

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
132/2016 - Primer Trimestre

132



JUNTA DE ANDALUCÍA

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

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

132

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. GALLEGU MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

CONSEJO DE REDACCIÓN

JOSÉ SÁNCHEZ MALDONADO	Consejero de Empleo, Empresa y Comercio
ÁNGEL J. GALLEGU 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 132/2016
Primer Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

La existencia de la empresa en el mundo de Oliver E. Williamson	13
MANUEL ALCAIDE CASTRO	
La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo.....	73
JESÚS CRUZ VILLALÓN	
Marina mercante, derechos de conciliación y negociación colectiva, ¿es posible conciliar a bordo de un buque?.....	123
Mª ISABEL RIBES MORENO	
Eficacia de los “permisos por acontecimientos familiares” desde la perspectiva de las personas trabajadoras: una propuesta de mejora normativa.....	153
PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS	

2. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

PODER DE DIRECCIÓN Universidad de Córdoba La contractualización de las condiciones de trabajo del convenio colectivo estatutario: un nuevo paradigma judicial.....	193
Mª INMACULADA BENAVENTE TORRES	
EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Universidad Pablo de Olavide Despido y derecho a la intimidad informática ¿Un sistema de garantías pendiente de construcción?	219
ESTHER CARRIZOSA PRIETO	
PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Universidad de Granada La extinción de la prestación por desempleo como sanción ante el incumplimiento del deber de comunicación del desempeño de una actividad profesional	233
BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA	

3. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía	255
Mª 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 y/o chano@uhu.es. De su recepción se acusará recibo por el mismo medio en el plazo máximo una semana.

De acuerdo con el formato que caracteriza a la Revista -que puede consultarse en detalle en el espacio web 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 132/2016
First Trimester**

INDEX

1. STUDIES

The existence of the company in the world by Oliver E. Williamson.....	13
MANUEL ALCAIDE CASTRO	
The methodology of research in the labour law.....	73
JESÚS CRUZ VILLALÓN	
Merchant Marine, conciliation and collective bargaining rights, is it possible to conciliate aboard a ship?.....	123
M ^a ISABEL RIBES MORENO	
Efficacy of “permissions for family events” from the perspective of working people: a proposal for regulatory improvement.....	153
PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS	

2. JUDICIAL COMMENTS

EMPLOYMENT CONTRACT REGIME	
University of Cordoba	
The contractual nature of the working conditions of the statutory collective agreement: a new legal paradigm	193
M ^a INMACULADA BENAVENTE TORRES	
THE END OF THE EMPLOYMENT CONTRACT	
University Pablo de Olavide	
Dismissal and computer privacy a pending construction guarantees system?	219
ESTHER CARRIZOSA PRIETO	
SOCIAL SECURITY BENEFITS	
University of Granada	
The extinction of the provision by unemployment as a sanction to the breach of the duty of communication of the performance of a work	233
BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA	

3. LEGISLATIVE REMARKS

Legislative comment about the Autonomous Community of Andalusia	255
M ^a DOLORES RUBIO DE MEDINA	

LA EXISTENCIA DE LA EMPRESA EN EL MUNDO DE OLIVER E. WILLIAMSON

MANUEL ALCAIDE CASTRO

Catedrático de Organización de Empresas
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras clave: Empresa, relación de empleo, mercado, racionalidad limitada, costes de transacción

O. E. Williamson¹ constituye uno de los más importantes referentes del programa de investigación de los costes de transacción y su explicación acerca de la existencia de la empresa goza de una considerable aceptación. El objetivo del presente trabajo consiste en el análisis crítico de las suposiciones, explícitas e implícitas, en las que esta explicación tiene su base: la pre-existencia del mercado, la racionalidad limitada, el oportunismo, la libertad contractual, el principio de eficiencia y la ignorancia relativa de otros factores relevantes al margen de los costes de transacción. Las críticas realizadas tienen su origen en enfoques teóricos tan diferentes como el Modelo Neoclásico, la Economía Institucional, la Teoría de los Recursos y Capacidades, el Análisis de la empresa con base en el conocimiento, la Economía Evolutiva y el pensamiento de tradición marxista, junto a objeciones que provienen de autores de difícil adscripción teórica. En la actualidad, pasados cerca de 80 años desde que se comenzara a proporcionar una respuesta explícita al interrogante de por qué existen las empresas, no se dispone de una explicación unánimemente aceptada.

ABSTRACT

Key words: Company, relationship of employment, market, bounded rationality, transaction costs

O. E. Williamson is one of the most important references in the research program of the transaction costs and its explanation about the existence of the company enjoys a considerable acceptance. The aim of the present work consists in the critical analysis of the assumptions, explicit and implicit, that this explanation is based: the pre-existence of the market, bounded rationality, opportunism, contractual freedom, the principle of efficiency and the relative ignorance of other factors relevant to the margin of the transaction costs. Made criticisms have their origin in theoretical approaches as different as the neoclassical model, institutional economics, the theory of resources and capabilities, the analysis of enterprise based on knowledge, Evolutionary Economics and the thought of Marxist tradition, together with objections coming from authors of difficult theoretical assignment. Currently, nearly 80 years since it first began to provide an explicit answer to the question of why there are companies, are not available a unanimously accepted explanation.

