.861	10.972	10.997	11.058
Asalariados Temporales	3.552	3.511	3.397	3.704

Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa* (INE).

De los 2,8 millones de ocupados a tiempo parcial del país en el segundo trimestre de 2015, 1,8 millones trabajan en estas condiciones por no haber encontrado un empleo a tiempo completo. Así, la tasa de parcialidad involuntaria salta en el segundo trimestre de 2015 al 63,3 por ciento.

Una tendencia que surgió a raíz de la inicial crisis, tuvo un auge tras la reforma laboral de 2012 y en la senda de recuperación se está consolidando, con máximos de parcialidad cada vez más elevados.

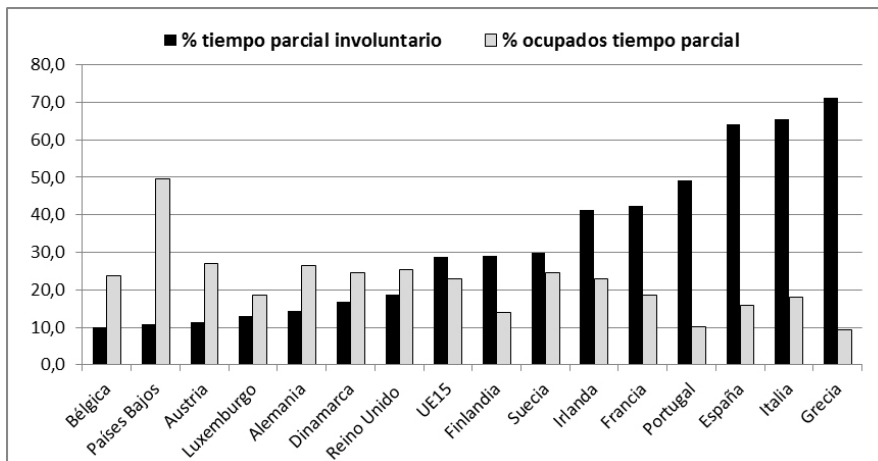
**FIGURA 3. Empleo a tiempo parcial (porcentaje de ocupados a tiempo parcial sobre total ocupados) y proporción de empleo parcial involuntario (porcentaje de ocupados a tiempo parcial involuntario sobre total ocupados a tiempo parcial), España, 2008 – 2015**



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la EPA, INE.

No cabe en este análisis la pretensión del parecido con los países europeos de referencia. Es cierto que la tasa de empleo a tiempo parcial en España sigue a unos niveles inferiores al resto de nuestros vecinos de la UE15, muy por debajo de las tasas obtenidas en Países Bajos, Reino Unido, Alemania, Austria, Bélgica o Dinamarca. Pero, al examinar el carácter del tiempo parcial, en España, Grecia e Italia, más de la mitad de los trabajadores a tiempo parcial lo hace de forma involuntaria; una trayectoria que en España ha duplicado los valores durante la crisis.

**FIGURA 4. Empleo a tiempo parcial (porcentaje de ocupados a tiempo parcial sobre total ocupados) y proporción de empleo parcial involuntario (porcentaje de ocupados a tiempo parcial involuntario sobre total ocupados a tiempo parcial), Unión Europea 15, 2014**



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Eurostat.

Las mejores cifras en torno al empleo se han originado en el sector privado, que contrarresta lo sucedido en el público, donde el crecimiento es menor. Desde mitad de 2014 avanza la ocupación en ambos casos, aunque con mayor intensidad en el sector privado.

Aumenta también en el último año el empleo por cuenta propia. Sin embargo, hay que matizar que este incremento se produce en el grupo de trabajadores independientes sin asalariados a su cargo.

En ocasiones, este autoempleo, al ser involuntario (por no haber encontrado un trabajo por cuenta ajena) constituye un tipo de subempleo. Trabajadores por cuenta propia que se ven obligados por razones económicas o por la empresa a trabajar como autónomos.

El peso de este grupo en el total de ocupados por cuenta propia ha pasado de un 62 por ciento en 2011 a un 67 por ciento en el segundo trimestre de 2015. Y resalta, además del mayor peso que ha adquirido durante la crisis, su elevada cifra en la comparación con el resto de países europeos.

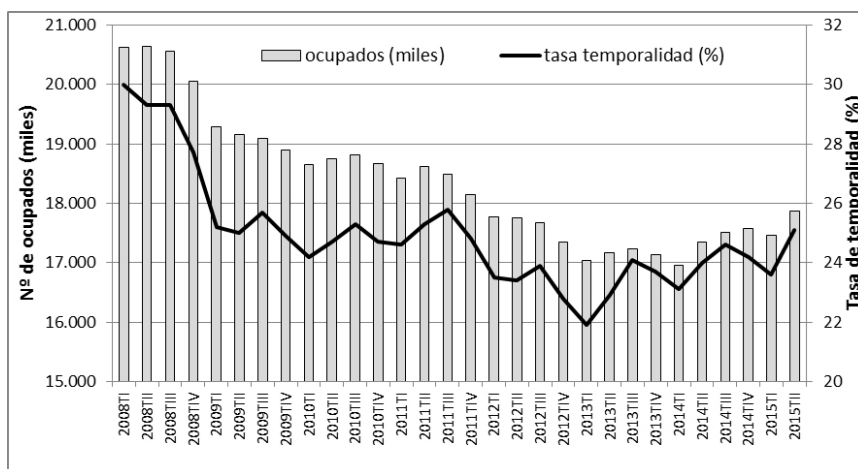
A las anteriores formas, relativamente recientes en España, que adopta el subempleo, se une la tradicional temporalidad, asentada en la estructura del mercado laboral desde tiempo antes de la llegada de la crisis.

Merece la pena recordar la caída de la tasa de temporalidad tras la primera oleada de destrucción de empleo en 2009. La causa: la finalización de contratos de duración determinada, junto al menor coste en indemnizaciones de este tipo de contratos, que daban cobertura a personas con menores niveles de cualificación y remuneraciones inferiores.

Pero el segundo trimestre de 2015 muestra una tasa de temporalidad similar al periodo anterior a la crisis, situándose por encima del 25 por ciento, y evidenciando su carácter estructural.

Durante esta larga larga recesión se ha constatado que, en los momentos en que se ha producido una revitalización del empleo, este ha sido sin duda de carácter temporal (especialmente en los trimestres de mayor empleo y actividad estacional).

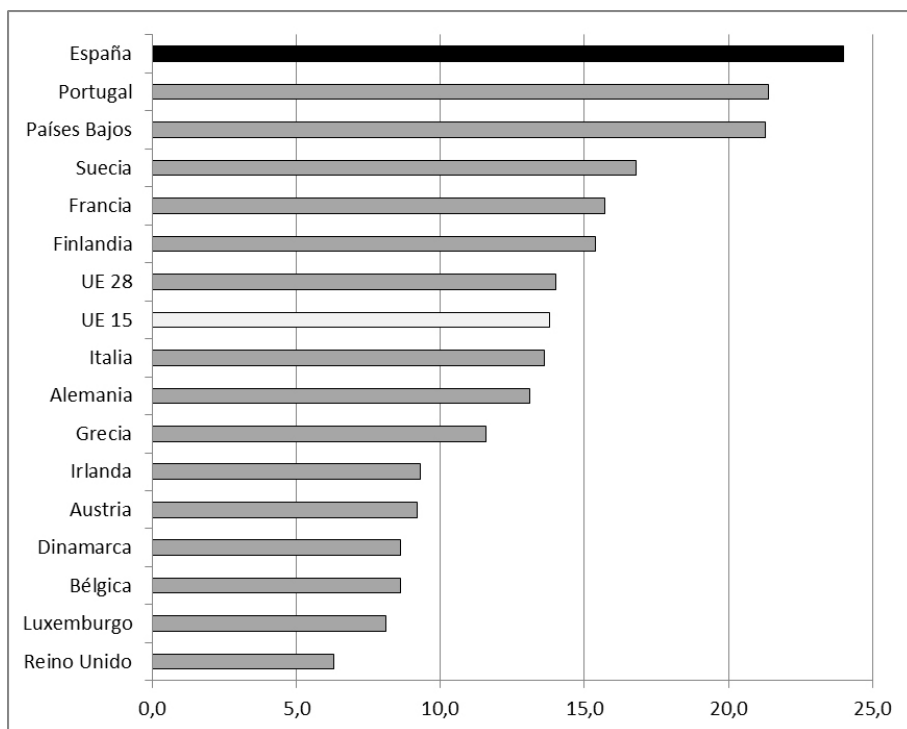
**FIGURA 5. Número de ocupados y tasa de temporalidad, España, 2008-2015**



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la EPA, INE.

En este sentido, hay que mencionar el fracaso de las diversas reformas laborales en los últimos años, así como de las políticas de empleo e incentivos a la contratación, a la hora de luchar contra la temporalidad.

La tasa española de temporalidad sigue liderando la lista de la UE15, con diferencias que casi duplican las medias europeas.

**FIGURA 6. Tasa de temporalidad (en porcentaje) para países de la UE15, 2014**

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Eurostat.

Del anterior examen se desprende que las cifras de empleo en el último año hay que contemplarlas con precaución, pues el crecimiento de la ocupación contiene importantes dosis de subempleo, asentado en la parcialidad, en el trabajo por cuenta propia y en la temporalidad, todos ellos de carácter involuntario.

Y a ello se agrega un trabajo indefinido cada vez más precario, con unos rasgos muy similares a la contratación temporal en cuanto a inestabilidad, salarios más bajos y flexibilidad impuesta por la empresa.

Este modelo de precariedad que está acompañando a la recuperación económica tendrá consecuencias nefastas sobre la competitividad de las empresas españolas, debido a la pérdida de productividad (por la falta de formación, la inestabilidad laboral...) que implica la extensión del subempleo.

### 3. DESEMPLEO Y OFERTA DE TRABAJO

Al margen de la mejora en términos de volumen de empleo, el desajuste entre demanda de trabajo y oferta sigue arrojando una cifra de más de cinco millones de parados (según la EPA), que alcanzan la tasa de paro hasta el 22,4 por ciento de la población activa en el segundo trimestre de 2015.

El perfil del trabajo creado, de baja calidad, permite pensar que no se está produciendo un cambio estructural del modelo productivo que pueda lograr crecimientos sostenibles de un empleo de calidad a medio plazo y largo plazo.

**TABLA 3. Número de parados y tasas de paro (en porcentaje) en España por sexo, edad, nacionalidad y tiempo de búsqueda de empleo, 2014 (III y IVT) - 2015 (I y IIT)**

	<i>III trim 2014</i>	<i>IV trim 2014</i>	<i>I trim 2015</i>	<i>II trim 2015</i>
Parados (miles)	5.428	5.458	5.445	5.149
Tasa de paro %	23,7	23,7	23,8	22,4
Hombres (miles)	2.794	2.824	2.802	2.589
Tasa paro masculina (%)	22,5	22,8	22,7	21,0
Mujeres (miles)	2.634	2.634	2.642	2.561
Tasa paro femenina (%)	25,0	24,7	25,0	24,0
Menores de 25 años (miles)	868	814	782	767
Tasa de paro menores 25 (%)	52,4	51,8	51,4	49,2
Mayores de 55 años (miles)	593	614	599	592
Tasa de paro mayores 55 (%)	18,8	19,1	18,4	17,9
Tasa paro españoles %	22,4	22,4	22,4	21,2
Tasa paro extranjeros %	32,9	33,2	33,7	30,8
Desempleados más de 1 año (%)	61,9	61,4	61,2	61,9
Desempleados más de 2 años (%)	43,2	43,7	43,7	44,8

Fuente: Elaboración propia a partir de EPA, INE.

El desempleo está siguiendo una tendencia coherente con las cifras de ocupación. Se constata un descenso irregular y lento entre hombres y mujeres, jóvenes, mayores de 55 años, extranjeros y españoles.

Las estadísticas publicadas por los Servicios Públicos de Empleo señalan también un continuado descenso del número de personas registradas como desempleadas, aunque con claras tendencias estacionales, al incrementarse el paro tras la finalización de las temporadas estivales.

Y no hay que pasar por alto dos cuestiones. La primera es que la mejora esconde, por un lado, una elevada precariedad, con altas dosis de temporalidad, rotación y parcialidad, derivada de la naturaleza de los subempleos que se están creando.

La segunda es que esta reducción del número de parados está estrechamente relacionada con un descenso de la población activa, especialmente en determinados colectivos. Surge un efecto desánimo derivado de la excesiva extensión de la recesión, las desfavorables expectativas en cuanto a lograr un empleo de calidad y la inestabilidad de las perspectivas de consolidación de la economía.

Se observa que la disminución del paro entre los jóvenes no se compensa con la creación de empleo en este grupo. Una situación que únicamente se puede explicar por la caída de la actividad entre los 16 y los 35 años. Un descenso no solo provocado por el envejecimiento de la población, sino también por la vuelta de los jóvenes a los estudios y su salida a otros países en busca de oportunidades de mejores empleos y formación. Un fenómeno que también sucede entre los trabajadores extranjeros, que retornan a sus países de origen ante la falta de empleos estables en España.

El resultado es que la retirada de población activa del mercado laboral permite adelgazar el volumen de desempleados.

En definitiva, el efecto desánimo, tras la larga recesión, sumado a la consolidación de un nuevo proceso de emigración, se han dejado sentir en la oferta de trabajo del mercado laboral español. La tasa de actividad total se ha mantenido constante durante 2014 y 2015, por debajo del 60 por ciento.

Otro hecho a destacar es la apertura, de nuevo, de la brecha entre las tasas de paro masculina y femenina. En el proceso de recuperación, la primera se está reduciendo a mayor velocidad y dimensión que la segunda (se ha situado entre

los hombres en el 21 por ciento en el segundo trimestre de 2015 y entre las mujeres en el 24 por ciento), mostrando una vuelta a esa diferencia histórica y estructural de preferencia del mercado laboral español hacia la contratación masculina.

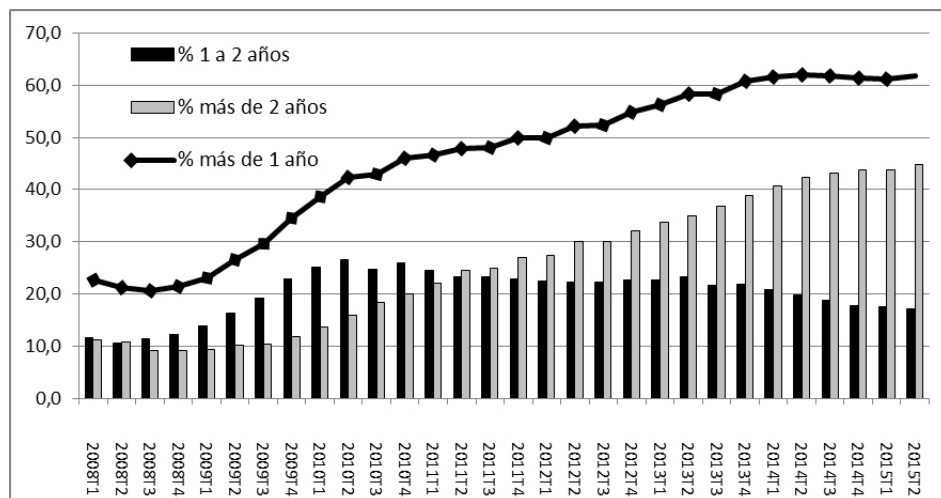
Además, por edades, siguen siendo preocupantes las cifras del paro entre los grupos de jóvenes y los mayores de 55 años. En este último colectivo, entra en escena el riesgo de caer en una situación generalizada de desempleo estructural.

Las cifras sobre paro de larga duración son preocupantes. En 2008 poco más del 20 por ciento de las personas en desempleo llevaba más de un año buscando empleo, un porcentaje que se multiplica por tres y roza el 62 por ciento en el segundo trimestre de 2015, siendo cada vez mayor la incidencia de las personas que llevan buscando empleo más de dos años (cerca del 45 por ciento de los desempleados).

La ausencia de políticas de empleo destinadas a paliar el problema del paro de larga duración ha conducido a una extensión de la desprotección por desempleo. Las tasas de cobertura ofrecidas por el Servicio Público de Empleo indican que en 2008, el 73,6 por ciento de los desempleados registrados tenía una prestación por desempleo. En 2015 la cobertura ha descendido por debajo del 55 por ciento, mostrando casi 20 puntos de diferencia respecto al inicio de la crisis.

Precariedad en el (sub)empleo y precariedad en el desempleo son fenómenos que están caminando de la mano de la recuperación de la economía y del empleo, dando paso a situaciones que, de no revertirse en un futuro inmediato a través de las políticas adecuadas, profundizarán en los problemas estructurales que ya posee el mercado de trabajo español.

**FIGURA 7. Paro de larga duración (en porcentaje de parados por tiempo de búsqueda sobre el total de desempleados), 2008-2015**

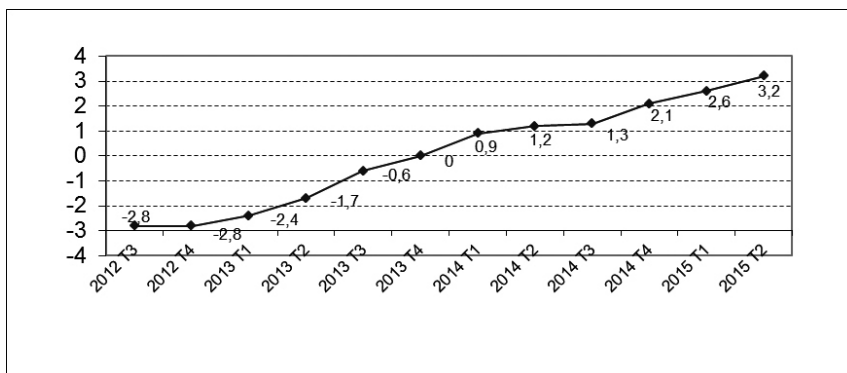


Fuente: Elaboración propia a partir de EPA, INE.

#### 4. EL MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

La economía andaluza está experimentando en los últimos trimestres un proceso de recuperación que muestran un cambio de tendencia por lo que se puede indicar que lo peor de la crisis económica ha pasado. En el segundo semestre de 2014 y primero de 2015 la economía andaluza presenta un claro comportamiento de recuperación que se detecta desde la segunda mitad de 2012, presentando unas tasas de crecimiento positivas del PIB desde 2014 a unas tasas crecientes. La recuperación de la economía andaluza se ha ido afianzando en los últimos trimestres en paralelo a lo ocurrido en el conjunto de la economía nacional, y en general en el conjunto de la economía europea en este mismo periodo. Así se puede deducir de las estimaciones de crecimiento económico que muestran los datos que proporciona el Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía, (IECA) referidos a la Contabilidad Regional Trimestral de Andalucía, publicados en septiembre de 2015.

**FIGURA 8 Evolución trimestral del PIB. Andalucía 2012-T3-2015-T2.**  
**Tasa de variación interanual**



Fuente: IECA. Contabilidad Regional Trimestral de Andalucía Base 2008. Septiembre 2015

Las bases de esta recuperación económica permiten poder aventurar que nos encontramos en las primeras etapas de una nueva fase del ciclo económico que aprovechan una serie de factores que están presentes en el contexto internacional y que han servido para caracterizar un entorno favorable al crecimiento de la economía española en general y a la andaluza en particular. Entre ellos, se pueden señalar la bajada de los precios del petróleo, la depreciación del euro, el largo periodo de tipos de interés muy bajos (e incluso en algún periodo tipos reales negativos) derivado de la acción de los principales bancos centrales orientada hacia un aumento de la liquidez a nivel mundial. A ellos, habría que añadir la desestabilización política de países con destinos turísticos que compiten en este sector con la oferta andaluza y española. Estos factores han favorecido fundamentalmente dos vectores del crecimiento económico observado en Andalucía. En primer lugar, el desapalancamiento de las familias que a lo largo de la crisis han reducido sus niveles de endeudamiento y que ha fundamentado un cierto crecimiento del consumo doméstico. En segundo lugar, como hemos señalado, una coyuntura internacional favorable al turismo en España, lo que ha provocado un aumento significativo de esta actividad especialmente Andalucía. Así lo reflejan los datos sobre turismo que indican que en el segundo trimestre de 2015 se han superado los siete millones, según los datos de la Encuesta Turística de Andalucía realizado por el IECA lo que representa un aumento de un 4,6% con respecto al año anterior.

Los efectos de estos factores se pueden encontrar en el siguiente cuadro elaborado por el IECA en base a los que podemos analizar con mayor detalle las bases de la recuperación económica. Desde el punto de vista de la demanda, el

aumento del consumo final se ha basado fundamentalmente en la recuperación del consumo de las familiar que se muestra muy superior al de las Administraciones Públicas e ISFLSH. La inversión regional también se ha recuperado en 2014 y los dos primeros trimestres de 2015. En este mismo periodo se observa que las exportaciones crecen pero en menor medida que las importaciones. Desde el punto de vista de la oferta, destaca el comportamiento del sector de la construcción, que muestra tasas de variación interanual positivas en los dos primeros trimestres de 2015. La industria también presenta tasas de crecimiento positiva de mayor cuantía que los servicios en su conjunto. El subsector de los servicios profesionales es el que más crece mientras que el de las actividades financieras y de seguros presenta tasas negativas.

**TABLA 4. Tasas de crecimiento interanual. Datos corregidos de estacionalidad y efecto calendario. Andalucía 2013-2015 T2**

<b>DEMANDA</b>	<b>2013</b>	<b>2014</b>	<b>2015T1</b>	<b>2015 T2</b>
Gasto en Consumo final regional	-2,5	1,8	2,7	3,2
Gasto en consumo final de los hogares regional	-2,4	2,5	3,3	3,7
Gasto en Consumo final de las AA.PP. e ISFLSH	-2,9	0,1	0,9	1,9
Formación bruta de capital	-3,3	1	4,1	4,2
Demanda Regional (*)	-2,9	1,8	3,1	3,6
Exportaciones de bienes y servicios	2,1	3,9	-0,5	0,5
Importaciones de bienes y servicios	-1,6	4,2	0,6	1,2
<b>PIB a precios de mercado. (Índices de volumen encadenados)</b>	<b>-1,2</b>	<b>1,4</b>	<b>2,6</b>	<b>3,2</b>
<b>OFERTA</b>				
Agricultura, Ganadería y Pesca	27,2	-2,1	-4,2	-1,7
Industria	-5,5	2,4	1,6	4,7
Construcción	-7,1	-1,1	5,9	5,8
Servicios	-1,3	1,7	3,1	3,2
Impuestos netos sobre los productos	-2,0	0,7	1,8	2,1
<b>PIB a precios de mercado. (Índices de volumen encadenados)</b>	<b>-1,2</b>	<b>1,4</b>	<b>2,6</b>	<b>3,2</b>

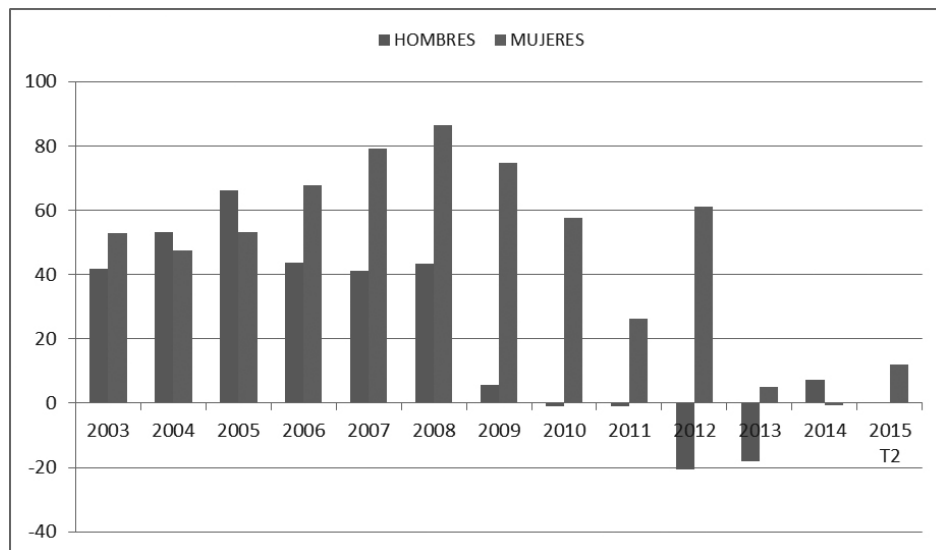
Fuente: IECA. Contabilidad Regional Trimestral de Andalucía. Segundo trimestre. Septiembre 2015

Una vez caracterizado brevemente la evolución de la economía andaluza procedemos a exponer la evolución de las principales variables laborales de Andalucía.

## LA OFERTA DE TRABAJO

A lo largo del segundo semestre de 2014 y primer semestre de 2015, la oferta de trabajo en Andalucía sigue estabilizada en cifras ligeramente superiores a los cuatro millones de personas siendo ésta una de las principales características de su evolución desde 2010. El freno en el crecimiento de la cifra absoluta de activos laborales en Andalucía es consecuencia de la ralentización que ha experimentado el incremento de número de hombres que se incorporan a la población activa que aparece desde los primeros años de la crisis económica (desde el primer trimestre de 2009 las tasas trimestrales de variación interanual de la población activa masculina han oscilado entre +1,45 y -1,15%, situándose la tasa media en -0,16%). El número de los varones laboralmente activos en Andalucía durante los últimos trimestres se ha estabilizado en torno a los 2.220.000 efectivos. Por el contrario, el número de mujeres presentes en la población laboralmente activas en Andalucía han seguido aumentando su presencia a lo largo de todo el periodo de la crisis (2009-2015) presentando una tasa media de variación interanual en ese periodo del 2,16%. A final del primer semestre de 2015 el total de la población activa femenina se sitúa en 1.852.100 efectivos, o sea aproximadamente 360.000 efectivos menos que el colectivo de los hombres. Las diferencias entre el número de efectivos de ambos grupos se van reduciendo. La Figura 9 muestra claramente el comportamiento diferenciado de evolución de la oferta de trabajo en Andalucía desde el comienzo de la crisis económica.

**FIGURA 9. Variación interanual del a Población Activa por sexos. Andalucía 2008-2015-T2. En miles.**



Fuente: INE. EPA. y elaboración propia

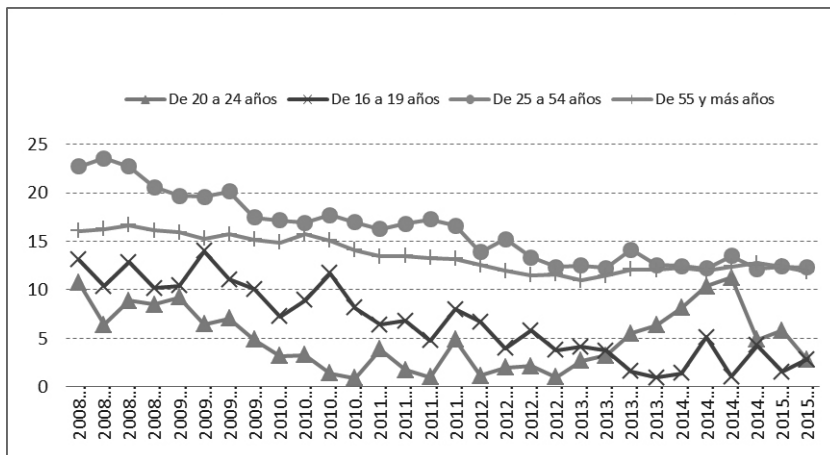
Uno de las características que más se destaca de la evolución demográfica de los países occidentales es su progresivo envejecimiento, lo cual afecta de forma significativa a la evolución de las variables laborales. Si analizamos la oferta de trabajo según el criterio de la edad de las personas, observamos que en Andalucía, el grupo más numeroso entre los laboralmente activos es el de los comprendidos entre los 35 y los 45 años, tanto para hombres como para mujeres, seguido por los de edades entre 45 y 54 años. Por tanto, el fenómeno al que nos hemos referido está presente en la oferta laboral andaluza. Además, a partir del estallido de la crisis, en torno a 2008, cae significativamente el número de activos cuyas edades están comprendidas entre los 25 y los 34 años, y especialmente entre los varones. Merece la pena destacarse la evolución creciente presencia en el mercado laboral del grupo de personas mayores de 55 años. El fenómeno del envejecimiento de la población general está poniéndose de manifiesto en el mercado laboral de forma acentuada por la baja incorporación de jóvenes al mercado laboral quizás por la mayor presencia del fenómeno conocido como del trabajador desanimado.

Si consideramos la evolución de las tasas de actividad en Andalucía, se observa que a partir de 2008 un claro proceso de convergencia para los grupos sociales tanto según sexo o tramos de edad. Este fenómeno se ha debido a la

caída de la tasa de actividad media de los hombres y al aumento de la de tasa de actividad media femenina, cuyo crecimiento se ha ido viendo amortiguado en los años posteriores al estallido de la crisis. En segundo trimestre de 2008 la tasa actividad masculina se situaba en el 68,15% y la femenina del 46,55%. En el segundo trimestre de 2015 la primera se bajó hasta el 65,77% y la segunda subió al 52,77%. Por tanto, la diferencia entre ellas se redujo de 26,6 puntos hasta casi la mitad; 13 puntos. No obstante, todavía se ponen de manifiesto diferencias significativas entre ambas y sobre todo para los distintos grupos de edad.

La tendencia hacia la convergencia en tasas de actividad globales de hombres y mujeres en Andalucía se prolonga desde hace varios años, pero se produjo de forma acelerada entre los años 2002 y 2008. A partir del estallido de la crisis este proceso se ralentiza justo cuando la tasa de actividad masculina sigue cayendo ligeramente, pero el crecimiento de la tasa de actividad femenina se va frenando significativamente. A partir de 2013 la diferencia entre las tasas de actividad masculina y femenina en Andalucía se estanca en torno a una media de los 13,5 puntos. Hay que destacar que las menores diferencias entre las tasa de actividad de hombres y mujeres se encuentran entre los más jóvenes, fruto de la crisis que ha reducido la posibilidad de empleo para los jóvenes y como consecuencia de la homogenización en los comportamientos laborales producidos por la generalización de la educación más allá de los niveles obligatorios. También merece la pena destacar el diferente comportamiento de las tasas de actividad para el grupo de edad de 20 a 24 años, creciente entre 2012 y 2014 para los hombres y decreciente para las mujeres.

**FIGURA 10. Diferencias de las Tasas de Actividad entre hombres y mujeres según tramo de edad. Andalucía 2008-2015 T2.**



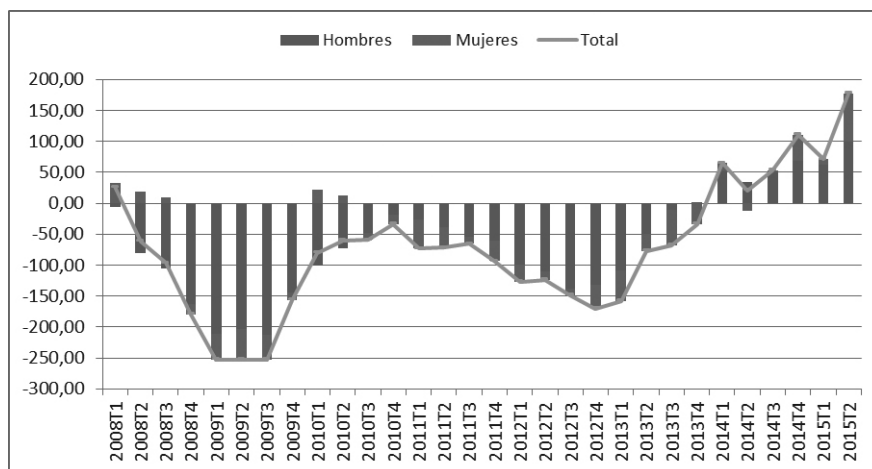
Fuente: INE. EPA y elaboración propia.

## LA OCUPACIÓN

La evolución del empleo es una de las variables laborales donde se puede observar de forma más clara la recuperación de la actividad económica en Andalucía a la que hemos hecho referencia anteriormente. En el segundo trimestre de 2015 el empleo alcanzó según la estimación de la EPA a 2.808.500 andaluces, cifra que no se alcanzaba desde el segundo trimestre de 2011. El número de ocupados varones se situó en un total de 1.581.800 y en 1.226.700 mujeres. La diferencia entre la ocupación de ambos colectivos es de 355.100 personas, al comienzo de la crisis (segundo trimestre de 2008) esta misma diferencia era de 661.500 personas. La reducción hasta casi la mitad se ha debido casi en su totalidad al fuerte proceso de destrucción de empleo de los hombres acaecida en el periodo.

En los últimos trimestres, el empleo en Andalucía sigue recuperándose de forma clara en el primer semestre de 2015 manteniendo la tendencia que se mostraba en el año 2014 y especialmente en el segundo semestre de ese año. La Gran Recesión ha tenido dos fuertes impactos en el empleo en dos periodos casi consecutivos el bienio 2008-2010 y el 2011-2013, como se puede observar en la Figura 11. En este contexto de cinco años de destrucción de empleo con mayor intensidad es el que se puede interpretar como favorable la evolución de del empleo observado en los últimos trimestres de 2014 y primera mitad de 2015.

**FIGURA 11. Variación interanual de ocupados en Andalucía por sexo 2008-2015 T2. En miles.**



Fuente: INE. EPA y elaboración propia.

Entre el segundo semestre de 2014 y el primero de 2015, el empleo en Andalucía aumenta en todos los sectores, destacando la ocupación en el sector de los Servicios, si bien en términos relativos es el de la agricultura el de mayor crecimiento pero teniendo en cuenta el fuerte componente de estacionalidad que caracteriza esta actividad económica. Destaca también el aumento del empleo en el sector de la construcción a lo largo de los últimos trimestres. La estabilización del empleo en la construcción alcanzó un suelo de 120.000 ocupados entre 2012 y 2013. A partir de entonces el empleo en este sector crecer de forma ligera y sostenida. En este mismo sentido se comporta el empleo en el sector industrial que alcanzó un suelo en torno a los 170.000 ocupados en el primer trimestre de 2014 y a partir de entonces aumenta el empleo de forma sostenida.

**TABLA 5. Número de ocupados en Andalucía por sector, sexo, edad y nacionalidad, 2014 (III y IVT) - 2015 (I y IIT)**

OCUPADOS (miles)	2014T3	2014T4	2015T1	2015T2
<b>Ocupados</b>	2.611	2.682	2.684	2.809
<b>Ocupados agricultura</b>	158,1	222,1	216,5	208,9
<b>Ocupados industria</b>	227	232	219	239
<b>Ocupados construcción</b>	139	140	145	150
<b>Ocupados servicios</b>	2.087	2.088	2.103	2.211
<b>Mujeres</b>	1.119	1.159	1.156	1.227
<b>Hombres</b>	1.492	1.523	1.528	1.582
<b>Mayores de 55 años</b>	341	352	361	382
<b>Menores de 25 años</b>	129,7	136	135,9	134,4
<b>Extranjeros</b>	2.384	2.430	2.448	2.563
<b>Españoles</b>	227	252	236	246

Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa* (INE).

La recuperación del empleo está afectando de forma diferenciada a los distintos grupos sociales. En este periodo de recuperación, el empleo lo está haciendo en mayor medida entre los hombres que entre las mujeres, entre los trabajadores de mayor edad más que entre los jóvenes y más entre los de nacionalidad española que entre los extranjeros. Esta es uno de las características básicas de la respuesta del empleo a la crisis. No afecta a todos por igual y ha sido especialmente claro en lo que respecta a los trabajadores más jóvenes y los de mayor edad. La destrucción del empleo producida durante la crisis ha sido dramática en algunos colectivos como el de los más jóvenes. El empleo de los jóvenes menores de 25 años ha pasado de representar 346.000 ocupados en el segundo trimestre de 2008 a 134.400 en el segundo trimestre de 2015. Por el contrario, en lo que respecta a la ocupación de los mayores de 55 años, en ese mismo periodo ha pasado a estimarse en 307.200 a 382.400 personas.

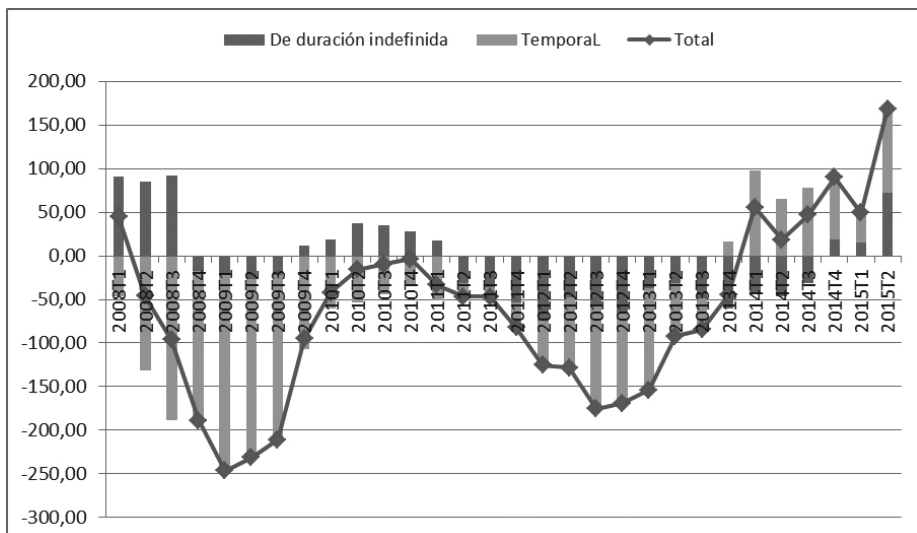
**TABLA 6. Número de ocupados en Andalucía por jornada, situación profesional y tipo de contrato, 2014 (III y IVT) - 2015 (I y IIT)**

<b>OCUPADOS (miles)</b>	<b>2014T3</b>	<b>2014T4</b>	<b>2015T1</b>	<b>2015T2</b>
<b>Ocupados tiempo completo</b>	<b>2165,9</b>	<b>2196,9</b>	<b>2198</b>	<b>2285,6</b>
<b>Ocupados tiempo parcial</b>	445	485	486	523
<b>Cuenta propia</b>	515	502	498	502
<b>Asalariados</b>	2.096	2.178	2.185	2.306
<b>Asalariados Sector público</b>	514	524	552	564
<b>Asalariados Sector privado</b>	1.582	1.654	1.633	1.742
<b>Asalariados Indefinidos</b>	1.385	1.408	1.422	1.486
<b>Asalariados Temporales</b>	710	770	763	819

Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa* (INE).

Otra de las características del empleo que se está creando en esta fase de recuperación es el de la calidad de la ocupación. De los 2.808.500 ocupados que hay en Andalucía en el segundo trimestre de 2015, 522.900 lo son a tiempo parcial, lo que representa un 18.6% del total de la ocupación, Este porcentaje no ha hecho más que crecer. En el segundo trimestre de 2012 representaba el 8.9%; en el segundo trimestre de 2008 era del 12.6%. El trabajo a tiempo parcial se concentra especialmente entre las mujeres en cuyo grupo el trabajo a tiempo parcial representa en el segundo trimestre de 2015 el 30,2% frente al 8.9% para los hombres. Quizás sea este uno de los efectos más destacados de la reforma laboral de 2012 naturalmente aplicada al tejido productivo y al tipo de actividad económica más predominante en la Comunidad autónoma andaluza. Si atendemos a la evolución del total de asalariados en Andalucía, observamos que el estallido de la crisis originó un primer ajuste (2008-2010) de empleo que afectó de forma acentuada al número de asalariados con contratos temporales. El segundo impacto (2011-2013) redujo el total de asalariados con contrato indefinido. En los años de recuperación económica, el empleo que se ha creado de forma más acentuada en el temporal, aumentando el empleo indefinido a partir del segundo semestre de 2014.

**FIGURA 12. Variación interanual del número de asalariados según la duración del contrato. Andalucía 2008-2015 T2. En miles.**



Fuente: INE. EPA y elaboración propia.

## EL DESEMPLEO

La otra variable laboral que muestra la recuperación económica es la tendencia mostrada a la reducción del desempleo en Andalucía tanto en términos absolutos de número de desempleados como en términos de tasa de paro según los datos aportados por la EPA que publica el INE. Este proceso ha sido el resultado de que en los últimos trimestres el crecimiento acaecido en la ocupación ha coincidido con un periodo de estancamiento de la población activa tal y como hemos señalado anteriormente. En el segundo semestre de 2015 el total de desempleados en Andalucía se ha situado en 1.260.500 personas repartidas casi por igual entre hombres (635.100) y mujeres (625.400). Sin embargo, en términos de tasas de paro la diferencia entre se mantiene. En el segundo trimestre de 2015 la tasa media en Andalucía se estimaba por el INE en el 30,98%, pero la tasa masculina fue del 28,65% y la femenina en el 33,77%.

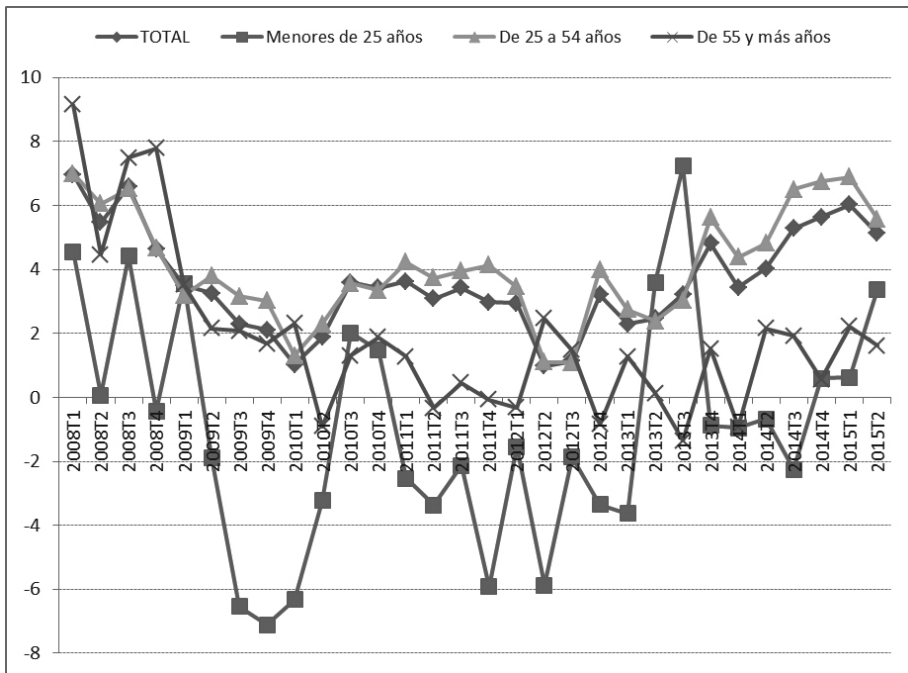
**TABLA 7. Número de parados y tasas de paro (en porcentaje) en Andalucía por sexo, edad, nacionalidad y tiempo de búsqueda de empleo, 2014 (III y IVT) - 2015 (I y IIT)**

	<i>III trim 2014</i>	<i>IV trim 2014</i>	<i>I trim 2015</i>	<i>II trim 2015</i>
<b>Parados (miles)</b>	1.419	1.396	1.359	1.261
<b>Tasa de paro %</b>	35,21	34,23	33,62	30,98
<b>Hombres (miles)</b>	730	706	683	635
<b>Tasa paro masculina (%)</b>	32,84	31,67	30,89	28,65
<b>Mujeres (miles)</b>	689	690	676	625
<b>Tasa paro femenina (%)</b>	38,12	37,31	36,91	33,77
<b>Menores de 25 años (miles)</b>	212,1	195,4	180,6	182,7
<b>Tasa de paro menores 25 (%)</b>	62,04	58,97	57,06	57,61
<b>Mayores de 55 años (miles)</b>	145,2	147,2	137,8	134,3
<b>Tasa de paro mayores 55 (%)</b>	29,86	29,49	27,65	26
<b>Tasa paro españoles %</b>	34,66	33,95	33,27	30,67
<b>Tasa paro extranjeros %</b>	40,5	36,79	37,07	33,99
<b>Desempleados más de 1 año (%)</b>	61	60,3	60,3	62,9
<b>Desempleados más de 2 años (%)</b>	43,9	44,2	45	46,8

Fuente: Elaboración propia a partir de EPA, INE

Es por ello que es importante observar la evolución del desempleo en el actual periodo de recuperación económica. Si se considera la evolución del desempleo en función de diversos grupos sociales en el último año, el desempleo ha disminuido entre hombres y mujeres, así como entre los más jóvenes y los mayores. Se puede observar que el repunte de la actividad económica está acaeciendo a la vez que se observa un aumento de la divergencia entre las tasas de paro de hombres y mujeres en Andalucía, especialmente acentuado entre los trabajadores de 25 a 54 años. Ocurre lo mismo entre los desempleados mayores de 55 años aunque con una menor intensidad y con unas diferencias de dos puntos como máximo.

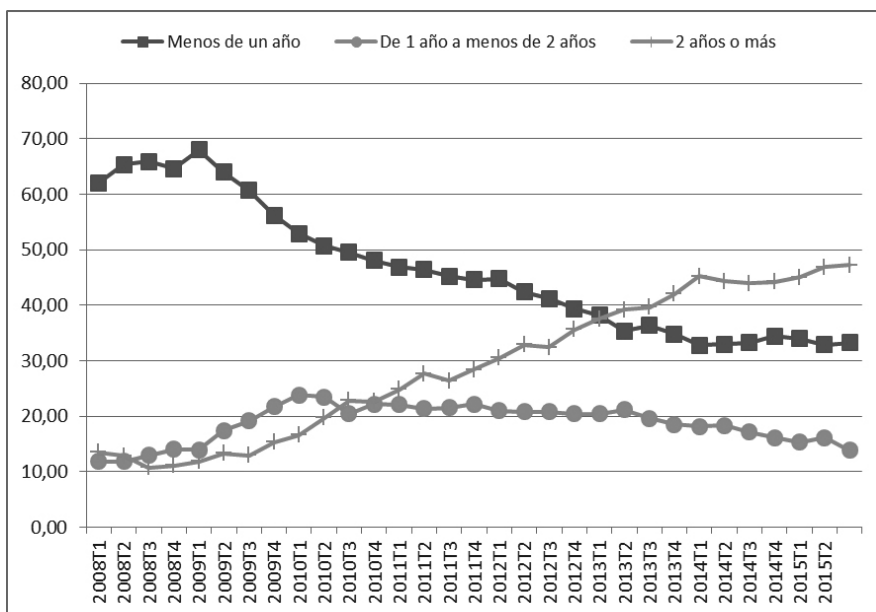
**FIGURA 13. Diferencia entre las tasas de paro de hombres y mujeres según tramos de edad. Andalucía 2008-2015 T2.**



Fuente: INE. EPA y elaboración propia.

Otro de los aspectos de la evolución del desempleo que hay que tener consideración para comprender el comportamiento del desempleo en el periodo de reactivación económica del comportamiento del desempleo de larga duración. Una de las características la Gran Recesión ha sido, además de su profundidad y de su alcance a todos los sectores económicos privados y públicos, el de su duración. La prolongación en el tiempo de la crisis económica ha generado un profundo y continuado deterioro de la situación social que se ve reflejado en la estructura del desempleo según el periodo de paro experimentado. Como consecuencia de ello, el paro de larga duración (más de 2 años) ha crecido de forma significativa en Andalucía. Este situación obligará a tomar medidas específicas de reinserción laboral de este grupo de desempleados abocados a la salida del mercado de trabajo por desánimo al no encontrar un puesto de trabajo. Por tanto, además de la necesidad de crear empleo y de que el empleo sea de calidad, la sociedad demandará una atención especial para el colectivo de desempleados de larga duración, para la que la formación y la educación y en definitiva, las políticas activas laborales eficientes y eficaces serán más necesarias que nunca.

**FIGURA 14. Parados según tiempo de búsqueda de empleo. Andalucía 2008-2015 T2. En porcentaje sobre el total de parados.**



Fuente: INE. EPA y elaboración propia.



---

Comentarios de Jurisprudencia



## ULTRA ACTIVIDAD EXCEPCIONAL DEL CONVENIO COLECTIVO

*Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 6638/14, de 22 de diciembre*

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ\*

**SUPUESTO DE HECHO:** Tras la finalización de la vigencia del convenio colectivo de empresa y mediada su denuncia, la empresa y los representantes de los trabajadores no alcanzan un acuerdo para la aprobación de un nuevo convenio colectivo. Trascurrido el período previsto en el art. 86.3 (último inciso) ET, el convenio colectivo denunciado deja de estar en situación de ultraactividad. No obstante, los mecanismos previstos en dicho 86.3 ET para impedir el vacío de regulación no son factibles en el supuesto de hecho descrito, toda vez que no existe convenio colectivo de ámbito superior aplicable. A partir del día siguiente al de la finalización de la vigencia del convenio colectivo, la empresa aplica las retribuciones propias del salario mínimo interprofesional. Los trabajadores presentan demanda de conflicto colectivo contra dicha aplicación en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Es decir, en ningún momento se cuestiona la pervivencia o no del convenio colectivo y sólo se solicita la declaración de nulidad de pleno derecho, injustificada y no ajustada a derecho de la modificación efectuada a los trabajadores de sus salarios.

**RESUMEN:** La demanda de conflicto colectivo es estimada por la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, que declara no ajustada a derecho la conducta empresarial consistente en retribuir a sus trabajadores a partir de la fecha del fin de la ultraactividad del anterior convenio conforme a las reglas del Estatuto de los Trabajadores, exigiendo que se repusiera a los trabajadores afectados por el conflicto colectivo a las condiciones que disfrutaban con anterioridad durante la vigencia del convenio colectivo. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por la representación de la empresa. Tras admitir a trámite dicho recurso, el Ministerio Fiscal emitió

\* Profesor T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

informe en el sentido de considerar procedente el recurso. La Sala en Pleno del Tribunal Supremo dicta la sentencia ahora analizada ratificando la sentencia de instancia. A la presente Sentencia se vienen a plantear hasta cuatro votos particulares a uno de los cuales se adhieren cuatro magistrados.

#### ÍNDICE

1. LAS REFORMAS DE LA CRISIS. RUPTURA DE LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL DERECHO DEL TRABAJO
2. INEXISTENCIA DE UN CONVENIO SUPERIOR TRAS LA SUPERACIÓN DEL PERÍODO DE ULTRA ACTIVIDAD
3. LA NO DESEADA TEORÍA DE LA INCORPORACIÓN DEL CONTENIDO DEL CONVENIO COLECTIVO AL CONTRATO DE TRABAJO
4. VOTOS PARTICULARES. INVIABILIDAD DE LA INCORPORACIÓN A LOS CONTRATOS DE TRABAJO DEL CONTENIDO DEL CONVENIO COLECTIVO
5. CONCLUSIONES

### **1. LAS REFORMAS DE LA CRISIS. RUPTURA DE LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL DERECHO DEL TRABAJO**

Las reformas realizadas en nuestro país tras la crisis financiera del año 2007 estuvieron presididas por la idea de que un sistema de relaciones laborales que mantuviera los niveles de protección hasta entonces conocidos impedía a las empresas adaptarse a las nuevas circunstancias económicas. El paso de estos años ha demostrado que las premisas de la que partieron tales reformas no eran ciertas. Con las mismas, se ha incrementado considerablemente los niveles de desempleo, se han reducido los niveles de estabilidad en el trabajo hasta entonces existentes y se han visto rodeados de una enorme inseguridad los sujetos de derecho.

Uno de los aspectos que fue tratado con mayor contundencia en dicho afán flexibilizador fue el de conseguir que el convenio colectivo no fuera un obstáculo para la “permanente adaptación” de las empresas a los cambiantes circunstancias de los mercados. De manera especial se potenció al convenio colectivo de empresa como instrumento de regulación, creando una prioridad aplicativa recientemente ratificada como constitucional por el máximo intérprete de nuestra constitución (STo. 8/15, de 22 de enero). Asimismo, en relación al tema objeto de la sentencia, se despojó al convenio colectivo de la necesaria estabilidad que un sistema de relaciones laborales moderno requiere.

La Ley 3/12, de 6 de junio, vino a establecer una nueva redacción del art. 86.3 ET, conforme a la cual si transcurre un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbi-

tral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, su vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.

De la lectura de tal precepto se desprenden las importantes posibilidades abiertas a la existencia de vacíos de regulación en espacios anteriormente ocupados por convenios colectivos. Dos cuestiones requieren de interpretación. En primer lugar, el precepto subordina la finalización del período de ultraactividad a la inexistencia de pacto en contrario. Dicho pacto no hace referencia, como aparecía en el precepto anterior a la reforma, a las cláusulas del convenio cuya vigencia finalizó, sino a un pacto posterior, introduciendo el legislador una regla de derecho necesario absoluto. Es decir, que serán los negociadores del convenio los que pueden decidir la continuidad, más allá del período previsto por el precepto, de las cláusulas normativas del convenio colectivo denunciado. Pacto, por otra parte, más que improbable dado el nulo interés que la parte empresarial va a tener en que ello se produzca.

En segundo lugar, como cláusula de salvaguarda, una vez finalizado el plazo de un año, se procederá a la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior correspondiente. Si no existe un convenio superior aplicable, como es caso de la sentencia ahora analizada, se plantea la necesidad de determinar cuáles serán las condiciones de trabajo a aplicar a partir de ese momento. Aspecto este último que, sin duda, favorece las conductas obstruccionistas de los empresarios durante el proceso de negociación colectiva, ya que, si no se llega a un acuerdo, se encuentran amparados por esta disposición legal que se aplicará, en última instancia, para imponer la devaluación salarial .

De este modo, durante el período que media entre un convenio y otro, en el caso de que las partes que negocian no decidan el mantenimiento del convenio anterior y no haya convenio de ámbito superior aplicable, se producirá inevitablemente el paso a un primer plano de la autonomía individual o, en última instancia, de la decisión empresarial, acentuándose el grado de disparidad en la posición jurídica de trabajador y empresario. Se adivina, de esta forma, un claro desincentivo empresarial hacia la negociación del nuevo convenio colectivo, puesto que para la parte empresarial será más ventajoso no negociar aquellas materias cuya única regulación sea convencional, sobre todo si ya han perdido efectividad desde el momento de la pérdida de vigencia del convenio colectivo que ha de sustituirse, o, en todo caso, valorar qué materias merecen negociación.

Conforme se desprende de lo anterior, es posible comprobar cómo un aparente incremento de las facultades de la negociación colectiva puede suponer, en última instancia, una precarización de los derechos de los trabajadores indi-

vidualmente considerados, así como un incremento de las facultades unilaterales de la parte empresarial. En el supuesto de que no se pacte el mantenimiento de la ultraactividad por parte de los negociadores, el proceso de negociación del nuevo convenio colectivo se verá condicionado por la presión que supone la necesidad de cubrir los vacíos normativos existentes o evitar las posibles peores condiciones del convenio superior aplicable.

## **2. INEXISTENCIA DE UN CONVENIO SUPERIOR TRAS LA SUPERACIÓN DEL PERÍODO DE ULTRAATIVIDAD**

Los temores expuestos por la mayor parte de la doctrina desde los primeros momentos posteriores a la aprobación de las reformas de la crisis se han visto superadas por la fuerza de los hechos. En concreto, en el caso que nos ocupa, tras la denuncia del convenio y la finalización del período de un año previsto en el art. 86.3, la empresa decide aplicar la única normativa de referencia conforme a las reglas de tal precepto, esto es, el Estatuto de los Trabajadores. La Sentencia se ocupa en exclusiva de la cuestión salarial pero hubieran podido ser cualquier otra condición de trabajo de las previstas en el convenio colectivo. Como consecuencia de la conducta empresarial que, por otra parte, se limitó a aplicar la normativa vigente en su más cruda significación, los trabajadores pasaron a cobrar el salario mínimo interprofesional.

Como consecuencia de ello, los trabajadores recurren la decisión empresarial a través del procedimiento de conflicto colectivo contra lo que ellos entienden que es una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo que no tiene cabida en los supuestos previstos en el art. 41 ET. Es decir, los trabajadores no cuestionan que el instrumento de regulación, esto es, el convenio colectivo, pudiera seguir en vigor. Se acepta, por tanto, que el instrumento que generó dichos salarios ha perdido su eficacia aunque se niegan a aceptar que, al menos en materia salarial, la inexistencia de tal instrumento de regulación haya de implicar la peor de las posibles soluciones que, por otra parte, no es otra que la consecuencia de aplicar la rigurosa literalidad de la normativa vigente.

Como consecuencia de la confluencia de una serie de circunstancias que, aunque excepcionales, no por ello no fue advertida la posibilidad de su concurrencia por los primeros intérpretes de la nueva redacción del art. 86.3, los trabajadores quedan sin protección convencional y pasan a depender de la siempre cuestionable autonomía de la voluntad individual. Esta circunstancia, querida por el legislador, supone un paso en la tendencia evolutiva de nuestro sistema de fuentes. Tras la reformas de 1994, ya advertimos de que la apertura de espacios

carentes de regulación legal provoca una mayor responsabilidad reguladora de la autonomía colectiva. Sin embargo, ésta difícilmente cubrirá la totalidad de las materias abandonadas por la Ley, y en consecuencia, importantes espacios quedarán desprovistos de regulación, entrando a cubrirlos la autonomía individual. El siguiente paso lo constituye el mecanismo ahora cuestionado por el Tribunal Supremo y que, básicamente, hace desaparecer, por imperativo legal, la mayor parte de la regulación de las más importantes aspectos de la prestación de trabajo en el concreto caso en que no hubiere convenio colectivo aplicable tras el fin de la ultraactividad.

Pues bien, la gravedad de las consecuencias prácticas de la nueva redacción del art. 86.3 ET ha llevado a nuestra jurisprudencia a la necesidad de arbitrar soluciones que compensen el excesivo rigor de tal precepto. Curiosamente, tanto el parecer mayoritario de la sala como los votos particulares planteados a la misma, parten de la necesidad de paliar dicho rigor ante las consecuencias, manifiestamente injustas, que tal aplicación supone.

Como ya hemos advertido, tras la denuncia del convenio colectivo de empresa aplicable y el transcurso del período previsto en el art. 86.3 ET, se comprueba la imposibilidad de que sea de aplicación a la empresa ningún convenio colectivo de ámbito superior. Ante ello, la empresa decide la aplicación del Estatuto en materia salarial, lo que supone una rebaja muy considerable de las cuantías salariales cobradas por los trabajadores hasta ese momento. El Tribunal Supremo en la sentencia ahora comentada parte de una enorme necesidad de elaboración teórica para tratar de eludir las consecuencias prácticas que las reformas de la crisis han ocasionado.

Parte el Tribunal Supremo, cosa poco habitual, de un recorrido por los pronunciamientos doctrinales al respecto. Estos son sistematizados en dos grandes tesis. La primera de éstas es denominada como “rupturista”, según la cual «los derechos y obligaciones de las partes pasarán a regirse, tras el transcurso del año previsto en el art. 86.3 por las normas legales y reglamentarias, haciendo tabla rasa de las condiciones laborales existentes con anterioridad en el ámbito del convenio colectivo fenecido»<sup>1</sup>. Junto ella, continua el Supremo, se encontraría la tesis “conservacionista”, según la cual dichas condiciones laborales que

<sup>1</sup> Mercader Uguina J., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant, Valencia 2012, p. 741; Sala Franco, T., «La duración y la ultraactividad de los convenios colectivos», *Actualidad Laboral*, nº 10, 2013, p. 8; Sempre Navarro, A.V., «La ultraactividad del convenio colectivo tras

venían rigiendo con anterioridad a la pérdida de vigencia del convenio colectivo en cuestión deberán mantenerse puesto que forman parte del sinalagma contractual establecido entre las partes<sup>2</sup>.

La Sala IV se adscribe a la segunda de las tesis previamente descritas porque entiende que «la aplicación de las tesis rupturistas podría producir en el ámbito del contrato de trabajo una alteración sustancial de sus condiciones para ambas partes, trabajador y empresario, que transformaría las bases esenciales del propio contrato o negocio jurídico y el equilibrio de las contraprestaciones, pudiendo dejarlo sin los requisitos esenciales para su validez, como son el objeto cierto que sea materia del contrato y la causa de la obligación que se establezca».

El Tribunal Supremo en esta sentencia, desde nuestro punto de vista, parte en su interpretación de una clara necesidad de compensar una situación que deviene injusta. Son significativas las menciones explícitas a los efectos indeseables que en la práctica se generarían de mantener la tesis rupturista. Sin embargo, acepta la premisa de la que parte el legislador reformador, la del paso a un primer plano de la autonomía individual frente a un retroceso de la regulación convencional como consecuencia del fin del exiguo período de ultraactividad.

Las relaciones entre autonomía individual y autonomía colectiva se encuentran presididas por el principio de jerarquía. Como regla general, por

el 8-J», *Noticias Breves*, Gómez-Acebo & Pombo, 2013, p. 2; Goerlich Peset, J.M., «La ultraactividad de los convenios colectivos», Foro de debate, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid 2013, p. 14; García Viña, J., «La pérdida de vigencia del convenio colectivo», *Relaciones Laborales* 11 (2013), p. 16; Navarro Nieto F., «La reforma del marco normativo de la negociación colectiva», en VV.AA., *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, Tirant, Valencia 2012, p. 987; Martínez Moreno C., «La vigencia del convenio colectivo estatutario. Problemática general y análisis en particular de la ultraactividad», en VV.AA. (Monereo Pérez J.L. y Moreno Vida N., dirs.), *El sistema de negociación colectiva en España*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2013, p. 614.

<sup>2</sup> En general, a favor de la «contractualización» pueden citarse los trabajos de Molina Navarrete, C., «Caducidad de la garantía de ultraactividad y normativa de los convenios: en serio una cuenta atrás hacia “el abismo laboral español”», *Temas Laborales*, n° monográfico 2013; y el manifiesto publicado en el n° 61 de la Revista de Derecho Social. También a favor de la contractualización, Rodríguez Piñero, M., Casas Baamonde, M.E., Y Valdés Dal Ré, F., «El agotamiento de la ultraactividad del convenio colectivo», *Relaciones Laborales*, n° 9/2013. Más recientemente se ha pronunciado también a favor de la contractualización limitada Durán López, F., «Ultraactividad: sentido y alcance. Una propuesta de contractualización limitada de condiciones laborales pactadas colectivamente», *Relaciones Laborales*, n° 9, 2014.

tanto, la autonomía individual no puede pasar a ocupar los espacios propios de la autonomía colectiva ni contradecir la regulación emanada de ésta. Todo ello, lógicamente, en el caso de que exista un convenio colectivo que regule las condiciones de trabajo. El legislador, a través de la supresión del convenio colectivo tras el período de ultraactividad, abre importantes caminos al pleno desenvolvimiento de los mecanismos de la autonomía individual.

Esta lógica es respetada por el Supremo. De esta manera, proclama que los principios generales del Derecho de los Contratos rigen plenamente en el ordenamiento jurídico-laboral. «Lo único que ocurre es que la existencia de normas limitadoras de dicha autonomía es más frecuente que en otros sectores del ordenamiento y, además, proceden no solamente de la actividad legislativa o reglamentaria del Estado sino también de la actividad negociadora de los sujetos sociales a los que la Constitución y el Estatuto de los Trabajadores atribuyen esa capacidad normativa».

Partiendo de esta premisa, continúa preguntándose sobre dónde están reguladas las condiciones laborales de un trabajador, respondiendo que en su contrato de trabajo. Las limitaciones que, tradicionalmente, se le ha aplicado al contrato de trabajo frente al resto de sectores de Derecho privado obedece a la función «nomofiláctica» de las normas estatales y convencionales. «Pero ello no nos debe de llevar al equívoco de suponer que las obligaciones de las parte se regulan por la ley o por el convenio colectivo normativo. No es así: se regulan por el contrato de trabajo, aunque, eso sí, depurado en la forma que establece el art. 9.1. ET.»

A través de este posicionamiento, desde nuestro punto de vista, el Supremo se distancia de la asentada naturaleza normativa del convenio colectivo, volviendo a la histórica consideración de que el contenido de los convenios colectivos se incorpora a las cláusulas del contrato de trabajo. En concreto, mantiene que «cualesquiera derecho y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia. Y ello es así, no porque las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente».

Es decir, el convenio colectivo, a juicio del Tribunal Supremo, una vez terminado el plazo legal de ultraactividad pierde su vigencia, dejando de generar la protección que el ordenamiento jurídico ofrece a los convenios colectivos

como consecuencia de su naturaleza normativa. A partir de ese momento, las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo continuarán produciendo efecto pero como cláusulas contractuales. Es por ello, que habrá de aplicarse el procedimiento previsto en el art. 41 ET para la modificación de las mismas, no siendo, pues, la desaparición de sus efectos automática.

De este modo, aunque sin nombrarla directamente, retoma la descartada hace décadas posibilidad de que los convenios colectivos creen condiciones más beneficiosas. Es cierto que la propia previsión contenida en el art. 86.3 ET es una anomalía desde la perspectiva de la atribución de eficacia normativa al fruto de la negociación colectiva. En relación a esta eficacia normativa, la regla fundamental es la de toda norma deja de producir efecto cuando es derogada por otra posterior. Sin embargo, el legislador niega unas de las consecuencias de atribuir al convenio colectivo eficacia normativa, previendo la pérdida de eficacia todo convenio colectivo tras la finalización de su ultraactividad independientemente de que haya sido sustituido por uno posterior<sup>3</sup>.

### **3. LA NO DESEADA TEORÍA DE LA INCORPORACIÓN DEL CONTENIDO DEL CONVENIO COLECTIVO AL CONTRATO DE TRABAJO**

A través de una interpretación claramente garantista, durante la época anterior al Estatuto de los Trabajadores de 1980, se llegó a un concepto extraordinariamente amplio de *condición más beneficiosa*. El convenio colectivo posterior no podía alterar el contenido convencional más beneficioso anteriormente disfrutado por los trabajadores, puesto que dichas cláusulas convencionales se habían *integrado* en el contrato de trabajo, de manera que dichas condiciones pasarían a estar unidas a la vida del contrato individual, siendo imposible la modificación posterior del nuevo convenio colectivo.

Esta situación disponía incluso de un reflejo normativo. En concreto, a través de la interpretación de los arts. 2 y 4 L.C.C. de 1958, consideraba que era contrario a la legalidad vigente en aquellos momentos la disminución de los derechos alcanzados con anterioridad al nuevo convenio colectivo por los trabajadores, independientemente de que su fuente radicara en el contrato de trabajo o en el convenio colectivo. Sólo existía cierta incertidumbre en este punto a la

<sup>3</sup> Véase al respecto, Ruiz Castillo, M.M. y Escribano Gutiérrez, J., La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del derecho del trabajo, Albacete, Editorial Bomarzo, 2013.

hora de considerar cuándo el nuevo convenio colectivo había provocado una reducción de los derechos hasta entonces disfrutados.

Con persistencia en lo concerniente a esta incapacidad del convenio colectivo para introducir una regulación menos beneficiosa para los trabajadores sometidos al mismo, tras la aprobación del Estatuto de los Trabajadores, el Tribunal Constitucional continuó, aunque matizadamente, manteniendo la existencia de condiciones más beneficiosas que traían causa de un convenio colectivo<sup>4</sup>, aceptando únicamente la modificación peyorativa cuando ésta se hallara justificada por un interés superior.

Según la tesis ahora rescatada por el Tribunal Supremo, las ventajas consagradas por los convenios colectivos pasan a integrarse, a incorporarse en el clausulado del contrato, deviniendo a partir de ese momento vinculadas, para su derogación, a los correspondientes mecanismos contractuales. Sin embargo, esta teoría asume un error de partida, pues la incorporación de la ventaja o derecho de origen convencional al contenido del contrato de trabajo no justifica la vigencia de la cláusula del convenio colectivo, que, de llevarse esta teoría hasta sus últimos extremos, continuaría produciendo efectos a pesar de haber sido sustituido por un nuevo convenio colectivo.

Distintas razones pueden explicar el surgimiento de esta teoría. Así, por ejemplo, es de destacar, en el contexto concreto del Derecho italiano, cómo esta teoría encuentra su razón de ser en la necesidad de justificar la eficacia normativa del convenio colectivo sobre los contratos de trabajo. En este ordenamiento jurídico se llegaba a la conclusión, por parte de la jurisprudencia, de que el convenio colectivo estaría privado de eficacia a no ser que se produjera la recepción de éste en los concretos contratos individuales. En otras palabras, sería la ausencia de eficacia normativa del convenio colectivo la que haría necesario idear la teoría de la incorporación.

Desde el momento en que se puede justificar la eficacia normativa del convenio colectivo sin necesidad de exigir su incorporación al clausulado contractual, debe admitirse con ello la posibilidad de regulaciones convencionales dispositivas *in peius* del convenio colectivo anterior.

Por otra parte, cabe apreciar en la teoría de la incorporación una serie de dificultades técnicas en su aplicación. Entre las más destacadas se encuentran

<sup>4</sup> Véanse las sentencias 81/82, de 21 de diciembre, 98/83, de 15 de noviembre.

aquellas que consisten en determinar, por un lado, cuándo se está ante una ventaja de carácter individual o colectivo, y, por otro, cuándo se puede entender perfeccionada e incorporada al nexo contractual la garantía convencional.

El principio de incorporación ha recibido numerosas críticas, algunas de las cuales quedan reseñadas a continuación. Cabe decir, además, que como consecuencia de las mismas se ha creado un estado de opinión entre la doctrina prácticamente unánime:

a) El convenio colectivo tiene una naturaleza esencialmente temporal. Los trabajadores que se ven beneficiados por su entrada en vigor, son, no obstante, conscientes de que desde ese mismo momento sus beneficios son transitorios.

La atribución de efectos normativos al convenio colectivo supone, del mismo modo, admitir su capacidad para modificar los derechos anteriormente consagrados por vía convencional. El contrato se rige por la regulación convencional existente en cada momento, sin que ello implique su incorporación a la estructura del contrato de trabajo. De ello se deduce que toda modificación operada en el ámbito convencional implicará, necesariamente, la pérdida de aquellos derechos que, en virtud de la situación anterior, se venían disfrutando.

La condición más beneficiosa va a experimentar por ello una clara restricción de su significación, quedando reducida exclusivamente a aquellas garantías obtenidas por los trabajadores a través de lo establecido en su contrato de trabajo o por mejoras unilaterales del empresario.

b) Otro de los argumentos empleados parte de la superioridad de lo colectivo sobre lo individual. Conforme a ello, el convenio colectivo no se podrá aplicar más allá de lo que se desprenda de la voluntad de las partes colectivas. O, en el caso que nos ocupa, de lo previsto por el legislador.

Desde el punto de vista jurídico, la propia subordinación de la autonomía individual a la autonomía colectiva, en base a lo establecido en el art. 3 E.T., se vería alterada si -como consecuencia de la capacidad de resistencia de los contratos individuales a los cambios introducidos en la vida convencional- se pudiera impedir la efectiva aplicación de los nuevos convenios colectivos.

c) Por último, cabe contemplar un argumento basado en la búsqueda de la unidad y la maximalización de la racionalidad en la empresa. El mantenimiento de los convenios derogados a nivel individual implicaría la existencia de múltiples regímenes de trabajo, dependientes todos ellos de la fecha de incorporación

de los trabajadores a la empresa. Además resultaría que tales condiciones más beneficiosas de origen colectivo habrían de respetarse en un hipotético nuevo convenio con lo que se imposibilitaría, como mantiene uno de los votos particulares de la sentencia ahora comentada, toda negociación que no llevase a mejorar la regulación colectiva anterior (Voto Particular I, 3.3)

Resulta necesario, en último lugar, advertir cómo el principio de incorporación ha perdido igualmente parte de su significación protectora hacia los trabajadores, como consecuencia de la progresiva precarización de las condiciones más beneficiosas contractuales. Las condiciones de los convenios colectivos que perdieron su vigencia se integraban en el clausulado de los contratos de trabajo para evitar que, por vía convencional, se empeorara la anterior situación de los trabajadores. Sin embargo, como consecuencia de las posibilidades concedidas al empresario para la modificación unilateral de las condiciones de trabajo, y en concreto, de las condiciones más beneficiosas cuando concurren determinadas circunstancias, se rebaja notablemente el posible carácter protector de este tipo de cláusulas.

Pero a pesar de todos los inconvenientes y críticas reseñadas, el principio de incorporación no se ha visto desterrado totalmente de nuestro ordenamiento jurídico; es más, continúa siendo uno de los criterios interpretativos básicos respecto a la aplicación de los convenios colectivos extraestatutarios. Pero incluso en este específico contexto, se ha evidenciado lo inapropiado de la tesis de la incorporación, llegándose a propugnar la necesidad de introducir correctivos a los excesos de dicha teoría<sup>5</sup>.

#### **4. VOTOS PARTICULARES. INVIABILIDAD DE LA INCORPORACIÓN A LOS CONTRATOS DE TRABAJO DEL CONTENIDO DEL CONVENIO COLECTIVO**

La evidente falta de garantías para los trabajadores que supone la finalización del período de ultraactividad previsto legalmente y los fuertes desequilibrios que la misma ocasiona motiva que, aun sin compartir el razonamiento básico de la mayoría de la sala cuarta, varios magistrados planteen sus respectivos votos

<sup>5</sup> Véase, ampliamente, Escribano Gutiérrez, J., «Eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios en el seno de las nuevas funciones de la autonomía colectiva», *Revista Española de Derecho del Trabajo (Civitas)*, nº 97 (septiembre-octubre), 1999, pp. 681-704.

particulares rechazando la argumentación mayoritaria pero rechazando, a su vez, la legalidad de la conducta empresarial. Es decir, tanto el parecer mayoritario como el de estos votos particulares asumen que el excesivo rigor del art. 86.3 ET se compadece mal con un Derecho del Trabajo mínimamente ecuánime.

El primero de dichos votos particulares, formulado por el magistrado De Castro Fernández, parte del rechazo de la teoría de la incorporación utilizado por la Sentencia, por entender que tal mecanismo «carece de base sólida y es incompatible con buena parte de nuestra doctrina en materia de negociación colectiva, sino que a la misma y satisfactoria conclusión puede llegarse por la vía –menos disfuncionante– de aplicar principios constitucionales y a través de la propia dogmática del negocio jurídico».

Para evitar el vacío que la regla del art. 86.3 ET genera y sólo para las cuantías salariales, propone este magistrado la continuidad aplicativa del salario del convenio como consecuencia del necesario equilibrio de las prestaciones, apoyándose para ello en el principio de buena fe. El paso de la cuantía salarial prevista en el convenio colectivo al exiguo Salario Mínimo Interprofesional sería contrario al respeto a la dignidad humana del art. 10 CE y al derecho de una remuneración suficiente consagrado en el art. 35.1 CE. Asimismo, como nosotros mantuvimos anteriormente, la perspectiva de que tras la finalización de la ultraactividad se presente el SMI como amenaza, hará a las partes negociadores del nuevo convenio colectivo afrontar el proceso negociador sin la necesario equilibrio, por lo que también se estaría poniendo en cuestión el derecho a la negociación colectiva prevista en el art. 37 CE.

Así pues, concluye este voto particular afirmando que «no parece ajustado a la obligada buena fe que el fracaso en la negociación de un nuevo convenio colectivo se considere por la empresa como acontecimiento que legitime reducir drásticamente la retribución que hasta entonces percibían los trabajadores afectados, precisamentee invocando una redacción que cuando menos presenta cierto grado de oscuridad, pues si hasta la referida la fecha el salario no podía sino ser considerado adecuada contraprestación al trabajo realizado, en tanto que había sido fijado de común acuerdo por la empresa y los representantes de los trabajadores, en ningún caso podía pasar a ser indebida contraprestación sin que se hubiese producido circunstancias excepcionales que ni tan siquiera se alegan».

A este voto particular, desde nuestro punto de vista, se le puede reprochar que, aunque su objeto es paliar los graves desequilibrios que la supresión del salario convencionalmente pactado implican, no plantea cuál es la eficacia jurí-

dica de unas cláusulas convencionales que han llegado a su fin, que no se han incorporado al contrato de trabajo y que el legislador no quiere, conforme a la literalidad del precepto, que continúen produciendo efecto, salvo que hubiera pacto en contrario.

El segundo de los votos particulares, presentado por el magistrado Luelmo Millán, de nuevo procura evitar la aplicación literal del precepto estatutario. Básicamente, el razonamiento de este voto particular termina asumiendo también el principio de incorporación de derechos convencionalmente establecidos al contrato de trabajo. Sin embargo, dada la jurisprudencia que niega las condiciones más beneficiosas de origen convencional, razona que en el caso de la finalización de la ultraactividad sería «una condición sobrevenida y excepcional, ya que mientras el convenio rigió, no era tal. De otro modo se incurriría en una suerte, aunque sea atípica, de expropiación de derechos que puede constituir un estímulo para evitar de futuro la negociación, que es, precisamente, lo que la propia norma niega». Evidentemente, este razonamiento no consigue, desde nuestro punto de vista, diferenciarse del principio de incorporación de derecho y la condición más beneficiosa de origen colectiva, toda vez que sólo cuando finaliza la vigencia de los convenios de origen, se hace necesario acudir a ellas para salvaguardar el respeto a determinados niveles de derechos alcanzados.

Sí nos parece más útil el último de los razonamientos mantenidos por este magistrado. Dado que en el art. 86.3 ET no se prevé el supuesto en cuestión, esto es, que no exista convenio superior aplicable, habría que admitir la ultraactividad circunscrita a este punto singular, «porque la norma no lo niega expresamente sino en términos generales que consideran el convenio como un todo generador de derechos y obligaciones recíprocos, debiendo tenerse presente la finalidad de la reforma laboral en este aspecto que dice no querer más que favorecer la propia negociación colectiva y evitar la petrificación convencional y que no se demoren en exceso nuevos acuerdos, pero no rebajar el nivel salarial alcanzado como medida económica anticrisis aunque haya de ser también antisocial».

El siguiente voto particular es formulado por el magistrado Sempere Navarro y al mismo se adhieren cuatro magistrados, incluido el presidente de la sala. En este voto particular se reprocha a la representación de los trabajadores el haber elegido el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo para hacer valer su posición, lo que a su juicio ha condicionado la decisión de la sala. Así, en este voto, de nuevo, se considera inaceptable la teoría de la incorporación a los contratos de los derechos contenidos en los convenios colectivos y de la necesidad de proceder a examinar la pretensión a la vista de

diversos prismas constitucionales o legales para determinar si cabe reducir el salario cuando el convenio pierde su vigencia.

Es este el voto particular que con mayor rigor contradice la posibilidad de retornar al principio de incorporación: «esa especie de transubstanciación que implica el pasar desde un envoltorio normativo a otro contractual se antoja ajena a nuestro sistema de relaciones laborales, donde los derechos y obligaciones inciden en el contrato de trabajo sin perder las características de su fuente».

No obstante, conforme a este voto particular el rechazo de la incorporación del contenido del convenio al contrato de trabajo no significa que no se hubiera podido argumentar otras vías para conseguir paliar los efectos indeseables del art. 86.3 ET. Entre ellos, el voto particular cita los siguientes:

- a) La dignidad del trabajador puede violentarse si la empresa rebaja súbitamente las remuneraciones que le viene satisfaciendo.
- b) El enriquecimiento injusto o el abuso de derecho son palancas argumentales hábiles para ser activadas a partir de datos concretos.
- c) La acreditación de las causas por las que fracasó la negociación del convenio de empresa puede ser hábil para aquilatar la existencia de comportamientos estratégicamente abusivos y contrarios a la buena fe que debe presidirla.
- d) La analogía o las costumbres profesionales pueden utilizarse si se argumenta y acredita oportunamente, buscando la traslación de lo previsto en otras empresas o convenios.
- e) La irregresividad retributiva, con base en normas comunitarias o internacionales sobre equiparación en el progreso, podría apuntalar la idea de que el empresario no es libre para rebajar cualquier nivel salarial al mínimo interprofesional por más que ni valga el convenio, ni haya contractualización.
- f) Incluso, según las circunstancias, puede entenderse que el descenso importante del nivel retributivo coloca en situación desesperada a los trabajadores e incita a una negociación colectiva sin las premisas de libertad y serenidad.

Sin embargo, ninguna de estas cuestiones pueden argumentarse en el supuesto enjuiciado dado que, a juicio de los magistrados que formulan el voto particular, la representación de los trabajadores erró en el instrumento procesal utilizado.

El último de los votos particulares, formulado por la magistrada Calvo Ibarlucea, de nuevo critica la teoría de la incorporación del contenido convencional

al contrato de trabajo pero, de nuevo, considera inasumible la defensa de la aplicación del Estatuto de los Trabajadores y el SMI tras el fin de la ultraactividad. En este caso, la magistrada sustenta su voto particular en la necesidad de evitar el enriquecimiento injusto que generaría para la empresa tal solución.

## 5. CONCLUSIONES

Como advertimos al comenzar este comentario, la búsqueda por parte del legislador de la crisis de una flexibilización absoluta de las condiciones de trabajo con el pretexto de superar un desfavorable contexto financiero ha llevado a situaciones que, según el Tribunal Supremo, no son asumibles por injustas. Las posibilidades que al intérprete de la norma le quedan para interpretar de manera coherente con los principios inspiradores del Derecho del Trabajo esta nueva realidad normativa son pocas.

Esta situación está motivando resoluciones como la ahora comentada en la que se pretende paliar un rigor a todas luces inasumible. Contrastan además estos intentos con la contudencia con la que el politizado Tribunal Constitucional defiende la constitucionalidad de todas y cada una de las reformas que, en aquel contexto, se aprobaron. Bastaría citar el voto particular del magistrado Valdés Dal-Ré a la STCo. 8/15, de 22 de enero, en la que alerta sobre la desaparición de principios interpretativos hasta ahora fundamentales tales como el principio del equilibrio de los sacrificios de los derechos en juego y la justificación de todos los retrocesos de derechos en la necesidad de salir de la crisis económica de origen financiero o, en palabras del constitucional, en la necesidad de llevar a cabo un «ajuste racional de las estructuras productivas a ls sobrevenidas circunstancias del mercado, fruto de la variable situación económica». Según el voto particular aludido, nuestro Tribunal Constitucional ha «decidido elevar a la categoría de canon de constitucionalidad el escenario económico adverso que España y, de manera singularizada, los ciudadanos que en ella habitan vienen padeciendo desde hace años. En otras palabras, [...] utiliza la crisis económica como parámetro de valoración constitucional de las medidas limitativas de los derechos constitucionales ubicados en el capítulo II del Título I de la CE»<sup>6</sup>.

En el presente caso, el parecer mayoritario de la sala precisa de rescatar viejos principios superados hace décadas por nuestra doctrina como conse-

<sup>6</sup> Voto particular formulado a la STCo. 8/15, de 22 de enero.

cuencia de la evolución de nuestras normas jurídico-laborales. Además, la utilización del principio de la incorporación al contrato del contenido del convenio colectivo o de las condiciones más beneficiosas de origen colectivo plantea importantes inconvenientes por nosotros resaltados. Así, por ejemplo, y por citar algunas de las más importantes, qué sucede con esas condiciones cuando entra en vigor el nuevo convenio colectivo o qué ocurre con el salario de aquellos trabajadores contratados con posterioridad al fin de la ultraactividad del convenio que pasa a estar incorporado en el contrato del resto de sus compañeros más antiguos en la empresa<sup>7</sup>.

Desde nuestro punto de vista, el argumento más interesante de todos los posibles frente a la desaparición de toda regulación colectiva de la noche a la mañana ha de partir de la propia literalidad del precepto. Como se sabe, en tal precepto no se ha previsto qué sucede cuando no exista convenio colectivo de ámbito superior aplicable. Como consecuencia de ello, podría mantenerse que, sólo en este caso, la ultraactividad del convenio se mantenga más allá del año previsto por la norma. Esta solución encaja además con los propósitos relativos a la potenciación del convenio colectivo a los que se apela en la Exposición de Motivos de la norma reformadora. Otra solución pudiera estar favoreciendo una mala fe empresarial en el proceso de negociación del nuevo convenio colectivo que dilataría más allá de dicho año para conseguir una rebaja sustancial de sus costes laborales.

Sin embargo, tampoco esta solución es del todo satisfactoria. Tal mantenimiento excepcional de la eficacia del contenido del convenio colectivo no podría producirse con un mantenimiento de su naturaleza normativa. Es decir, en el caso de que se mantuviera dicha eficacia lo haría con las características propias de los convenios colectivos extraestatutarios<sup>8</sup>. Esta solución tampoco garantiza su pervivencia, dadas las facilidades, ratificadas por nuestro Tribunal Constitucional (STCo. 8/15, de 22 de enero), para la supresión o modificación unilateral de las condiciones de trabajo establecidas en estas manifestaciones de la autonomía colectiva.

<sup>7</sup> Véase la larga lista de problemas recogidos en el voto particular del Magistrado Sempere Navarro.

<sup>8</sup> Escudero Rodríguez, R., «El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva» en AA. VV., «Negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012», Madrid, Cinca, 2012.

Un último intento de hacer compatible la literalidad del artículo estatutario y el mantenimiento de unas condiciones de trabajo semejantes al fin de la ultraactividad y no las degradadas con Estatuto, se han barajado soluciones relacionados con los principios de concurrencia de los convenios colectivos. De este modo, se trata de equiparar en el término convenio superior aplicable, a convenio aplicable conforme a tales principios. Esta opción interpretativa tiene la ventaja de mantener los razonamiento en el estricto sistema de negociación colectiva y no acudir a principios ya superados hace décadas. No obstante, se encuentra lastrado por la dificultad de que la propia literalidad del precepto dé cabida a tales interpretación *praeter legem*<sup>9</sup>

Sin duda alguna, al margen de estos razonamientos, habrá de partirse de la existencia o no de buena fe en los procesos de negociación del nuevo convenio y del posible mantenimiento del anterior. El polémico precepto estatutario concibe, como excepción a la pérdida de la ultraactividad del convenio colectivo, la posibilidad de que medie un acuerdo de las partes negociadores para el mantenimiento de dichas cláusulas. Así pues, si se detectan actitudes obstruccionistas en dicha negociación que persigan la consecución del máximo rigor del precepto, habría de impedir dicha solución pues de lo contrario estaríamos beneficiando al sujeto infractor de la necesaria buena fe que ha de presidir el proceso de negociación colectiva.

<sup>9</sup> Comité ejecutivo de la revista, «Reflexiones acerca de la sentencia del pleno de la sala de lo social del tribunal supremo de 22 de diciembre de 2014, sobre ultraactividad del convenio colectivo», *Revista general de derecho del trabajo y de la seguridad social*, nº 40, 2015, pp. 42-43.



**RECONSIDERACIÓN SOBRE LA EQUIPARACIÓN ENTRE  
ENFERMEDAD Y DISCAPACIDAD**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de abril de 2013*

M<sup>a</sup> TERESA VELASCO PORTERO\*

**SUPUESTO DE HECHO:** En 2005 la Sra. Ring es despedida de su puesto de trabajo a tiempo completo, sin que se haya producido adaptación de su puesto de trabajo, debido a molestias permanentes en la región lumbar para los que no hay tratamiento. Por su parte, la Sra. Skouboe Werge tras ser víctima de un accidente y ser declarada en baja total, también es despedida por su empresa. Actuando en nombre y por cuenta de las dos demandantes en los asuntos principales, HK, un sindicato de trabajadores, interpuso ante el Søgog Handelsretten una demanda de indemnización contra los empleadores de aquéllas, sobre la base de la Ley antidiscriminación. En los dos asuntos principales, los empleadores cuestionan que el estado de salud de las demandantes esté comprendido en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78, y que en el caso de bajas por enfermedad a causa de una discapacidad, el despido de un trabajador no constituye una discriminación.

**RESUMEN:** Además de responder a otras cuestiones de menor importancia planteadas por el tribunal nacional, la Sentencia del Tribunal de Justicia sienta una importante doctrina con respecto a las causas de discriminación prohibidas por el Derecho comunitario. Se trata de la consideración de que el concepto de «discapacidad» a que se refiere la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración.

\* Profesora titular de Área. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

## ÍNDICE

- 1- LOS CASOS ACUMULADOS C-335/11 Y C-337/11 RING Y SKOUBOE WERGE Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 11 DE ABRIL DE 2013
2. LA ENFERMEDAD COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN EN DOCTRINA, DOCTRINA JUDICIAL Y JURISPRUDENCIA
3. LA DOCTRINA DEL TJ EN LA STJ DE 11 DE JULIO DE 2006
4. LA NOVEDAD E IMPORTANCIA DE LA STJUE DE 11 DE ABRIL DE 2013
5. BIBLIOGRAFÍA

## **1. LOS CASOS ACUMULADOS C-335/11 Y C-337/11 RING Y SKOUBOE WERGE Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 11 DE ABRIL DE 2013**

En 2005 la Sra. Ring es despedida de su puesto de trabajo a tiempo completo, sin que se haya producido adaptación de su puesto de trabajo, debido a molestias permanentes en la región lumbar para los que no hay tratamiento. El 1 de febrero de 2006, la Sra. Ring comenzó una nueva actividad laboral como recepcionista en otra empresa, con un tiempo de trabajo de 20 horas semanales.

Por su parte, la Sra. Skouboe Werge fue contratada en 1998 por Pro Display como secretaria asistente de dirección. El 19 de diciembre de 2003, fue víctima de un accidente de circulación y sufrió un «latigazo cervical». Estuvo por ello de baja médica durante unas tres semanas. El lunes 10 de enero de 2005, la Sra. Skouboe Werge pasó a una situación de baja total por enfermedad. Mediante escrito de 21 de abril de 2005, se comunicó a la Sra. Skouboe Werge su despido,

Actuando en nombre y por cuenta de las dos demandantes en los asuntos principales, HK, un sindicato de trabajadores, interpuso ante el Søg og Handelsretten una demanda de indemnización contra los empleadores de aquéllas, sobre la base de la Ley antidiscriminación. HK afirma que las dos trabajadoras tenían una discapacidad y que sus respectivos empleadores tenían que haberles propuesto una reducción del tiempo de trabajo, en virtud de la obligación de realizar ajustes que está prevista en el artículo 5 de la Directiva 2000/78.

En los dos asuntos principales, los empleadores cuestionan que el estado de salud de las demandantes esté comprendido en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78, puesto que la única incapacidad que las afecta es que no pueden ejercer un trabajo a tiempo completo. También rebaten que la reducción de tiempo de trabajo sea una de las medidas a las que se refiere el artículo 5 de esta Directiva. Por último, los empleadores aducen

que, en caso de bajas por enfermedad a causa de una discapacidad, el despido de un trabajador no constituye una discriminación y, por tanto, no es contrario a dicha Directiva.

El Tribunal nacional plantea al Tribunal de Justicia de la Unión Europea varias cuestiones:

«1) a) ¿Está comprendida en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva [2000/78] la situación de una persona que, a causa de dolencias físicas, mentales o psíquicas, no puede llevar cabo su trabajo, o sólo puede hacerlo en medida limitada, durante un período de tiempo?

b) ¿Puede estar comprendida en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como incurable?

c) ¿Puede estar comprendida en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable?

2) ¿Puede considerarse como una discapacidad, en el sentido en que se utiliza ese término en la Directiva 2000/78, una reducción permanente de la capacidad funcional que no origina la necesidad de medios auxiliares especiales o similares sino que consiste, sólo o esencialmente, en que la persona afectada no es capaz de trabajar a tiempo completo?

3) ¿Se incluye entre las medidas a las que se refiere el artículo 5 de la Directiva 2000/78 una reducción de la jornada laboral?

4) ¿Se opone la Directiva 2000/78 a la aplicación de una norma legal nacional conforme a la que un empresario está facultado para despedir a un trabajador con un preaviso abreviado si el trabajador ha percibido su salario durante períodos de baja por enfermedad de un total de 120 días a lo largo de un período de doce meses consecutivos, en el caso de un trabajador al que se deba considerar discapacitado en el sentido de la Directiva, cuando la baja laboral fue causada por la discapacidad, o cuando la baja laboral fue causada por el hecho de que el empresario no aplicó las medidas apropiadas en la situación concreta para permitir que la persona discapacitada llevara a cabo su trabajo?

A estas cuestiones, el Tribunal de Justicia responde a las cuestiones primera y segunda considerando que el concepto de «discapacidad» a que se

refiere la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración. La naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar no es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto. En cuanto a la tercera cuestión, el TJ señala que el artículo 5 de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que la reducción del tiempo de trabajo puede constituir una de las medidas de ajuste a que se refiere dicho artículo, y que corresponde al juez nacional apreciar si, en las circunstancias de los asuntos principales, la reducción del tiempo de trabajo como medida de ajuste supone una carga excesiva para el empleador. Por lo que respecta a la cuarta cuestión, letra a), señala que la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objetivo legítimo, no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente. Por último, con respecto a la cuarta cuestión, letra b), entiende que la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de que el empleador no adoptó las medidas apropiadas conforme a la obligación de realizar ajustes razonables prevista en el artículo 5 de dicha Directiva.

## **2. LA ENFERMEDAD COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN EN DOCTRINA, DOCTRINA JUDICIAL Y JURISPRUDENCIA**

Tanto la Constitución Española como las Directivas comunitarias mencionan expresamente la “discapacidad” entre los factores de discriminación prohibidos, pero guardan silencio con respecto a la “enfermedad”. Este silencio ha generado un debate entre nuestra doctrina y jurisprudencia con respecto a la calificación del despido del trabajador motivado por una incapa-

cidad temporal no englobada en las causas de despido objetivo, ya que mientras unos abogaban por su nulidad por discriminatorio otros entendían que era en todo caso improcedente.<sup>1</sup>

Por lo que respecta a los Tribunales, algunos Juzgados de lo Social- en adelante, JS- y salas de lo Social de algún Tribunal Superior de Justicia –en adelante, TSJ- han defendido que el despido de un trabajador por su incapacidad temporal es nulo, bien por discriminatorio o bien por vulnerar el derecho a la integridad física y moral<sup>2</sup>. Sin embargo, la doctrina del Tribunal Supremo (en adelante, TS) ha sido unánime desde el año 91 en considerar que el despido de un trabajador por causa de su enfermedad es improcedente y no nulo, no apreciando la existencia de discriminación. En este sentido, el Tribunal considera en primer lugar que la enfermedad no puede equipararse a la discapacidad y, en segundo lugar, que la enfermedad ni está expresamente prevista entre las causas de discriminación del art. 14.2 CE ni se puede considerar incluida entre las genéricas “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” de su inciso final. Expresamente, el FJ 2º de la STS de 29 de enero de 2001 (RJ 2001\2069) señala que la enfermedad, “en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable para la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del art. 14 CE, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en que resulte apreciable el elemento de segregación”. Este criterio ha sido mantenido posteriormente en todas las ocasiones en que el TS ha tenido que pronunciarse sobre el tema<sup>3</sup>. Es intere-

<sup>1</sup> SsTSJ Cataluña núm. 1891-2000 de 28 de febrero de 2000, núm. 6082-2002 de 26 de septiembre de 2002, STSJ de Murcia núm. 581-2004 de 24 de mayo de 2004, SSTSJ Cataluña núm. 5340-2006 de 12 de julio de 2006, núm. 5761-2006 de 28 de julio de 2006 y núm. 5939-2006 de 7 de septiembre de 2006.

<sup>2</sup> STSJ País Vasco de 27-6-2003 ( AS 2003, 2833) y 7-6-2005 ( AS 2005, 2285) , STSJ Madrid de 15-1-2001 ( JUR 2002, 36584) y 18-7-2006 ( JUR 2006, 279688) y ( JUR 2006, 279684) , STSJ Cataluña de 12-7-2006 ( AS 2007, 509) , 28-7-2006 ( AS 2007, 1107) y 7-9-2006 ( AS 2007, 1217)

<sup>3</sup> STS de 12 julio 2004 (RJ 2004\7075) ; STS de 23 septiembre 2002 (RJ 2006\1923); STS de 22 enero 2008 (RJ 2008\1621); STS de 18 diciembre 2007(RJ 2008\800) ; STS de 11 diciembre 2007 (RJ 2008\2884); STS de 23 mayo 2005 (RJ 2005\9656); STS de 27 enero 2009 (RJ 2009\1048); STS de 12 julio 2012 - referente a desistimiento en periodo de prueba estando el trabajador en situación de incapacidad temporal por accidente de trabajo - (RJ 2012\9598); STS de 22 septiembre 2008 (RJ 2008\5533)

sante señalar que, a pesar de que esta doctrina se refiere en principio a los casos genéricos de enfermedad, dejando abierta la posibilidad de que se considere discriminatorio algún caso de enfermedad que por sus características especiales “pueda apreciarse un elemento de segregación”, en ningún caso ha sido apreciado dicho elemento el propio TS.

### 3. LA DOCTRINA DEL TJ EN LA STJ DE 11 DE JULIO DE 2006

La trasposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2000/78/CEE de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, por medio de la ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social vino a reavivar la polémica sobre la nulidad o improcedencia de despido motivado por incapacidad temporal.

La ley 62/2003 modificó el art. 4.2.c) ET en el sentido de prohibir expresamente la discriminación por discapacidad y el art. 17.1 ET para señalar expresamente que « se entenderán nulas las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad ». Con base en esta Directiva y su trasposición a nuestro ordenamiento, el auto de 7 de enero de 2005 del Juzgado de lo Social 33 de Madrid planteó una cuestión prejudicial al TJCE para que se pronunciara expresamente sobre si, a tenor de la citada Directiva, el concepto de discapacidad englobaba la situación de enfermedad o discapacidad temporal. El magistrado argumenta que “la protección frente a prácticas discriminatorias fundamentadas en la discapacidad de los trabajadores debe dispensarse desde el momento en que la enfermedad como condición de salud se aprecie relevante” y, para el caso de que el TJCE considerase que enfermedad y discapacidad son conceptos diferentes y que la norma comunitaria no resulta aplicable, planea la posibilidad de que se considere que la enfermedad constituye una seña identitaria no específicamente citada que debe añadirse a aquéllas en relación con las cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Unas semanas más tarde, la Sentencia de 29 de marzo de 2005 del Juzgado Social 33 de Barcelona omite la cuestión prejudicial y directamente califica como nulo un despido sin causa en situación de incapacidad temporal al interpretar, básicamente, que la Directiva y su posterior transposición a nuestro ordenamiento mediante Ley 62/2003 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, amplía las causas discriminatorias a la discapacidad y, en estrecha relación con dicho concepto, a la situación de incapacidad temporal o enfermedad. A criterio del juzgador, “Si había alguna duda respecto a que la enfermedad pudiese constituir una

Esta nueva polémica fue zanjada por el TJCE confirmando que el criterio de nuestro TS no es incompatible ni con la Directiva ni con su trasposición a nuestro ordenamiento.

La STJCE de 11 de julio de 2006 considera que el concepto de discapacidad se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional, y que el legislador escogió deliberadamente en el art. 1 de la directiva un término que difiere del de enfermedad. Así pues, señala en este caso el TJCE, “es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos”. El Tribunal justifica su decisión en el carácter temporal de la enfermedad mientras que, por el contrario, la discapacidad posee un carácter permanente.

A los efectos del problema que nos ocupa, las dos afirmaciones más importantes del fallo del Alto Tribunal son las siguientes: en primer lugar, que “una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en marco general de la Directiva” y, en segundo lugar, que “la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva prohíbe toda discriminación”.

Esta interpretación puede afirmarse que es incluso más restrictiva que la efectuada por el TS, que como hemos visto dejaba abierta una posibilidad de que en algunos casos la enfermedad se pueda subsumir en el inciso final del art. 14 CE (en concreto, cuando sea causa de segregación)<sup>5</sup>.

causa de discriminación prohibida por nuestro ordenamiento jurídico, se ha de entender disipada con la transposición mediante la Ley 62/2003 de la Directiva 2000/78, por la cual se establece un marco general para la lucha contra la discriminación por, entre otros motivos, la discapacidad.(...) En este sentido, conviene señalar que no hay ningún motivo razonable para excluir la situación de incapacidad temporal, por su carácter transitorio, del concepto genérico de discapacidad como una de las causas de discriminación prohibida recogidas en el artículo 1 de la mencionada Directiva 2000/78 (...) Cabe añadir, además, que aunque se entendiese - como hace el Tribunal Supremo- que esta conveniencia empresarial no tiene, en sí misma, intencionalidad discriminatoria (discriminación directa), se habría llegar a la conclusión de que comporta una discriminación indirecta, en tanto que, en palabras del artículo 2.2.b) de la Directiva 2000/78, existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una (...) discapacidad” .

<sup>5</sup> En este sentido, J. Escribano Gutiérrez (2007), “Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria”, *Relaciones Laborales*, nº 5, 2007, p. 11 de 15.

El Tribunal Constitucional también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema, respaldando tanto la doctrina del TS como sus argumentos<sup>6</sup>.

#### **4. LA NOVEDAD E IMPORTANCIA DE LA STJUE DE 11 DE ABRIL DE 2013**

Así las cosas, la sentencia del TJUE de 11 de abril de 2013 que comentamos ha venido a introducir fisuras en esta doctrina. Como hemos descrito anteriormente, se trataba de dos trabajadoras danesas despedidas por inasistencias al trabajo a causa de dolencias dorsolumbares que les impedían un trabajo a tiempo completo. El tribunal nacional planteó, entre otras cuestiones prejudiciales, si el concepto de “discapacidad” a que se refiere la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que comprende el estado de salud de una persona que, a causa de dolencias físicas, mentales o psíquicas, no puede llevar cabo su trabajo, o sólo puede hacerlo en medida limitada, durante un período de tiempo que probablemente sea prolongado, o de manera permanente. Además, preguntó si dicho concepto debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como incurable, en el sentido de que también comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable y en el sentido de que la naturaleza de las medidas que ha de adoptar el empleador es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable el referido concepto.

A este respecto, el TJ falló que “el concepto de discapacidad a que se refiere la Directiva debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración. La naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar no es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto.” Es decir, que el TJ considera que el concepto de discapacidad abarca la enfermedad de larga duración (curable o no) que comporta limitaciones en la vida profesional, si esta limitación es de larga duración.

<sup>6</sup> STC 62/2008, de 26 de mayo de 2008

Algunos autores consideran que esto es una verdadera rectificación de lo afirmado en 2006, suponiendo un cambio de enorme relevancia conceptual<sup>7</sup>. En nuestra opinión no es tanto una rectificación como una matización, ya que se mantienen los requisitos exigidos por la STJCE de 2006 en el sentido de que se produzca una limitación derivada de dolencias, que sea un obstáculo para la vida profesional<sup>8</sup>, y que sea de larga duración<sup>9</sup>. Para SEMPERE, esta sentencia obliga a revisar la separación entre enfermedad y discapacidad, delimitando una nueva figura a la que denomina “enfermedad asimilada” y cuya protección será la misma de la de la discapacidad, por entrar dentro del ámbito de aplicación de la Directiva. Las dolencias lumbares (sobre las cuales se pronuncia expresamente la sentencia) tendrían esta consideración, y también otras como la diabetes o el asma<sup>10</sup>.

Es clave la afirmación que hace la sentencia en el sentido de que lo importante en el concepto de discapacidad es la existencia de una limitación para la participación plena en la vida profesional, que origina una reducción de la capacidad del trabajador, con independencia del motivo que la haya ocasionado, argumento que ha sido reiterado posteriormente en la Sentencia del TJUE de 18 diciembre 2014, Fag og Arbejde (FOA) contra Kommunernes Landsforening (KL), asunto C- 354/13<sup>11</sup>. En definitiva, que la discapacidad no solo abarca la incapacidad para ejercer una actividad profesional sino también una dificultad para el ejercicio de esta<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> En este sentido, A.V. Sempere Navarro (2013), “Discriminación laboral por enfermedad”, Actualidad Jurídica Aranzadi, n° 866; Fernández Martínez, S. (2015), p. 36. “Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada”. *Revista internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 3, n° 1, enero-marzo 2015.

<sup>8</sup> Parágrafo 43 STJCE de 11 de julio de 2006: “En este contexto debe entenderse que el concepto de discapacidad se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”.

<sup>9</sup> Parágrafo 45 STJCE de 11 de julio de 2006: “Para que la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de *discapacidad* se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración”

<sup>10</sup> A.V. Sempere Navarro (2013), op. cit., p. 3 de 3.

<sup>11</sup> Que versa sobre la cuestión de si el derecho de la Unión Europea consagra un principio general de no discriminación por razón de obesidad en el ámbito del empleo y la ocupación.

<sup>12</sup> López Cumbre, L. (2015), “Despido por obesidad”, Centro de Estudios para el Consumo, 25 de enero de 2015, <http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/02/DESPIDO-POR-OBESIDAD.pdf>

Por último, consideramos interesante señalar que la doctrina del TJUE ya ha tenido repercusión en nuestros tribunales nacionales, que la han aplicado para resolver la nulidad por discriminación del despido de un trabajador enfermo, asimilando enfermedad a discapacidad. Nos referimos a la Sentencia del 17 de septiembre de 2013 del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona (Comunidad Autónoma de Cataluña), sobre el despido de una trabajadora que sufría migraña crónica, que literalmente dice lo siguiente: “VII.- Nul.litat de l’extinció impugnada. L’extinció impugnada, per tant, en fonamentar-se en les situacions d’incapacitat temporal generades per la seva malaltia assimilada a discapacitat (a la llum de la STJUE 11.4.13 ), queda fora de l’àmbit de cobertura de l’ art. 52.d. d) ET (interpretat en congruència amb la prohibició de discriminació de l’ art. 2 de la Directiva 78/2000 ). Per tant, ha comportat no només la vulneració de l’ art. 15 CE , en els termes denunciats a la demanda i en els fonaments jurídics anteriors, sinó que ha suposat - també- una clara discriminació, en haver estat acomiadada per causa de “discapacitat” (en el concepte ampli establert per la STJUE de 11.4.13 ), a tenor del que disposa l’ art. 2 de la Directiva 2000/78 ), que qualifica com a discriminació directa tot acte desfavorable per causa de discapacitat. Per tant, i en congruència amb la pretensió principal deduïda a la demanda, l’extinció impugnada s’haurà de qualificar judicialment com a nul.la, tal com es disposa a l’ art. 122 a) LRJS.

## BIBLIOGRAFÍA

- E. CARRIZOSA PRIETO, “Despido por incapacidad temporal: ¿Discriminación por enfermedad o represalia por el ejercicio de un derecho fundamental?”, *Temas Laborales*, núm. 96, 2008, pp. 267-283.
- R. DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, “El despido en situación de incapacidad temporal: el fin de una polémica. Comentario a la STSJCE de 11 de julio de 2006), *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 719/2006
- J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, “Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria”, *Relaciones Laborales*, nº 5, 2007, p. 1143
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S. (2015), “Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada”. *Revista internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 3, nº 1, enero-marzo 2015, pp. 31-47
- A. GINÉS I FABRELLAS, “La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo. La necesidad de una reforma legislativa ante el inmovilismo jurisprudencial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n 18/2010.

- LÓPEZ CUMBRE, L. (2015), “Despido por obesidad”, Centro de Estudios para el Consumo, 25 de enero de 2015,  
<http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/02/DESPIDO-POR-OBESIDAD.pdf>
- A. MORENO MÁRQUEZ, “Nulidad del despido en los casos de reincorporación forzada del trabajador en incapacidad temporal: el derecho a la salud en juego”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, nº 11, 2010
- A.V. SEMPERE NAVARRO, “Discriminación laboral por enfermedad”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 866, 2013



**SELECCIÓN DE TRABAJADORES AFECTADOS POR DESPIDO  
COLECTIVO Y DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD**

*Comentario a la STSJ Andalucía, de 23 de febrero de 2015, Proc. núm. 32/2014*

RAQUEL POQUET CATALÁ\*

**SUPUESTO DE HECHO:** La empresa demandada inicia un procedimiento de despido colectivo donde cesa, dentro del departamento de telefonistas, a cinco de las ocho trabajadoras. La confederación sindical interpone demanda denunciando la nulidad del procedimiento de despido colectivo por varios motivos, siendo uno de ellos el que en la sección de telefonistas, a diferencia de otros departamentos, el criterio utilizado a efectos de seleccionar a los trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo ha sido el de la edad. La empresa alega que las personas de menos edad, esto es, más jóvenes se adaptan mejor a los cambios tecnológicos.

**RESUMEN:** El TSJ estima parcialmente la demanda sobre impugnación de despido colectivo interpuesta por la Confederación Sindical de CCOO de Andalucía, pues de los diferentes motivos planteados en la demanda, declara todos conforme a Derecho, salvo el criterio de selección de las trabajadoras al considerar que presumir que este grupo de trabajadoras por razón de la mayor edad tiene más dificultades o menos capacidad para adaptarse a los cambios tecnológicos, supone discriminación, pues sin ninguna individualización la empresa ha deducido su menor capacidad de adaptación. Por ello, declara la nulidad del despido del grupo de telefonistas ordenando su inmediata readmisión con abono de los salarios dejados de percibir.

\* Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Profesora asociada de la UNIR y Profesora-consultora de la UOC.

## ÍNDICE

1. SENTENCIA OBJETO DE ANÁLISIS
2. MARCO LEGAL
3. TUTELA DE LOS TRABAJADORES DE CIERTA EDAD EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS
4. LA EDAD COMO CRITERIO DE SELECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN UN DESPIDO COLECTIVO
5. VALORACIÓN FINAL
6. BIBLIOGRAFÍA

## 1. SENTENCIA OBJETO DE ANÁLISIS

La importancia de esta sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía se halla en la posibilidad de que marque el inicio de una nueva línea judicial a favor de la tutela de los trabajadores en los despidos colectivos que enmascaran una situación discriminatoria hacia ciertos colectivos, concretamente, en este caso, la edad madura.

La demanda es interpuesta por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Andalucía impugnando el despido colectivo realizado por la Cooperativa Farmacéutica del Campo de Gibraltar, a la cual se acumulan las demandas del Comité de Empresa de la Sociedad Cooperativa Farmacéutica del Campo de Gibraltar y del Sindicato Provincial de Comercio, Hostelería, Turismo y Juego de la Unión General de Trabajadores. Los motivos se sintetizan en que no concurre la causa legal indicada en la comunicación escrita del expediente de regulación de empleo iniciado por la empresa demandada, que se adopta estando vigente un expediente temporal previamente acordado, que el Consejo Rector no está legitimado para adoptar esa decisión, que no se ha entregado la documentación prevista en el art. 51.2 ET, que la decisión se ha adoptado con fraude, abuso de derecho y sin respetar el deber de buena fe comercial y que la decisión extintiva se efectúa vulnerando el derecho a la no discriminación por razón de edad.

El TSJ, después de analizar las alegaciones de ambas partes, desestima todos los motivos, salvo el último, al considerar que sí concurre la causa económica alegada, que el hecho de que esté vigente un expediente temporal no impide otro, que el Consejo Rector tiene la facultad para tomar la decisión, que se ha entregado toda la documentación requerida por el art. 51.2 ET y que se negoció de buena fe porque la empresa había hecho diferentes propuestas. No obstante, y de ahí su aspecto crucial, estima parcialmente la demanda por apreciar discriminación por razón de edad en el despido de las trabajadoras del departamento de telefonistas, ya que la empresa deduce unos resultados de las

mismas sin tener prueba alguna al respecto y sin individualizar o estudiar caso por caso, efectuando una conjetura genérica y sin fundamento alguno.

## 2. MARCO LEGAL

El principio de igualdad de trato, de oportunidades y de no discriminación en el empleo es reconocido por normas internacionales, comunitarias e internas. Así destaca el art. 26 del Convenio núm. 111 de la OIT<sup>1</sup> que define la discriminación como “*cualquier distinción, exclusión o preferencia, basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen racial que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación*”. Asimismo, el principio de igualdad de trato y no discriminación en el empleo encuentra reflejo en los Convenios núm. 122 OIT<sup>2</sup>, núm. 156 OIT<sup>3</sup> y núm. 181 OIT<sup>4</sup>.

Por su parte, la Unión Europea ha impulsado de manera muy especial el desarrollo del principio de igualdad y la prohibición de trato discriminatorio contando con un amplio elenco de normas jurídicas y acciones políticas que comprenden muy diferentes dimensiones de la igualdad y de la lucha contra las discriminaciones. De ellas, interesa la Directiva 2000/78/CE<sup>5</sup> cuyo fin es que se aplique en los Estados miembros el principio de igualdad de trato que supondrá la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en la edad. Según la misma, existe discriminación directa cuando, a causa de la edad, una persona es, ha sido o puede ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga, mientras que la indirecta aparece cuando una disposición, criterio o práctica, en apariencia neutra, pueda ocasionar un perjuicio a personas de una edad determinada, con respecto a otras.

<sup>1</sup>De 25 de junio 1958, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, ratificado por España el 6 de noviembre de 1967.

<sup>2</sup>De 9 de julio de 1964, relativo a la política de empleo, ratificado por España el 28 de diciembre de 1970.

<sup>3</sup>De 23 de junio de 1981, sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares, ratificado por España el 11 de septiembre de 1985.

<sup>4</sup>De 19 de junio de 1997, sobre las agencias de empleo privadas, ratificado por España el 15 de junio de 1999.

<sup>5</sup>De 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

No obstante, cabe tener presente que la diferencia de trato puede estar justificada objetiva y razonablemente, de tal forma que excluiría su carácter discriminatorio. Cuando el motivo proscrito es la edad, el art. 6.1 Directiva 2000/78/CE permite a los Estados miembros justificar ciertas diferencias de trato por razón de edad si constituyen un medio adecuado y necesario para lograr objetivos legítimos de la política de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional. Así, las diferencias de trato podrán incluir la fijación de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional de jóvenes, trabajadores de mayor edad o los que tienen personas a cargo y el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo<sup>6</sup>. La posible incorporación de tratos peyorativos aparece así formulada de manera muy amplia en el acceso y en las condiciones de empleo.

Concretamente, en relación con las discriminaciones por razón de edad máxima, la doctrina judicial europea<sup>7</sup> ha llevado a cabo una interpretación bastante flexible de las limitaciones de la edad máxima en el acceso al empleo incorporando criterios que se dirigen a los intereses empresariales como el requerimiento de una mayor fuerza o capacidad física para el desempeño del puesto.

Así, la Directiva no es tan exigente en relación a la edad como lo es en relación a otros factores, como el sexo o la nacionalidad, en la medida en que permite más fácilmente diferencias de trato basadas en la edad si se derivan de

<sup>6</sup> No obstante, otra línea, concretamente, STJUE de 22 de noviembre de 2005, asunto Mangold, no entiende justificado el establecimiento en la normativa alemana de medidas especiales de contratación temporal para trabajadores que rebasen una determinada edad con un claro objetivo de inserción laboral de un colectivo con especiales dificultades de acceso al empleo, salvo que se sustente en la formación que le aporta esta experiencia a quien se inserte a través de este vínculo. En el mismo sentido, STJUE de 11 de septiembre de 2007, asunto Lindofer, C-2007/04. Por su parte, las SSTJUE de 18 de junio de 2009, asunto Hutter, C-88/08; y de 19 de enero de 2010, asunto Kucukdeveci, C-555/07, cuestionan la posible ilegalidad comunitaria de una serie de diferencias peyorativas para el colectivo de jóvenes, relacionadas con una disminución en el cálculo de la antigüedad, configurado supuestamente con la intención de favorecer su contratación.

<sup>7</sup> STJUE de 12 de enero de 2010, asunto Wolf, C-229/08, que considera conforme a la igualdad que se limite la incorporación de trabajadores mayores de treinta años a determinadas actividades, siempre que la edad sea un factor relevante para el desempeño del puesto de trabajo. En concreto, se trataba de funcionarios en el servicio de bomberos al existir un interés en garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento del mismo. En términos similares, SSTJUE de 6 de mayo de 2010, asunto Andersen, C-440/2010; de 12 de enero de 2010, asunto Peterson, C-341/2010.

las características o requerimientos profesionales del puesto de trabajo<sup>8</sup>. Además, no cabe duda que esta permisibilidad refleja ciertos prejuicios sociales sobre la equiparación de edad y discapacidad en el entendido de que, a medida que se cumple una edad, las facultades merman y se es menos apto para el trabajo<sup>9</sup>, lo que se traduce en una menor productividad unido a otros factores concurrentes con la edad que pueden dificultar el empleo de los trabajadores maduros. En definitiva, la edad se relaciona con el rendimiento laboral, cuando mucho más determinante que la edad lo es la formación y la capacidad del trabajador en concreto<sup>10</sup>.

A nivel interno, a pesar de que la edad no es una de las circunstancias enumeradas en el art. 14 CE, sin embargo, de sobra es conocida la doctrina constitucional<sup>11</sup> de que el referido precepto no encierra una lista cerrada, sino que tan sólo contiene una explícita interdicción hacia determinadas condiciones que, por muy arraigadas históricamente, han situado a lo largo de los años a sectores de la población en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE. La edad queda incluida, pues, en la cláusula general con la que finaliza el art. 14 CE.

En el ámbito laboral, son los arts. 4.2 c) y 17.1 ET los que prohíben de forma expresa las discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de la edad, de tal forma que se deja abierta la posibilidad de discriminaciones favorables, esto es, privilegios o preferencias en la contratación. Ello implica que son admisibles las diferencias de trato que tienden a someter a ciertos grupos de edad a una tutela específica y aquéllas dirigidas a favorecer a ciertos colectivos su inserción en el mercado de trabajo. La discriminación por edad difiere de otras causas discriminatorias en que no identifica a una específica clase, como lo puede ser la discriminación por motivos raciales y no es una característica invariable de la persona, sino que va cambiando a lo largo de las etapas de la vida.

En general, cuando se habla de discriminación por razón de edad, automáticamente se piensa en las personas mayores, pero no cabe olvidar que en

<sup>8</sup> GÓNZALEZ ORTEGA, S., “La discriminación por razón de la edad”, en *TL*, núm. 59, 2001. p. 95.

<sup>9</sup> STSJ Asturias, de 29 de octubre de 1990, que señala que la juventud es “la legítima expresión del vigor y solvencia física que se requiere para acceder a determinados puestos de trabajo en perjuicio de los más mayores”.

<sup>10</sup> GÓNZALEZ ORTEGA, S., “La discriminación por razón... *op. cit.* p. 93.

<sup>11</sup> SSTC 75/1983, de 3 de agosto; 200/2001, de 4 de octubre.

muchas ocasiones son los jóvenes quienes la sufren, como se puede comprobar si se analizan aspectos tales como salarios, tipos de contrataciones, tasas de desempleo, representatividad en puestos de responsabilidad o su escasa participación en las negociaciones de las condiciones de trabajo. Se trata de una causa de discriminación compleja, porque opera a dos niveles distintos, esto es, una edad mínima y una edad máxima, ligados a los correspondientes estereotipos sociales, como la falta de experiencia, en el primer caso y la menor competitividad y fuerza física o la resistencia al cambio, en el segundo<sup>12</sup>. De cualquier forma, la forma de discriminación más frecuente es por razón de edad madura.

### **3. TUTELA DE LOS TRABAJADORES DE CIERTA EDAD EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS**

Nadie duda que los despidos colectivos generan importantes costes sociales, en tanto implican la extinción de los contratos de trabajo de un elevado número de trabajadores y ello tiene efectos sobre sus familias. Las características personales y familiares de los trabajadores afectados por un despido colectivo son factores importantes que influyen en la entidad de los costes sociales derivados de un despido colectivo. Así existen ciertos colectivos de trabajadores que, por sus circunstancias personales y familiares, son más vulnerables en tanto que tienen mayores problemas para reincorporarse al mercado de trabajo, como lo son los trabajadores mayores de cierta edad. En este sentido, establecer criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo que protegiesen a los trabajadores que, por sus características subjetivas, tienen más dificultades para reincorporarse al mercado de trabajo, limitaría considerablemente los costes sociales derivados de un despido colectivo. De hecho, el conflicto que subyace en esta situación es el choque entre el razonable interés del trabajador al mantenimiento del puesto de trabajo y el del empresario a desprenderse de trabajadores que suponen un menor rendimiento<sup>13</sup>. Además, se alega que estos trabajadores son de mayor coste económico por el peso de los derechos adquiridos, como la antigüedad de cara a la indemnización y pueden ser más problemáticos por tener unas convicciones más asentadas y no ser tan flexibles de cara a los posibles nuevos valores empresariales.

Nuestro ordenamiento jurídico no establece los criterios de selección que

<sup>12</sup> STSJ Cantabria, de 28 de marzo de 2007, rec. núm. 249/2007.

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F., "La extinción de la relación laboral por edad del trabajador", en *RPS*, núm. 97, 1973. p. 27.

debe tener en cuenta el empresario para determinar los trabajadores afectados por un despido colectivo. Únicamente establece un derecho a permanecer en la empresa de forma preferente a los representantes legales de los trabajadores<sup>14</sup>. No obstante, cabe señalar que, la reforma laboral de 2012<sup>15</sup> ha marcado un punto de inflexión al subrayar que la nueva concepción del despido colectivo tiene en cuenta determinados aspectos sociales a fin de amortiguar los perjuicios que para el empleo ocasiona la utilización de dicho expediente, especialmente en determinados colectivos de trabajadores. Con la reforma se pone el acento en la adopción de medidas sociales destinadas a la recolocación de los trabajadores afectados, así como se dirige a la autonomía colectiva para que sea ésta la que establezca prioridades de permanencia para ciertos trabajadores, concretamente, los mayores<sup>16</sup>. En pocas palabras, se está emplazando a los negociadores para que, a través de los convenios colectivos, protejan a los trabajadores de cierta edad frente a la expulsión del mercado laboral<sup>17</sup>. Por el momento, el actual Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva<sup>18</sup> no señala nada al respecto, por lo que se tendrá que acudir a los concretos convenios colectivos.

En esta misma línea, el art. 51.11 ET dispone que las empresas que despidan de forma colectiva a trabajadores de cincuenta años o más deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público, con lo que se vuelve a reforzar la protección de este colectivo de trabajadores, que son los que más difi-

<sup>14</sup> GINÉS I FABRELLAS, A., “Criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo”, en AS, núm. 14, 2010 (versión on line)

<sup>15</sup> Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

<sup>16</sup> Literalmente, la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 señala que “*La nueva regulación refuerza los elementos sociales que deben acompañar a estos despidos. De una parte, se incentiva que mediante la autonomía colectiva se establezcan prioridades de permanencia ante la decisión de despido de determinados trabajadores, tales como aquellos con cargas familiares, los mayores de cierta edad o personas con discapacidad. De otra parte, en aquellos despidos colectivos que afecten a más de cincuenta trabajadores, la ley contempla una efectiva obligación empresarial de ofrecer a los trabajadores un plan de recolocación externa, que incluya medidas de formación, orientación profesional, atención personalizada y búsqueda activa de empleo*”.

<sup>17</sup> Art. 51.5 ET y art. 13 RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. El primero de ellos señala “*5. Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos a que se refiere este artículo. Mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad.*”

<sup>18</sup> III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017, de 8 de junio de 2015.

cultades van a experimentar en el mercado laboral tras el despido, castigando así la práctica habitual de incluir en el expediente precisamente a estos trabajadores de más edad, con el objeto de liberarse de los que tienen mayor antigüedad en la empresa, que son “más caros” y suele tener un mayor grado de concienciación sindical<sup>19</sup>. Se pretende, en definitiva, poner una barrera al recurso muy utilizado de incluir a trabajadores de esta edad en los expedientes extintivos. El art. 2.1 b) RD 1484/2012<sup>20</sup> dispone que la obligación de efectuar la citada aportación económica va destinada a empresas que procedan a un despido colectivo y cuyo “porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años de edad sobre el total de trabajadores despedidos sea superior al porcentaje de trabajadores de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores de la empresa”, de tal forma que establece una protección, aunque sea relativa, frente al despido discriminatorio por razón de edad. Las razones del establecimiento de esta contribución “se encuentran en la necesidad de atemperar los impactos sociales y económicos de los procesos de reajuste empresarial que provocan, de un lado, la expulsión prematura del mercado de trabajo de los trabajadores de más edad, afectados estructuralmente en nuestro mercado de trabajo por una tasa de actividad por debajo de los países europeos de nuestro entorno y que tiene problemas para poder volver a incorporarse al empleo; y, por otro, un importante coste para nuestro sistema de protección por desempleo, difícil de asumir socialmente, cuando las empresas que realizan estos procesos de reestructuración tienen necesidad de ponerlos en práctica, aun habiendo obtenido beneficios, tanto más en una coyuntura económica como la actual”<sup>21</sup>.

Por otro lado, cabe hacer hincapié que la actual redacción del art. 2.1 b) RD 1484/2012 tiene una perspectiva diferente, pues con anterioridad a la reforma del RDL 5/2013 se señalaba que iba dirigida a cualquier empresa que incluyera en el expediente a “trabajadores de cincuenta o más años de edad”, mientras que ahora, como se ha indicado, se hace referencia al porcentaje de los trabajadores de dicha edad afectados. Con ello, no se trata de proteger a los mayores de cincuenta años, sino que ahora se trata de tutelar la inexistencia de despidos discriminatorios, estableciéndose así una medida antidiscriminatoria.

<sup>19</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *Tres años de reforma del despido colectivo ¿ha conseguido su propósito el legislador?* Madrid: Dykinson, 2014. p. 182.

<sup>20</sup> Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años.

<sup>21</sup> Exposición de Motivos del RD 1484/2012.

#### 4. LA EDAD COMO CRITERIO DE SELECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN UN DESPIDO COLECTIVO

En el caso de que la negociación colectiva no establezca previsión alguna para la tutela de los trabajadores mayores de cierta edad, va a ser el propio expediente de regulación de empleo, en el trámite del período de consultas, quien podrá prever medidas protectoras, y en su ausencia, será el propio poder de dirección del empresario conferido por el art. 20 ET el que decidirá quiénes son los trabajadores a incluir en el despido colectivo. No obstante, dicha elección deberá ser totalmente respetuosa con los derechos fundamentales, especialmente, la proscripción de discriminación impidiendo que “razones subjetivas de cualquier índole imperen sobre los objetivos con relación a determinados empleados”<sup>22</sup>, y es aquí donde el criterio de la mayor edad puede ser un criterio no legítimo por incurrir en discriminación, ya que esta vía tiene “por objetivo combinar el cubrir las necesidades empresariales de reducción de empleo con el atenuar las consecuencias de estas medidas para los trabajadores, de forma que, del conjunto de los trabajadores de posible afectación por el expediente, éste se aplique a aquéllos para quienes la pérdida de empleo no se traduce en una cesación de las expectativas de permanencia de ingresos, propias éstas de la continuidad de la relación laboral, puesto que con el sistema habitualmente denominado de prejubilaciones los trabajadores afectados tienen garantizados ingresos hasta pasar a la condición de pensionistas”<sup>23</sup>, sin ser una medida discriminatoria.

El empresario no puede fundamentar la elección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo en alguna de las circunstancias personales o sociales previstas en dichos preceptos: raza, sexo, religión, opinión, edad, discapacidad... La decisión empresarial no puede ser en ningún caso arbitraria ni caprichosa, sino que debe cumplir el principio de igualdad, debe fundamentarse en criterios de razonabilidad y ser coherente con los fines buscados<sup>24</sup>.

La decisión del empresario en relación con la selección de los trabajadores afectados por el despido sólo es revisable judicialmente si existe fraude de ley,

<sup>22</sup> AA.VV., *Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas*. Madrid: CGPJ, 1997. p. 215.

<sup>23</sup> STSJ Cataluña, de 15 de marzo de 2005, rec. núm. 2247/2004.

<sup>24</sup> STSJ Cataluña, de 23 de febrero de 1996, que literalmente señala que “la designación no puede ser caprichosa o arbitraria, debe ser coherente con los fines buscados y debe respetar el principio de que la amortización de puestos de trabajo se materialice del modo en que ocasione el menor sacrificio de intereses ajenos posible”.

abuso de derecho o móvil discriminatorio correspondiendo a la parte que alega la vulneración de los derechos fundamentales la aportación de indicios razonables, no siendo suficiente su mera alegación desprovista de todo elemento que pueda suponer una prueba verosímil o un principio de prueba de la existencia de discriminación. Lo que tiene que acreditar el empresario en el despido económico se limita, en principio, a que la “actualización de la causa económica afecta al puesto de trabajo” amortizado y únicamente si se acusa un panorama discriminatorio, o si se prueba por parte de quien lo alega fraude de ley o abuso de derecho, cabe extender el control judicial más allá del juicio de razonabilidad del acto o actos de despido sometidos a su conocimiento<sup>25</sup>. Así, el TC<sup>26</sup> reitera que los trabajadores, cuando de vulneración de derechos fundamentales se trata, deben acreditar la existencia de unos indicios razonables de que se ha producido la vulneración del derecho, pero una vez hecho esto, corresponderá a la empresa probar que su comportamiento no ha incurrido en la vulneración del derecho fundamental. No se trata de someter al empresario a una probatio diabólica, sino que deberá probar que su decisión se presenta razonablemente ajena al móvil atentatorio del derecho fundamental invocado.

Por tanto, el empresario tiene la facultad, como una competencia incluida en el derecho constitucional de libertad de empresa, de seleccionar al colectivo afectado por el despido colectivo, únicamente limitada por el respeto de los derechos fundamentales y por la garantía de prioridad de permanencia atribuida por la ley, por la negociación colectiva o la pactada en el período de consultas del expediente extintivo.

El TC tiene declarado que “resulta inadmisibile desde el punto de vista constitucional la extinción del contrato de trabajo por el hecho exclusivo de la edad”<sup>27</sup>. Como se ha comentado, en esta sentencia<sup>28</sup> el TSJ considera que se constatan indicios de que se ha producido una lesión con proyección general sobre un derecho fundamental que afecta al grupo de trabajadores, por cuanto que no se seleccionan para ser despedidos a unos trabajadores por la mayor dificultad que tuvieran para adaptarse a los posibles o hipotéticos avances tecnológicos que se pudieran producir en la empresa y se diera la circunstancia de que

<sup>25</sup> STS de 15 de octubre de 2003, rec. núm. 1205/2003. En el mismo sentido, SSTSJ Cataluña, de 26 de enero de 2015, rec. núm. 5471/2014; Navarra, de 19 de enero de 2015, rec. núm. 541/2014.

<sup>26</sup> STC 38/2005, de 28 de febrero.

<sup>27</sup> STC 58/1985, de 30 de abril.

<sup>28</sup> STSJ Andalucía, de 23 de febrero de 2015, proc. núm. 32/2014.

éstos fueran los de mayor edad. Estima que la alusión genérica a la mayor edad como criterio de selección de los trabajadores incluidos en el despido colectivo es un indicio claro de que se ha producido una discriminación por razón de edad y si el empresario no lo desvirtúa, queda clara esta vulneración del derecho fundamental. Presumir que un grupo genérico de trabajadores, por razón de la mayor edad, tienen mayores dificultades o menor capacidad para adaptarse a unos hipotéticos avances tecnológicos no concretados, supone una discriminación prohibida por los arts. 4.2 y 17.1 ET, pues no es el caso de que se tenga en cuenta la mayor edad como criterio de selección de los trabajadores como instrumento para disminuir los efectos perjudiciales del despido, posibilitando e incentivando su prejubilación, sino que, sin ninguna individualización, se ha deducido su menor capacidad de adaptación a unos cambios inciertos, y ello comporta claramente la vulneración de su derecho fundamental a la no discriminación. En esta misma línea, ya se tachó de discriminatorio el cese cuando, según la empresa, se debe a una pérdida de confianza en su persona<sup>29</sup>. Más claro es el supuesto de una empresa que procede a despedir a 49 trabajadores en el período de un mes, siendo la edad media de los mismos de 44 años y la antigüedad media de los despedidos de dieciocho años. La forma de despido era mediante un despido disciplinario en cuya carta se alegaba falta de iniciativa y de motivación, y luego era reconocido improcedente por la empresa. En el fondo lo que buscaba la empresa era sanear su plantilla prescindiendo de los trabajadores de más antigüedad y de cierta edad, reconociendo así la doctrina judicial<sup>30</sup> un claro supuesto de discriminación por razón de edad. Discriminatorio también es considerado cuando se procede a despedir a unos trabajadores por modificación sustancial de condiciones de trabajo y a otro por despido objetivo coincidiendo en que la elección de este último trabajador era el de mayor antigüedad de la empresa, ya que los trabajadores habían sido despedidos a través de otras vías cuyo coste económico era superior al de éste, el cual vio rescindido su contrato por medio de otro despido por tener más edad y antigüedad<sup>31</sup>.

No obstante, otra línea judicial<sup>32</sup> considera no discriminatoria la elección de aquellos trabajadores con mayor antigüedad o más edad para ser afectados en

<sup>29</sup> STSJ Asturias, de 26 de noviembre de 1999, rec. núm. 1476/1999.

<sup>30</sup> STSJ Madrid, de 3 de diciembre de 2002, rec. núm. 3591/2002.

<sup>31</sup> STSJ Madrid, de 19 de octubre de 2010, rec. núm. 1613/2010.

<sup>32</sup> STSJ Cataluña, de 9 de febrero de 2015, rec. núm. 5381/2014. En términos similares, STSJ Comunidad Valenciana, de 24 de septiembre de 2014, rec. núm. 1844/2014, que señala que queda totalmente justificado, puesto que se tiene como objetivo “establecer una estructura de plantilla que se mantenga a largo plazo y de ocasionar un menor perjuicio para el trabajador... resul-

un despido colectivo, “pues es habitual que las empresas seleccionen en los supuestos de extinción de contratos aquellos trabajadores de más edad, lo que supone mayor ahorro para la empresa en costes laborales y de Seguridad Social, y es más beneficioso para el colectivo total de trabajadores de la plantilla de la empresa, teniendo en cuenta la difícil reinserción en el mercado laboral de otros trabajadores de la empresa de menor edad, al tiempo que para el trabajador de más edad el despido tiene menor incidencia, pues percibe mayor indemnización por el cese y su jubilación está más próxima en el tiempo”. Según la doctrina judicial, la inclusión de la edad entre las circunstancias personales que no pueden ser razón para discriminar no impide que existan motivos justificados, y no puede ser considerada “desproporcionada por ser razonable que se aplique a quien está más cercano a la edad de jubilación de cara a posibilitar la viabilidad de la empresa desde la perspectiva de la crisis económica”<sup>33</sup>. Por tanto, la utilización del criterio de la edad no puede ser tildada de excesivo en relación con la finalidad de aligerar la plantilla dentro del contexto general de reestructuración de las empresas para garantizar su viabilidad, pues se trata de prescindir de un porcentaje de trabajadores de los que necesariamente habría de prescindirse a corto y medio plazo, por lo que conectar la amortización de los excedentes de plantilla con aquellos trabajadores que se encuentran en una edad más próxima a la jubilación forzosa parece una medida razonable desde la perspectiva de crisis económica de las empresas, ya que el mantenimiento de las relaciones laborales de dichos trabajadores repercutiría negativamente en la delicada situación económica de las empresas. Por ello, “resulta menos costoso y no puede olvidarse que la medida impugnada se adopta como consecuencia de una delicada situación económica y supone afrontar la reestructuración de la plantilla de una forma más definitiva, para lo que parece razonable que los trabajadores afectados por las medidas de ajuste de plantilla sean aquéllos que se encuentran más próximos a la edad de jubilación y, consiguientemente, con unas expectativas laborales muy cortas”<sup>34</sup>.

A pesar de que la edad no es aceptada en nuestro ordenamiento como causa exclusiva para extinguir el contrato, sin embargo, se ha reconducido en algún caso, como éste que se está analizando aunque sea de forma indirecta, vinculán-

tando afectados todos los trabajadores que tenían 55 años o más a quienes se les ha gestionado el convenio especial con la Seguridad Social”. En el mismo sentido, STSJ Comunidad Valenciana, de 2 de mayo de 2013, rec. núm. 531/2013.

<sup>33</sup> STSJ País Vasco, de 18 de noviembre de 2014, rec. núm. 1895/2014. En términos similares, STSJ Comunidad Valenciana, de 12 de diciembre de 2013, rec. núm. 1735/2013.

<sup>34</sup> STS (Sala contencioso-administrativo), de 17 de octubre de 2007, rec. núm. 8242/2004.

dola a la ineptitud regulada en el art. 52 a) ET. Aparentemente, ésta es una operación lógica, porque la difusa justificación ideológica que coloca en posición de inferioridad a los trabajadores maduros, se basa en presumir una pérdida de facultades de estos trabajadores y en considerarles obsoletos. Es una argumentación autoexplicativa y circular que considera a los trabajadores mayores como desfasados o incapaces porque son mayores, que en realidad no hace más que expresar crudamente “la desvalorización de la vejez” o en general de la edad avanzada propia de la sociedad moderna. Lo que ocurre es que tal argumentación vale solamente como lo que es, esto es, como cobertura ideológica de decisiones perjudiciales para los trabajadores maduros, pero en Derecho esas decisiones no pueden ser eficaces si no tienen una traducción jurídica precisa. Si se tiene en cuenta que la involuntariedad es una parte integrante esencial del concepto de ineptitud susceptible de hacer reconducir la pérdida de ciertas cualidades por edad del trabajador, esa falta de culpa del trabajador en la producción de una prestación deficiente, se presenta como una institución adaptada a la pérdida de cualidades profesionales por causa de la edad, pues nadie puede detener el paso del tiempo, ni ningún trabajador desde el deterioro de sus condiciones personales hasta el punto que le impida trabajar. Esta argumentación tan general es difícil de aceptar hoy en día, por lo que la presunción general de ineptitud por edad se debe probar caso por caso, lo que plantea bastantes problemas, como es que una medida que plantee la ineptitud sobrevenida por razón de edad para romper el contrato de trabajo es una medida que debe ser sometida a un escrutinio estricto por afectar a una categoría sospechosa<sup>35</sup>. La ineptitud no tiene una definición normativa en nuestro ordenamiento jurídico, pero no parece que haya muchas objeciones en considerar que se refiere a determinadas condiciones subjetivas del trabajador cuya carencia le impide “cumplir adecuadamente con la obligación de trabajo dimanante del contrato del mismo nombre”<sup>36</sup>.

## 5. VALORACIÓN FINAL

El cese en el trabajo vinculado a la edad del trabajador puede privar al sistema productivo de trabajadores de calidad y contradice la política del Derecho Social encaminada a promover la prolongación de la vida activa y el

<sup>35</sup> APARICIO TOVAR, J., OLMO GASCÓN, A.M., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*. Albacete: Bomarzo, 2007. p. 164.

<sup>36</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., “Ineptitud, despido y desempleo”, en *RPS*, núm. 89, 1971. p. 10.

envejecimiento activo<sup>37</sup>. No obstante, cabe tener presente que la protección del derecho fundamental a la igualdad tiene un menor alcance desde la perspectiva constitucional cuando se mueve en el ámbito de las relaciones privadas, donde tales derechos “han de aplicarse matizadamente, haciéndolos compatibles con otros valores que tienen su origen en el principio de autonomía de la voluntad”<sup>38</sup>. Los arts. 4.2 c) y 17.1 ET han establecido la prohibición de discriminación entre los trabajadores, pero no ordenan la igualdad de trato en sentido absoluto, y ello por la eficacia del principio de autonomía de la voluntad.

Por ello, la mejor vía para evitar posibles discriminaciones, especialmente de los trabajadores de cierta edad, que son uno de los colectivos más vulnerables, sería introducir en el ordenamiento jurídico español unos criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo. Con ello, se reducirían considerablemente los costes sociales derivados del despido colectivo así como la economía de las familias, pues la pérdida temprana del empleo constituye “la forma más seria de discriminación por edad en Europa, en tanto que la mayoría de los trabajadores mayores tienen pocas posibilidades de encontrar un empleo en los años anteriores a la edad oficial de jubilación”<sup>39</sup>. De hecho, ya la legislación laboral del franquismo incorporaba los criterios de selección que debían respetarse por la empresa para determinar los trabajadores afectados por un despido colectivo, estableciendo una preferencia para los trabajadores que desempeñaban cargos electivos de origen sindical<sup>40</sup>, trabajadores mayores de cuarenta años<sup>41</sup>, cabezas de familia numerosa y sus cónyuges<sup>42</sup> y minusválidos<sup>43</sup>.

De cualquier forma, la clave la tiene la negociación colectiva, la cual puede actuar en dos momentos, esto es, en la propia negociación de los convenios colectivos donde se pueden fijar los criterios de selección que deberán respetarse en posibles expedientes de regulación de empleo, así como en la negociación desarrollada en el período de consultas del propio proceso de despido colectivo.

<sup>37</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., “ERES, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”, en *RMTI*, núm. 1, 2010. p. 159.

<sup>38</sup> STC 36/2011, de 28 de marzo.

<sup>39</sup> AA.VV., *European Industrial Relation Review*, agosto 1994. p. 14.

<sup>40</sup> Decreto 1384/1966, de 2 de julio y Decreto 1878/1971, de 23 de julio.

<sup>41</sup> Decreto 1293/1970, de 23 de abril.

<sup>42</sup> Ley 25/1971, de 19 de junio y Decreto 3140/1971, de 23 de diciembre.

<sup>43</sup> Decreto 2531/1970, de 22 de agosto.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- E. CARRIZOSA PRIETO, “Despido por incapacidad temporal: ¿Discriminación por enfermedad o represalia por el ejercicio de un derecho fundamental?”, *Temas Laborales*, núm. 96, 2008, pp. 267-283.
- R. DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, “El despido en situación de incapacidad temporal: el fin de una polémica. Comentario a la STSJCE de 11 de julio de 2006), *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 719/2006
- J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, “Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria”, *Relaciones Laborales*, n° 5, 2007, p. 1143
- S. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, (2015), “Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada”. *Revista internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 3, n° 1, enero-marzo 2015, pp. 31-47
- A. GINÉS I FABRELLAS, “La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo. La necesidad de una reforma legislativa ante el inmovilismo jurisprudencial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n 18/2010.
- L. LÓPEZ CUMBRE, (2015), “Despido por obesidad”, Centro de Estudios para el Consumo, 25 de enero de 2015, <http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/02/DESPIDO-POR-OBESIDAD.pdf>
- A. MORENO MÁRQUEZ, “Nulidad del despido en los casos de reincorporación forzada del trabajador en incapacidad temporal: el derecho a la salud en juego”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, n° 11, 2010
- A.V. SEMPERE NAVARRO, “Discriminación laboral por enfermedad”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 866, 2013.



**DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ORDEN  
JURISDICCIONAL SOCIAL Y EL CONTENCIOSO-  
ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE IMPUGNACIÓN DE  
SANCIONES ADMINISTRATIVAS POR IMPAGO DE CUOTAS DE  
LA SEGURIDAD SOCIAL**

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 22 de julio de 2015*

M<sup>a</sup> LUISA PÉREZ GUERRERO\*

**SUPUESTO DE HECHO:** La Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantó a la empresa demandante Acta de infracción por deudas contraídas con la Seguridad Social por incumplimiento de la obligación de cotizar, con una propuesta de sanción de 213.428,89 euros. Confirmada la sanción por el Consejo de Ministros, aunque con una pequeña reducción de su cuantía (187.515 euros), interpuso la empresa recurso de reposición contra dicho acuerdo, que fue desestimado por Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 27 de septiembre de 2012. La empresa presentó, entonces, demanda ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo contra el Acuerdo del Consejo de Ministros.

**RESUMEN:** La Sala de lo Social del Tribunal Supremo afirma la competencia del orden social de la jurisdicción para conocer del recurso interpuesto frente al Acuerdo administrativo, rectificando expresamente el criterio seguido en las sentencias de la Sala de 21 de enero de 2014 (recurso 2/2012) y 28 de octubre de 2013 (recurso 3/2012), en casos análogos al presente, en las que resolvió que la jurisdicción social era incompetente para conocer de las sanciones impuestas por el Consejo de Ministros, por estimar que constituía una manifestación de gestión recaudatoria la sanción por falta de ingresos de cotizaciones debidas a la Seguridad Social. En el presente comentario de Sentencia veremos el contenido de ambos fallos y las claves de la nueva doctrina del Tribunal Supremo.

\* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Grupo de investigación SEJ-322. Este comentario se realiza en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER 2012-36755, *Mercado de trabajo, transiciones laborales y edad: jóvenes y mayores de 55 años*.

## INDICE:

1. CUESTIONES PLANTEADAS: LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN RELACIÓN CON LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL Y EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE IMPUGNACIÓN DE ACTOS SANCIONADORES RELACIONADOS CON INFRACCIONES DE SEGURIDAD SOCIAL
2. LA CONTROVERTIDA DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ORDEN SOCIAL Y EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL
3. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LOS DOS ÓRDENES JURISDICCIONALES EN MATERIA SANCIONADORA DE SEGURIDAD SOCIAL
4. CONCLUSIONES: LA SOLUCIÓN APORTADA EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE JULIO DE 2015 Y LA NUEVA LÍNEA INTERPRETATIVA DE LOS TRIBUNALES DEL ORDEN SOCIAL

## **1. CUESTIÓN PLANTEADA: LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN RELACIÓN CON LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL Y EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE IMPUGNACIÓN DE ACTOS SANCIONADORES RELACIONADOS CON INFRACCIONES DE SEGURIDAD SOCIAL**

La Sentencia que comentamos rectifica la doctrina contenida en las Sentencias de la misma Sala de octubre de 2013 y enero de 2014, en relación con el reconocimiento, hasta ahora, de la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando se trata de impugnar sanciones impuestas por la Administración en materia de cuotas debidas a la Seguridad Social, por estimar que constituye una manifestación de gestión recaudatoria la sanción por falta de ingreso de cotizaciones debidas a la Seguridad Social.

Hasta la citada Sentencia, el Tribunal Supremo venía considerando que el artículo tercero de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS en adelante), al regular en su apartado f) que los órganos jurisdiccionales del orden social no serán competentes para conocer “de las impugnaciones de los actos administrativos en materia de Seguridad Social relativos a ... liquidación de cuotas, actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas y con respecto a los actos de gestión recaudatoria...”, establecía una incompetencia de jurisdicción cuando se tratara de impugnar sanciones contenidas en actas de infracción levantadas con ocasión de actos de gestión recaudatoria, como es el caso de “no ingresar las cotizaciones debidas a la Seguridad Social por sus empleados en determinado período” – supuesto de

hecho de la Sentencia de 21 de enero de 2014 – o del impago de cuotas debidas a la Seguridad Social que generan una sanción administrativa – supuesto contenido en la Sentencia de 28 de octubre de 2013 –.

Las razones que llevaban al Tribunal Supremo a entender competente en este asunto al orden jurisdiccional contencioso-administrativo se basaban en la consideración de los actos recaudatorios como propios de dicha jurisdicción. Y ello, tras la interpretación en este sentido del artículo 3 f), que excluye del conocimiento del orden social las impugnaciones de los actos administrativos de la Seguridad Social en materia de liquidación de cuotas, de las actas de liquidación y actas de infracción vinculadas a dicha liquidación de cuotas y con respecto a los actos de gestión recaudatoria, correspondiendo la competencia al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

También venía siendo aceptado por el Tribunal Supremo en reiteradas Sentencias, que quedaban excluidos del ámbito jurisdiccional del orden social no sólo las controversias sobre recaudación en sentido estricto, sino todas aquellas que tuvieran por objeto la declaración de la existencia de la obligación de cotizar o la determinación del importe y alcance de las cotizaciones, “sin que el hecho de que no exista un acto administrativo previo de liquidación contra el que se recurra altere la regla de competencia que rige también cuando la reclamación de cotización se dirige frente al empresario para que éste proceda al abono de las cotizaciones que se estimen procedentes”<sup>1</sup>. Y es que el Tribunal Supremo, ha venido interpretando el antiguo artículo 3.1 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, y el actual artículo 2 letra s), más concretamente en relación con el concepto de actos de gestión recaudatoria, que estos se excluyen de la competencia del orden social. De este modo, la exclusión, indicaba el alto Tribunal, “no se limita cuando se refiere a las cotizaciones a su sentido estricto, referido a la actividad encaminada a hacer efectivo el cobro de una deuda ya declarada y fijada en su importe, sino que tal expresión alcanza, cuando se trata de cotizaciones, no sólo a esas operaciones materiales de cobro, sino también a la declaración de la existencia de la obligación de cotizar y a la determinación de su importe”<sup>2</sup>.

Y los argumentos expuestos por el TS para considerar tal interpretación eran, en primer lugar, la propia redacción del precepto, que interpretaba en

<sup>1</sup> Sentencias del TS (Sala 4ª) de 10 de noviembre de 2003 (rec. 3819/2002), 5 de diciembre de 2003 (rec. 3543/2002) y 12 de julio de 2004 (rec. 1156/2003).

<sup>2</sup> Vid. Sentencia del TS de 22 de abril de 2002 y 10 de noviembre de 2003 (rec. 3819/2002).

sentido amplio, incluyendo en la gestión recaudatoria tanto la actividad que comprende los actos de declaración de deuda como los de fijación de su importe (liquidación). Y, en segundo lugar, por la remisión al concepto de gestión recaudatoria que aparece en la Ley General de Seguridad Social, que, conforme a la interpretación del alto Tribunal, incluía todos estos actos administrativos.

La Sentencia comentada opta por rectificar este criterio de interpretación, apuntado sobre todo en dos sentencias anteriores para realizar ahora una interpretación mucho más restrictiva del precepto de la LRJS y más acorde con el objetivo recogido en la Exposición de Motivos de esta norma, que concentra ante la jurisdicción social “por su mayor especialización, el conocimiento de todas aquellas materias que, de forma directa o por esencial conexión, puedan calificarse como sociales”.

## **2. LA CONTROVERTIDA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ORDEN SOCIAL Y EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL**

Podemos afirmar que la distribución de competencias entre los dos órdenes jurisdiccionales – social y contencioso-administrativo – no ha resultado ser una cuestión clara o pacífica a lo largo de los últimos años. Y ello por cuanto no hemos podido encontrar una regulación clara y suficientemente precisa para resolver los conflictos de competencia que ello plantea. Veamos brevemente el camino seguido por el legislador para regular esta materia.

Hemos de partir del artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ, en adelante), que encomienda a la jurisdicción social “las reclamaciones en materia de Seguridad Social”<sup>3</sup>, sobre la base de un criterio de carácter objetivo, cual es la especificidad de la materia de Seguridad Social, más cercana a la rama social del Derecho<sup>4</sup>. No obstante, el apartado 4 del mismo artículo, al regular las competencias del orden contencioso-administrativo atribuye a este orden las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujetas al derecho administrativo, utilizando en este caso

<sup>3</sup> Art. 9.5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

<sup>4</sup> Así lo expresa Cavas Martínez, F., “La materia contenciosa de Seguridad Social: distribución y delimitación de competencias entre el orden social y el orden contencioso-administrativo. Inconvenientes de la actual situación y propuesta de unificación del control jurisdiccional en el orden social”, en el libro colectivo *El futuro de la Jurisdicción Social*, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pág. 701.

un criterio puramente formal. De la combinación de ambos es difícil clarificar la competencia en materia de Seguridad Social, al tratarse ésta de una Administración pública sujeta al derecho administrativo.

Es por ello que la Ley de Procedimiento Laboral primero y la LRJS, desarrollaron esta distribución de competencias, tratando de dibujar una línea más o menos clara de división entre un orden y otro. No obstante, la configuración del cuadro de competencias del orden social y el contencioso-administrativo cuando se trata de impugnar actos administrativos de la Seguridad Social ha presentado algunas dificultades, precisamente por la *vis atractiva* que tiene el orden contencioso-administrativo para conocer las impugnaciones de los actos que provienen de la Administración, siempre que la actuación discutida se halle sujeta al Derecho administrativo<sup>5</sup>.

La Ley de Procedimiento Laboral trató de marcar una frontera entre el orden social y el contencioso de forma que quedaban fuera de la competencia del orden social, el conocimiento de las impugnaciones de determinados actos administrativos en materia de Seguridad Social que tuvieran naturaleza puramente recaudatoria; excluyendo así, desde sus inicios, la competencia sobre “las resoluciones dictadas por la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de gestión recaudatoria”, que se sustanciaban, por tanto, ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo<sup>6</sup>. Se mantenía de este modo la división de materias entre los dos órdenes, quedando las cuestiones relativas a las prestaciones de la Seguridad Social sometidas al orden social y las recaudatorias al orden contencioso-administrativo, dada su naturaleza puramente administrativa. Esta distribución de competencias resultó ampliamente criticada por la doctrina iuslaboralista que ha venido reclamando una norma que delimitara con mayor precisión la distribución de competencias entre un orden y otro, con el fin de poder llegar a unificar toda la materia social en un solo orden jurisdiccional<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Vid. Art. 9.4 de la LOPJ.

<sup>6</sup> Vid. Art. 3 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, BOE de 11 de abril de 1995.

<sup>7</sup> Esta idea está presente en la mayoría de los estudios sobre el futuro de la Jurisdicción social, vid. por todos, Cavas Martínez, F, op. cit. p. 73, Desdentado Bonete, A., “La jurisdicción de Seguridad Social entre el orden contencioso-administrativo y el orden social. Estado de la cuestión, reflexión crítica y propuesta de reforma” y Fernández Montalvo, R., “Competencia jurisdiccional contencioso-administrativa y control de actos administrativos en materia de seguridad social. Ventajas e inconvenientes de la unificación o separación de los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social”, ambos en *Foro de Seguridad Social*, número 15/16, 2006, pp. 206 y 194 respectivamente.

Posteriormente, la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, añadió un supuesto más a las competencias del orden contencioso-administrativo en materia de Seguridad Social, modificando el artículo 3.1 b) de la Ley de Procedimiento Laboral para incluir la impugnación de “las resoluciones y actos dictados en materia de inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, cobertura de la prestación de incapacidad temporal, afiliación, alta y baja y variaciones de datos de trabajadores, así como en materia de liquidación y gestión recaudatoria y demás actos administrativos distintos de los de gestión de prestaciones de la Seguridad Social”. Y ello por la conexión que estas materias presentaban con los actos de gestión recaudatoria que estaban, como sabemos, reservados a este orden jurisdiccional.

Se incluía, así, dentro de las competencias del orden contencioso-administrativo la impugnación de los actos de encuadramiento, quedando la división entre un orden y otro basada en lo prestacional, por un lado, y los actos de gestión recaudatoria y encuadramiento, por otro<sup>8</sup>.

Por su parte, la LRJS ha optado por elaborar un nuevo elenco de materias sometidas al orden jurisdiccional social (artículo 2) y otro de materias excluidas (art. 3), desechando afortunadamente la defectuosa redacción de la Ley de Procedimiento Laboral. Así, el artículo 2º de la LRJS reserva a los órganos judiciales de lo Social el conocimiento de las cuestiones litigiosas en materia de prestaciones de Seguridad Social y en materia de impugnación de actos de las Administraciones Públicas sujetos a derecho administrativo y que pongan fin a la vía administrativa, dictados en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia de Seguridad Social, incluyendo las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en esta materia y con la única excepción de las materias contenidas en la letra f) del artículo 3º. Excepción referida a los actos de encuadramiento, formalización de protección frente a riesgos profesionales, tarificación, así como en materia de liquidación de cuotas, actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas y con respecto a los actos de gestión recaudatoria. Añadiendo, por último, con carácter general los actos administrativos conexos a los anteriores y dictados por la Tesorería General de la Seguridad Social.

Quedaba así, de manera más clara, dividida la materia de Seguridad Social nuevamente entre los dos órdenes jurisdiccionales.

<sup>8</sup> Vid. un análisis de la evolución legislativa y jurisprudencial de este cambio en Lasaosa Irigoyen, E., “La extensión de la jurisdicción social en materia de Seguridad Social en el presente”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 159, 2013, versión electrónica, pp. 5 a 7.

Sin embargo, la cuestión se muestra aún más controvertida cuando se trata de impugnar actos administrativos emanados de la potestad sancionadora de la Administración relacionada con los actos de encuadramiento, liquidación o recaudación.

### **3. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LOS DOS ÓRDENES JURISDICCIONALES EN MATERIA SANCIONADORA DE SEGURIDAD SOCIAL**

Podemos advertir que en materia sancionadora, que es la que realmente ocupa a la Sentencia comentada, tampoco ha sido pacífica la distribución de dichas competencias, por lo que será necesario acudir también a la jurisprudencia sobre la materia para entender la regulación final y su interpretación por los tribunales de justicia.

La complicación surge realmente cuando la disposición adicional quinta de la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa modificó el artículo 3º de la Ley de Procedimiento Laboral, para añadir un apartado segundo a dicho precepto que contuviera un listado de materias de las que pudieran conocer los órganos jurisdiccionales del orden social. De este modo, se atribuía al orden jurisdiccional social el conocimiento de las pretensiones sobre “las resoluciones administrativas relativas a la imposición de cualesquiera sanciones por todo tipo de infracciones en el orden social, con las restricciones previstas en la letra b) del apartado 1 de este artículo”; excepción que venía referida a las resoluciones dictadas por la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de gestión recaudatoria, es decir, derivadas de actos de encuadramiento, liquidación y recaudación en Seguridad Social, en consonancia con las competencias atribuidas al orden social en ese precepto.

El legislador era consciente de la dificultad que entrañaba esta regulación por cuanto demoró la entrada en vigor efectiva de dicha atribución de competencia, condicionándola a la remisión por parte del Gobierno de un Proyecto de Ley que incorporara las modalidades y especialidades procesales a la Ley de Procedimiento Laboral<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Vid. disposición adicional 24.2 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, que modificó de nuevo el artículo 3 del TRLPL.

No obstante, esta nueva regulación no estuvo exenta de importantes críticas doctrinales que pusieron de manifiesto los problemas que se derivarían de tan complicada distribución de competencias. Se criticó, por un lado, el mantenimiento de la gestión recaudatoria en la jurisdicción contencioso-administrativa, justificado, según resaltaron algunos autores, solo por razones presupuestarias y económicas, ya que la mayoría de estos actos pueden considerarse perfectamente como pertenecientes a la rama social del Derecho<sup>10</sup>, resultando atraídos inmediatamente por el orden jurisdiccional social. Sin embargo, se optó por la solución contraria.

Por otra parte, las competencias relativas a la impugnación de actos administrativos emanados del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, cuyo control venía atribuyéndose tradicionalmente al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, quedaban ahora atribuidos a la jurisdicción social, con una excepción referida a las actas de liquidación concurrentes con actas de infracción por los mismos hechos.

De este modo, quedaba de nuevo sin resolver de una vez por todas el problema competencial. Podemos decir, por tanto, que hasta la entrada en vigor de la nueva LRJS, resultó competente para conocer de las pretensiones sobre infracciones administrativas en el orden social, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Por ello, lo que resultaba una cuestión en cierto modo lógica, que es la atribución de la materia sancionadora, es decir, la impugnación de actos administrativos sancionadores, al orden jurisdiccional que tuviese atribuida la competencia sustantiva sobre la materia sancionada, no pudo aplicarse, por resultar demorado en el tiempo el deber de elaborar un nuevo texto normativo de procedimiento laboral<sup>11</sup>.

Así, la nueva redacción de los artículos 2 y 3 de la Ley de Procedimiento Laboral pretendía dejar en el ámbito de la jurisdicción social las pretensiones sobre las resoluciones administrativas relativas a la imposición de sanciones por todo tipo de infracciones de orden social, excepto las que se refirieran a las mate-

<sup>10</sup> Vid. en este sentido Tolosa Triviño, C. “Otra vez sobre la delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso-administrativo”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 393, 1999.

<sup>11</sup> Demora que algunos calificaron de “sine die” y que resultó ampliamente criticada por la mayoría de la doctrina, Vid. en este sentido Tolosa Triviño, *ibidem*, y Valverde Asencio, A.J., “Competencia jurisdiccional para conocer de las pretensiones sobre infracciones administrativas en el orden social. Comentario al Auto del Tribunal Supremo (sala especial de competencia) de 10 de julio de 2006”, *Ius labor* 1/2007.

rias de Seguridad Social reservadas al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que son las de naturaleza puramente recaudatoria y los actos de encuadramiento.

Tampoco resultó pacífica la aplicación de la norma que quedó vigente, ya que generó importantes dudas, como la determinación del orden jurisdiccional competente cuando se trata de impugnar actos administrativos que impusieran sanciones relativas a la pérdida de prestaciones de la Seguridad Social. El Auto del Tribunal Supremo (Sala de Conflictos de Competencia) de 10 de julio de 2006<sup>12</sup> resolvió la cuestión declarando la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de las sanciones, impuestas a través de actas de infracción, consistentes en la pérdida de prestaciones de desempleo. Y ello sobre la base de un argumento normativo, ya que si bien el Tribunal Supremo reconoce que, en relación con la competencia para conocer de las infracciones en el orden social, “la vis atractiva más fuerte en este tipo de asuntos en que está en juego el *ius puniendi* corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa”, sin embargo, deja de aplicarse este principio cuando la sanción afecta a las prestaciones de la seguridad social<sup>13</sup>. Es posible encontrar incluso antes de este Auto del TS, algunas sentencias del mismo Tribunal que apuntan en esta línea de interpretación. Y es ésta la tendencia del Tribunal Supremo que deseamos destacar también en la Sentencia que comentamos. Incluso, podemos referirnos a algunos estudios doctrinales que también apuntaban en la línea de unificar el control jurisdiccional de estos actos administrativos en el orden social<sup>14</sup>.

La LRJS, como no podía ser de otro modo, recogió esta jurisprudencia y reguló en sus artículos 2 y 3 una nueva distribución de competencias entre el orden jurisdiccional social y el contencioso-administrativo que pretendió aclarar de una vez las situaciones más conflictivas relacionadas con el ámbito sancionador. Así lo expresa en su Exposición de Motivos cuando indica que “ha llegado pues el momento de racionalizar la distribución competencial entre los órdenes jurisdiccionales en el ámbito de las relaciones laborales. Con la nueva ley reguladora de la jurisdicción social se afronta una modernización de la norma a partir de la concentración de la materia laboral, individual y colectiva, y de Seguridad Social en el orden social y de una mayor agilidad en la tramitación procesal”. Y ello con el objetivo de garantizar los principios constitucio-

<sup>12</sup> Auto num. 26/2006, Conflicto de Jurisdicción 309/2006.

<sup>13</sup> Vid. el comentario sobre la cuestión en Valverde Asencio, A.J., op. cit.

<sup>14</sup> Vid. un resumen de estas opiniones doctrinales, así como de la jurisprudencia existente hasta el momento en Cavas Martínez, F., op. cit. pp. 695 y siguientes.

nales de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva. Se proclama así el principio de concentración en el orden social, como jurisdicción con competencia unificada, de los litigios sobre materias sociales.

Siguiendo este objetivo, señala la Exposición de Motivos también que otra de las cuestiones de mayor trascendencia en el ámbito laboral es la impugnación de los actos administrativos, singulares o generales, en materia laboral y de seguridad social, cuya competencia se atribuye al orden social. Tan sólo se excepcionan de esta regla general “determinados actos administrativos en materia de seguridad social más directamente vinculados con la recaudación de cuotas y demás recursos de la misma y la actuación de la Tesorería General de la Seguridad Social”.

No obstante, la regulación de nuevos artículos 2º y 3º de la LRJS tampoco ha resultado suficientemente clarificadora, generando algunos conflictos jurídicos, sin embargo, podemos observar en la interpretación realizada por los Tribunales una más clara tendencia a interpretar restrictivamente las competencias del orden contencioso-administrativo, reconociendo, en la mayoría de las ocasiones, la *vis atractiva* del orden jurisdiccional social cuando se trata de materias de Seguridad Social. Interpretación que sigue la línea tan reclamada por la doctrina iuslaboralista de concentrar en el orden social todas las cuestiones que afecten a la materia de Seguridad Social, incluyendo el control de la potestad sancionadora sobre la misma<sup>15</sup>.

#### **4. CONCLUSIONES: LA SOLUCIÓN APORTADA EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE JULIO DE 2015 Y LA NUEVA LÍNEA INTERPRETATIVA DE LOS TRIBUNALES DEL ORDEN SOCIAL**

La Sentencia del TS que comentamos rectifica la doctrina de las anteriores Sentencias de 21 de enero de 2014 y de 28 de octubre de 2013, sin duda,

<sup>15</sup> Solución aportada por ejemplo por CAvas Martínez, F. (2007), op. cit. p. 750; que incluso llega a proponer una posible reserva de la modalidad procesal de Seguridad Social “para conocer de las reclamaciones sobre prestaciones y regular una o varias modalidades o especialidades procesales, inspiradas en el proceso contencioso-administrativo, aunque sin perder de vista las señas de identidad de la jurisdicción social (celeridad, intermediación, gratuidad...) para el resto de los asuntos (gestión recaudatoria, sanciones...) en los que predomina el ingrediente de intervención administrativa”.

siguiendo la línea de interpretación del Auto del TS de 24 de septiembre de 2014<sup>16</sup>, que resuelve un conflicto de competencia sobre el mismo tema y declara la competencia del orden jurisdiccional social para el conocimiento de las impugnaciones relacionadas con el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de seguridad social, cuando se trata de sancionar la falta de afiliación de trabajadores sin haber practicado acta de liquidación de cuotas a la Seguridad Social.

Comenzando por el comentario del Auto de 24 de septiembre, la Sala de Conflictos de Competencia resuelve la cuestión de competencia planteada como consecuencia de la impugnación de una sanción impuesta por la Unidad de impugnaciones de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social, derivada del Acta de infracción de la Inspección de Trabajo como consecuencia de una infracción consistente en la falta de alta de los trabajadores en el Régimen General de la Seguridad Social (infracción grave conforme al art. 22.2 del TRLISOS), cuya sanción consiste en una multa administrativa y la pérdida automática de las ayudas y bonificaciones y beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo.

El Tribunal Supremo argumenta que la sanción se basó en el acta de inspección por falta de alta y considera importante tener en cuenta, en este caso, la regulación de la LRJS cuando expresa en su exposición de motivos el principio de concentración en el orden jurisdiccional social el conocimiento de todas las materias que puedan calificarse como sociales, con la sola excepción de reservar al orden contencioso-administrativo el conocimiento de las impugnaciones sobre determinados actos administrativos en materia de seguridad social, más directamente vinculados con la materia recaudatoria y la actuación de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Así, el Tribunal Supremo, de la lectura del artículo 2 LRJS deduce que “en este nuevo diseño competencial se atribuye, con carácter general, a la jurisdicción social el conocimiento de aquellas impugnaciones relacionadas con el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y... también el conocimiento de los asuntos relacionados con el régimen sancionador de la Seguridad Social, con las excepciones contenidas en la letra f) del artículo 3º de dicha norma”.

<sup>16</sup> Auto número 15/2014, de 24 de septiembre de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo (Aranzadi RJ/2014/4690)

Es por ello que, afirma el Tribunal, las excepciones contempladas en la citada letra del artículo 3, han de interpretarse de forma restrictiva, de modo que “si bien se excluye del orden jurisdiccional social los actos administrativos dictados en materia de Seguridad Social relativos a la afiliación, altas y bajas y en materia de liquidación de cuotas, por lo que respecta al ejercicio de la potestad sancionadora tan solo excluye las actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas y con respecto a los actos de gestión recaudatoria”. De modo que “no quedan comprendidos en dicha excepción los supuestos en el que la sanción ha sido impuesta por una infracción consistente en no haber dado de alta a un trabajador en el régimen general de la Seguridad Social cuando dicha infracción no lleva aparejada una liquidación de cuotas ni se haya suscitado controversia en torno al importe de las cuotas que se liquidan”.

Siguiendo esta línea interpretativa, la Sentencia del TS de 22 de julio de 2015, objeto de este comentario, resuelve un conflicto de competencia basado en un supuesto de hecho similar, consistente en la impugnación de una sanción por incumplimiento de la obligación de cotizar a la Seguridad Social, confirmada, en este caso, por el Consejo de Ministros. El Tribunal analiza nuevamente la atribución genérica de competencias del orden social recogida en el artículo 2º de la LRJS y las excepciones contempladas en el apartado f) del artículo 3º de la misma norma y concluye que “en el presente caso, se impugna la sanción impuesta a la empresa... como consecuencia del acta de infracción levantada por no haber ingresado en forma y plazo debidos las cuotas adeudadas a la TGSS... Ahora bien, dicha acta de infracción no está vinculada con un acta de liquidación de cuotas”. De este modo, en una interpretación restrictiva, como indicaba el Auto del TS de septiembre de 2014, del citado precepto, hemos de entender que se impugna el procedimiento sancionador, no la actuación administrativa recaída en un procedimiento de liquidación de cuotas, por lo que no estaríamos ante la excepción contemplada en el artículo 3.f) de la LRJS que excluye del conocimiento del orden social las impugnaciones en materia de “liquidación de cuotas, actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas y con respecto a los actos de gestión recaudatoria...”.

Sin duda, consideramos bastante acertada la conclusión del Tribunal Supremo tanto en el Auto como en la Sentencia, aunque hemos de reconocer que ello es debido a una interpretación de una norma que, a pesar de pretender aclarar la situación conflictiva generada anteriormente, dista mucho de ser una norma clara y precisa.

Podemos observar cómo los Tribunales sí parecen haber aceptado con normalidad este criterio, encontrando Sentencias de los TSJ que se pronuncian

en el mismo sentido<sup>17</sup>. Sin embargo, es necesario reivindicar, en aras de la garantía de los principios de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva la existencia de preceptos más claros y evitar así los conflictos de competencias que estas cuestiones suscitan. Coincidimos, por tanto, con quienes han venido reclamando una atribución completa al orden jurisdiccional social de las materias de Seguridad Social, exceptuando tan solo aquellas que pretendan sustanciar cuestiones puramente administrativas o de procedimiento administrativo<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Vid. por ejemplo STSJ C. Valenciana (Sala de lo Social) de 10 de febrero de 2015 (rec. 3090/2014) (JUR/2015/92248).

<sup>18</sup> Vid. Cavas Martínez, F., op. cit. p. 751, para quien “lo deseable sería identificar la competencia de cada orden jurisdiccional, singularmente cuando se trata de los órdenes contencioso-administrativo y social, con la rama del Derecho en que se fundan las pretensiones que actúan... En definitiva, ..., que se hagan coincidir las dimensiones material y adjetiva de la rama social del Derecho”.



---

# Reseña de Legislación



# COMENTARIO DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: MAYO A AGOSTO DE 2015

MARÍA DOLORES RUBIO DE MEDINA

*Doctora en Derecho. Funcionaria: DP. Convenios Colectivos*  
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

I. La mayoría de las disposiciones aprobadas en materia laboral durante el cuatrimestre de mayo a agosto de 2015 tienen su origen en la reorganización administrativa derivada del nuevo Gobierno autonómico constituido tras las elecciones andaluzas celebradas el pasado 22 de marzo de 2015, siendo destacable en el ámbito laboral las siguientes disposiciones:

## **1. DECRETO DE LA PRESIDENTA 12/2015, DE 17 DE JUNIO, DE LA VICEPRESIDENCIA Y SOBRE REESTRUCTURACIÓN DE CONSEJERÍAS (BOJA núm. 117, 18 de junio de 2015).**

La nueva organización autonómica se estructura en una Vicepresidencia y 13 Consejerías, que adoptan las siguientes denominaciones:

- Consejería de la Presidencia y Administración Local.
- Consejería de Economía y Conocimiento.
- Consejería de Hacienda y Administración Pública.
- Consejería de Educación.
- Consejería de Salud.
- Consejería de Igualdad y Políticas Sociales.
- Consejería de Empleo, Empresa y Comercio.
- Consejería de Fomento y Vivienda.
- Consejería de Turismo y Deporte.
- Consejería de Cultura.
- Consejería de Justicia e Interior.
- Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural.
- Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio.

En lo que se refiere a las competencias que se atribuyen a la nueva Consejería de Empleo, Empresa y Comercio, estas se relacionan en el art. 9, que aglutina funciones procedentes de tres consejerías distintas:

a) La Secretaría General de Innovación, Industria y Energía y las de la Secretaría General de Empleo, que en el legislatura anterior estaban adscritas a la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo.

b) Las competencias de formación profesional que tenía atribuidas la Consejería de Educación, Cultura y Deporte.

c) Las competencias en materia de comercio atribuidas a la Consejería de Turismo y Comercio anterior.

A la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio se le asignan todas las entidades que estaban adscritas a la desaparecida Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo; y siempre que las mismas no se hubieren adscrito a la Consejería de Economía y Conocimiento.

**2. DECRETO DE LA PRESIDENTA 14/2015, DE 17 DE JUNIO, POR EL QUE SE DESIGNAN LOS CONSEJEROS Y LAS CONSEJERAS DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA** (BOJA núm. 117, 18 de junio de 2015), por el que se designa como Consejero de Empleo, Empresa y Comercio a don José Sánchez Maldonado.

**3. DECRETO 210/2015, DE 14 DE JULIO, POR EL QUE SE REGULA LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO** (BOJA núm. 136, 15 de julio de 2015),

En su art. 1 concreta las materias sobre las que tiene competencia la citada Consejería, correspondiéndole:

a) La coordinación e impulso de las políticas activas de empleo y de intermediación laboral atribuidas por el artículo 3 de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo.

«b) Las relaciones laborales en sus vertientes individuales y colectivas, sin perjuicio de las competencias que corresponden a la Consejería de Hacienda y Administración Pública en relación con el personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía; condiciones de trabajo; mediación, arbitraje y conciliación; programas de tiempo libre; y en general las competencias atribuidas a la Autoridad Laboral en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, con excepción de la determinación de servicios mínimos en el supuesto de personal laboral o estatutario de empresas, entidades o instituciones públicas o privadas que presten un servicio esencial a la comunidad en el sector sanitario.

c) La prevención de riesgos laborales y la seguridad y salud laboral, promoviendo la cultura preventiva y la realización de las acciones que, combatiendo la siniestralidad laboral, garanticen la salud de las personas trabajadoras.

d) Las políticas favorecedoras de la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral, promoviendo la mejora de la empleabilidad de las mujeres, su seguridad y salud laboral, así como la promoción de la igualdad en el marco de la negociación colectiva.

e) Las competencias funcionales sobre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia laboral, asignadas a la Administración de la Junta de Andalucía.

f) Las competencias en materia de formación profesional para el empleo.

g) Las actividades industriales, energéticas y mineras, así como la cooperación económica y el fomento de las iniciativas y acciones en dicho campo.

h) Las competencias relativas al comercio y a la artesanía, mediante la planificación, la ordenación, la promoción y el desarrollo de dichas materias.

i) La coordinación y el desarrollo de políticas de innovación en general, y, en concreto, de los programas para el fomento del Emprendimiento Basado en la Innovación.

j) El Impulso, coordinación y desarrollo de las políticas para la implantación del Mercado Digital y de la Sociedad de la Información en Andalucía, sin perjuicio de las competencias que corresponden a la Consejería de la Presidencia y Administración Local en lo concerniente a las nuevas tecnologías aplicadas al gobierno abierto, transparencia y Portal de la Junta de Andalucía y de las competencias (que no hayan sido afectadas por el Decreto de la Presidenta 12/2015, de 17 de junio) que correspondan a la Consejería de Hacienda y Administración Pública en materia de política informática de la Administración de la Junta de Andalucía y sobre sistemas de información y de telecomunicaciones relacionados con las políticas de desarrollo de la sociedad digital.

k) El desarrollo de las infraestructuras de telecomunicaciones en Andalucía, así como la gestión de la Red Corporativa de Telecomunicaciones de la Administración de la Junta de Andalucía.

l) El desarrollo tecnológico aplicado a las empresas mediante el fomento de la implantación de nuevas tecnologías y, en concreto, de la inversión empresarial en materia tecnológica».

Para el desarrollo de las funciones que le han sido asignadas, en la Consejería se establece la tradicional estructura organizativa de órganos centrales, órganos periféricos, así como de las entidades que se le adscriben; teniendo la siguiente composición:

A) Órganos Directivos Centrales de la propia Consejería:

- Viceconsejería, cuyas competencias se describen en el art. 4 del Decreto.
- Secretaría General de Empleo con las competencias asignadas en el art. 5.
- Secretaría General de Innovación, Industria y Energía, siendo sus competencias y funciones las especificadas en el art. 6.
- Secretaría General Técnica, correspondiéndole las atribuciones del art. 7.
- Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, con las funciones que se desglosan en el art. 8.

- Dirección General de Formación Profesional para el Empleo, con las funciones previstas en el artículo 30 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, así como en el art. 9.2 del Decreto 210/2015.

- Dirección General de Industria, Energía y Minas, sus atribuciones se concretan en el art. 10 Decreto 210/2015.

- Dirección General de Comercio, con las funciones a las que se refieren los arts. 30 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre y 11. 2 de Decreto 210/2015.

- Dirección General de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información, siendo sus funciones las indicadas en el art. 12 del Decreto 210/2015.

B) El Servicio Andaluz de Empleo (SAE), cuyos órganos directivos son:

- Presidencia que recae sobre la persona titular de la Viceconsejería.

- Dirección-Gerencia, recae sobre la persona titular de la Secretaría General de Empleo.

- Secretaría General.

- Dirección General de Políticas Activas de Empleo.

- Dirección General de Evaluación, Control y Calidad.

Las funciones que corresponden a cada uno de estos órganos se especifican en el art. 13 al 16 del Decreto 210/2015.

C) La estructura vinculada a los servicios periféricos, que se han precisado en el DECRETO 304/2015, DE 28 DE JULIO, POR EL QUE SE MODIFICA EL DECRETO 342/2012, DE 31 DE JULIO, POR EL QUE SE REGULA LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL PROVINCIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA (BOJA núm. 147, 30 de julio de 2015).

En materia de Empleo no coincide el nombre de la Consejería con el de sus Delegaciones Territoriales, puesto que en cada una de las provincias de la Comunidad Autónoma de Andalucía continua existiendo una Delegación Territorial de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo. A cada una de estas Delegaciones Territoriales se le adscriben los servicios periféricos de las Consejerías de:

Economía y Conocimiento.

Empleo, Empresa y Comercio.

D) Las entidades adscritas a la organización, que además del SAE, son las siguientes:

- El Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales.

- La Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía.

- La Agencia Andaluza de la Energía.

- La Sociedad Andaluza para el Desarrollo de las Telecomunicaciones (Sandetel, S.A.).

- La Red Corporativa de Telecomunicaciones de la Administración de la Junta de Andalucía.

- La Red de Energía de la Administración de la Junta de Andalucía (R DEJA).
- El Consejo Económico y Social de Andalucía.
- El Consejo Andaluz de Relaciones Laborales y su Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (SERCLA).

II. El proceso de cambio de la estructura administrativa de la Consejería Empleo, Empresa y Comercio está culminando con los ceses de las personas titulares de los distintos órganos de la estructura y con los correspondientes nombramientos de las personas designadas para ser sus titulares y organizar la puesta en marcha de sus competencias y funciones.

A) La normativa en la que se precisan los ceses, es la siguiente:

- Decreto 163/2015, de 23 de junio, por el que se dispone el cese de don Luis Nieto Ballesteros como Viceconsejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo (BOJA núm. 121, 24 de junio de 2015).

- Decreto 176/2015, de 23 de junio, por el que se dispone el nombramiento de doña Antonia Jesús Moro Cárdeno como Viceconsejera de Empleo, Empresa y Comercio (BOJA núm. 121, 24 de junio de 2015).

- Decreto 247/2015, de 14 de julio, por el que se dispone el cese de don José Antonio Amate Fortes como Director General de Políticas Activas de Empleo (BOJA núm. 136, 15 de julio de 2015).

- Decreto 249/2015, de 14 de julio, por el que se dispone el cese de don Francisco Javier Zambrana Arellano como Director General de Seguridad y Salud Laboral. (BOJA núm. 136, 15 de julio de 2015).

- Decreto 248/2015, de 14 de julio, por el que se dispone el cese de don Manuel Gabriel Pérez Marín como Director General de Relaciones Laborales (BOJA núm. 136, 15 de julio de 2015).

- Decreto 246/2015, de 14 de julio, por el que se dispone el cese de don Antonio González Marín como Secretario General de Empleo. (BOJA núm. 136, 15 de julio de 2015).

- Decreto 376/2015, de 4 de agosto, por el que se dispone el cese de don Francisco Javier Zambrana Arellano como Director-Gerente del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales.

B) Los nuevos nombramientos han sido hechos públicos con las siguientes disposiciones:

- Decreto 278/2015, de 14 de julio, por el que se dispone el nombramiento de don Julio Samuel Coca Blanes como Secretario General de Empleo. (BOJA núm. 136, 15 de julio de 2015).

- Los nombramientos de los correspondientes Delegados Territoriales de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de las provincias de Jaén, Málaga, Sevilla, Córdoba se han hecho efectivos con su publicación en el BOJA núm. 152, 6 de agosto de 2015.

III. Finalmente, durante este periodo se han aprobado las siguientes disposiciones relacionadas con la creación de empleo o la asignación de partidas económicas:

**1. ACUERDO DE 7 DE JULIO DE 2015, DEL CONSEJO DE GOBIERNO, POR EL QUE SE APRUEBA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE GARANTÍA JUVENIL EN ANDALUCÍA (BOJA núm. 133, 10 de julio de 2015).**

Con esta norma que entró en vigor el 11 julio de 2015 se «aprueba la puesta en marcha del Sistema de Garantía Juvenil en Andalucía, en el marco de actuación del Plan Nacional de Implantación de la Garantía Juvenil en España, en cumplimiento de la Recomendación del Consejo Europeo el 22 de abril de 2013, sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil», tal como se indica en el art. 1.

La implementación se realizará a través de la labor de coordinación del Servicio Andaluz de Empleo, que será el interlocutor con: a) El resto de las Administraciones Públicas. b) Los órganos administrativos de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales. c) Los agentes sociales y entidades sin ánimo de lucro en el ámbito de la Comunidad. d) Asimismo se establecerá la colaboración con las entidades públicas y/o privadas que pueden contribuir a la atención de las personas jóvenes andaluzas.

La ejecución del contenido del Acuerdo se garantizará mediante un Comité de Seguimiento del Sistema de Garantía Juvenil, que estará integrado por: a) La Presidencia, que corresponderá al la persona titular de la Presidencia del Servicio Andaluz de Empleo. b) Representantes de las Consejerías de la Junta de Andalucía implicadas en la atención de las personas jóvenes. c) Representantes de los agentes económicos y sociales más representativos y de la Asociación de Municipios y Provincias de carácter autonómico de mayor implantación en Andalucía.

**2. ORDEN DE 7 DE JULIO DE 2015, POR LA QUE SE APRUEBA LA REASIGNACIÓN DE CRÉDITOS EN EL EJERCICIO 2015 DEL PROGRAMA EXTRAORDINARIO DE AYUDA A LA CONTRATACIÓN DE ANDALUCÍA REGULADO POR EL DECRETO-LEY 8/2014, DE 10 DE JUNIO, DE MEDIDAS EXTRAORDINARIAS Y URGENTES PARA LA INCLUSIÓN SOCIAL A TRAVÉS DEL EMPLEO Y EL FOMENTO**

**DE LA SOLIDARIDAD EN ANDALUCÍA Y POR LA ORDEN DE 20 DE MARZO DE 2015** (BOJA núm. 134, 13 de julio de 2015).

El origen de esta disposición se encuentra en la facultad que se concedió a los Ayuntamientos para solicitar su participación en el Programa Extraordinario de Ayuda a la Contratación de Andalucía regulado por el Decreto-ley 8/2014; ahora bien, si no presentaban la solicitud o ésta se realizaba por cantidad inferior a la asignada, el fondo resultante se repartía entre los restantes Ayuntamientos participantes, en el supuesto que estos lo hubieran manifestado en su solicitud. En consecuencia, se procede a realizar la reasignación de fondos no utilizados por un total de 78.266,16 euros, relacionándose en el Anexo los Ayuntamientos beneficiarios y la cuantía que se otorga a cada uno de ellos.

**3. RESOLUCIÓN DE 7 DE AGOSTO DE 2015, DE LA VICECONSEJERÍA, POR LA QUE SE ACUERDA LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DE LOS CRÉDITOS DISPONIBLES PARA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES DE LA INICIATIVA DE PROYECTOS DE INTERÉS GENERAL Y SOCIAL GENERADORES DE EMPLEO** (BOJA núm. 157, 13 de agosto de 2015).

El total de las cuantías máximas previstas en el artículo 3.2 del Decreto-ley 2/2015, de 3 de marzo, de medidas urgentes para favorecer la inserción laboral, la estabilidad en el empleo, el retorno del talento y el fomento del trabajo autónomo, para la Iniciativa de Proyectos de Interés General y Social generadores de empleo se asignan por ámbito territorial, en función de la media entre la tasa de demandantes no ocupados mayores de 30 años y el número de solicitudes presentadas, un total de 15.000.000,00 €; asignándose a cada provincia las siguientes cantidades Almería: 1.310.789,00 €; Cádiz: 2.013.936,00 €; Córdoba: 2.123.259,00 €; Granada: 1.873.786,00 €; Huelva: 1.590.871,00 €; Jaén: 1.290.202,00 €; Málaga: 1.906.933,00 €; y, Sevilla: 2.890.225,00 €.



## **CALL FOR PAPERS FOR THE 2016 MARCO BIAGI AWARD**

To stimulate scholarly activity and broaden academic interest in comparative labour and employment law, the International Association of Labour Law Journals announces a Call for Papers for the 2016 Marco Biagi Award. The award is named in honor of the late Marco Biagi, a distinguished labour lawyer, victim of terrorism because of his commitment to civil rights, and one of the founders of the Association. The Call is addressed to doctoral students, advanced professional students, and academic researchers in the early stage of their careers (that is, with no more than three years of post-doctoral or teaching experience).

The Call requests papers concerning *comparative and/or international* labour or employment law and employment relations, broadly conceived. Research of an empirical nature within the Call's purview is most welcome.

Submissions will be evaluated by an academic jury to be appointed by the Association. Submitted papers should include an abstract.

The paper chosen as the winner of the award will be assured publication in a member journal, subject to any revisions requested by that journal.

Papers may be submitted preferably in English, but papers in French or Spanish will also be accepted. The maximum length is in the range of 12,500 words, including footnotes and appendices. Substantially longer papers will not be considered.

The author or authors of the paper chosen as the winner of the award will be invited to present the work at the Association's 2016 meeting which is to be announced soon on the website of the Association. Efforts are being undertaken to provide an honorarium and travel expenses for the presentation of the paper. Until that effort bears fruit, however, the Association hopes that home institutional funds would be available to support the researcher's presentation.

The deadline for submission is 31 March 2016. Submissions should be sent electronically in Microsoft Word both to *Lavoro e diritto* at [lavoroediritto@unife.it](mailto:lavoroediritto@unife.it) and to Frank Hendrickx, the President of the Association, at [Frank.Hendrickx@law.kuleuven.be](mailto:Frank.Hendrickx@law.kuleuven.be).

## The International Association of Labor Law Journals

- Análisis Laboral*, Peru  
*Arbeit und Recht*, Germany  
*Australian Journal of Labor Law*, Australia  
*Bulletin on Comparative Labour Relations*, Belgium  
*Canadian Labour and Employment Law Journal*, Canada  
*Comparative Labor Law & Policy Journal*, USA  
*Derecho de las Relaciones Laborales*, Spain  
*Diritti lavori mercati*, Italy  
*Employees & Employers*, Slovenia  
*Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA)*, Germany  
*European Labour Law Journal*, Belgium  
*Giornale di Diritto del lavoro e relazioni industriali*, Italy  
*Industrial Law Journal*, United Kingdom  
*Industrial Law Journal*, South Africa  
*International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*,  
 The Netherlands  
*International Labour Review*, ILO  
*Japan Labor Review*, Japan  
*Labour and Social Law*, Belarus  
*Labour Society and Law*, Israel  
*La Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale – RGL*, Italy  
*Lavoro e Diritto*, Italy  
*Pécs Labor Law Review*, Hungary  
*Revista de Derecho Social*, Spain  
*Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, France  
*Revue de Droit du Travail*, France  
*Rivista giuridica del lavoro e della sicurezza sociale*, Italy  
*Russian Yearbook of Labour Law*, Russia  
*Temas Laborales*, Spain  
*Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht*,  
 Germany

### Prior Recipients of the Marco Biagi Award

- 2015 Uladzislau Belavusau (Vrije Universiteit Amsterdam, the Netherlands), *A Penalty Card for Homophobia from EU Labor Law: Comment on Asociația ACCEPT (C-81/12)*.
- 2014 Lilach Lurie (Bar-Ilan University, Israel), *Do Unions Promote Gender Equality?*  
Special Commendation: Isabelle Martin (University of Montreal, Canada), *Corporate Social Responsibility as Work Law? A Critical Assessment in the Light of the Principle of Human Dignity*
- 2013 Aline Van Bever (University of Leuven, Belgium), *The Fiduciary Nature of the Employment Relationship*
- 2012 Diego Marcelo Ledesma Iturbide (Buenos Aires University, Argentina), *Una propuesta para la reformulación de la conceptualización tradicional de la relación de trabajo a partir del relevamiento de su especificidad jurídica*  
Special Commendation: Apoorva Sharma (National Law University, Delhi, India), *Towards an Effective Definition of Forced Labor*
- 2011 Beryl Ter Haar (Universiteit Leiden, the Netherlands), Attila Kun (Károli Gáspár University, Hungary) & Manuel Antonio Garcia-Muñoz Alhambra (University of Castilla-La Mancha, Spain), *Soft On The Inside; Hard For the Outside. An Analysis of the Legal Nature of New Forms of International Labour Law* Special Commendation: Mimi Zou (Oxford University, Great Britain), *Labour Relations With “Chinese Characteristics”? Chinese Labour Law at an Historic Crossroad*
- 2010 Virginie Yanpelda, (Université de Douala, Cameroun), *Travail décent et diversité des rapports de travail* Special Commendation: Marco Peruzzi (University of Verona, Italy), *Autonomy in the European social dialogue*

### Association’s Award Prior to Naming as Marco Biagi Award

- 2009 Orsola Razzolini (Bocconi University, Italy), *The Need to Go Beyond the Contract: “Economic” and “Bureaucratic” Dependence in Personal Work Relations*



## 1. ESTUDIOS

La nueva regulación en Italia del contrato indefinido de “tutela creciente” entre el derecho y economicismo y los imperativos constitucionales

Valerio Speziale

Las recomendaciones europeas a los mercados de trabajo: una huida del Derecho Social Europeo  
J. Eduardo López Ahumada

La prohibición de incrementar injustificadamente las bases de cotización en edades próximas a la jubilación

Francisco Andrés Valle Muñoz

El complemento por discapacidad y la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad en la negociación colectiva de los últimos años (2012-2014)

David Gutiérrez Colominas

## 2. MERCADO DE TRABAJO

Recuperación económica y subempleo en el mercado de trabajo español

Santos Ruesga Benito, José Luis Martín Navarro, Laura Pérez Ortiz y Ana Isabel Viñas Apaolaza

## 3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

### NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Universidad de Almería

Ultraactividad excepcional del convenio colectivo

Juan Escribano Gutiérrez

### RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Loyola Andalucía

Reconsideración sobre la equiparación entre enfermedad y discapacidad

M<sup>a</sup> Teresa Velasco Portero

### EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Internacional de La Rioja

Selección de trabajadores afectados por despido colectivo y discriminación por razón de edad

Raquel Poquet Catalá

### DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

Distribución de competencias entre el orden jurisdiccional social y el contencioso-administrativo en materia de impugnación de sanciones administrativas por impago de cuotas de la seguridad social

María Luisa Pérez Guerrero

## 4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía

M<sup>a</sup> Dolores Rubio de Medina