¹ O. E. Williamson y E. Ostrom obtuvieron el Premio Nobel de Economía en 2009.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA EMPRESA EN EL ESQUEMA CONCEPTUAL DE O. E. WILLIAMSON
3. LA PREEXISTENCIA DEL MERCADO
4. LA RACIONALIDAD LIMITADA
5. EL OPORTUNISMO
6. LA LIBERTAD CONTRACTUAL
7. EL PRINCIPIO DE EFICIENCIA
8. EL ÉNFASIS EN LOS COSTES DE TRANSACCIÓN
9. CONCLUSIÓN
10. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

Pocos economistas estarían en desacuerdo con la afirmación de que las empresas han tenido un importante protagonismo en los cambios que se han producido en la historia reciente de la humanidad y en la evolución económica y social de la inmensa mayoría de los países. Dada esta relevancia, cabría esperar que dentro de la Ciencia Económica existiera una teoría sobre la empresa altamente sofisticada y desarrollada que pudiera ser utilizada para explicar su comportamiento con toda precisión y rigor (Hart, O., D., 1989, p: 1757). Sin embargo, cuando se reflexiona sobre esta institución surgen muchos interrogantes a los que resulta muy difícil dar una respuesta clara. Entre estos interrogantes uno de los más relevantes es el siguiente: ¿cuáles son las razones de la existencia de la empresa? Proporcionar una contestación convincente a esta pregunta, tan simple en apariencia, ha sido durante años el objetivo de numerosos especialistas.

El modelo neoclásico no invitaba a dar una respuesta a la pregunta planteada. Su explicación de la actividad económica solamente necesita de la coordinación entre individuos aislados en el mercado, por lo que la empresa compuesta por más de una persona resulta analíticamente superflua (Palermo, G., 2007 p: 149). En el paradigma neoclásico la empresa no es más que una unidad especializada que produce para el intercambio. Así, la mayor parte de las cuestiones relativas a su definición, identidad, estructura, límites externos y, desde luego, a su existencia, pueden ser radicalmente soslayadas². Se ignora el problema de las razones de su existencia porque en el mundo neoclásico las unidades productivas especializadas simplemente existen, constituyen un componente exógeno al modelo.

² En este paradigma la empresa no forma parte del campo de interés o de investigación de los economistas que no profundizan en lo que sucede en su interior. La empresa constituye una especie de “caja negra”, a la que también se denomina, a veces, “caja walrasiana”.

No es extraño que fuera un colaborador de J. M. Keynes, D. H. Robertson, uno de los primeros economistas que explícitamente se planteara la pregunta acerca de la existencia de la empresa en términos propicios para el desarrollo de ulteriores reflexiones: ¿por qué surgen las empresas como “...islas de poder consciente en un océano de cooperación inconsciente, como ‘grumos de mantequilla’ que se coagulan en un recipiente de leche”? (Robertson, D., H., 1923, p: 85)³.

Entre las primeras respuestas explícitas a esta pregunta se encuentra la proporcionada por M. Dobb⁴. Este autor considera que, sin la fuerza integradora de la institución empresarial, llegaría un momento en el que el aumento de la división del trabajo cristalizaría en desorden. Se trata de un argumento fácil de comprender y que parece dictado por razones de sentido común. Cuando se piensa en una empresa real y concreta, las razones de su existencia parecen tan obvias o evidentes que el interrogante que surge de forma inmediata es cómo se podría lograr la coordinación necesaria, sin su existencia, para fabricar el mismo producto o proporcionar el mismo servicio. La contestación que R. Coase⁵ proporcionó no deja, sin embargo, lugar a dudas: “...la respuesta a este argumento (de M. Dobb) es obvia. La ‘fuerza integradora en una economía diferenciada’ existe ya bajo el mecanismo de los precios. El logro principal de la ciencia económica es quizá haber demostrado que no hay razón para suponer que la especialización debe conducir al caos” (Coase, R., H., 1996, “La Naturaleza de la Empresa”, p: 31).

Las explicaciones desarrolladas por O. E. Williamson acerca de la existencia de la empresa tienen precisamente su origen en el artículo escrito por R. Coase en 1935 y publicado en 1937 bajo el título “La Naturaleza de la Empresa”⁶. La explicación proporcionada en este trabajo seminal fue tan atrevida como simple: “Sólo había necesidad de reconocer que la realización de las transacciones de mercado implicaban ciertos costes que deberían ser incluidos en los análisis, algo que los economistas no habían hecho (Coase, R., H., 1996, “La Naturaleza de la Empresa: significado”, p: 67)... En 1937... introduje los costes de transacción para explicar el surgimiento de la empresa, y eso fue todo” (Coase, R., H., 1996, “La Naturaleza de la Empresa: influencia”, p: 87). “Eso fue

³ Citado por Coase, R., H., 1996, *La Naturaleza de la Empresa*, p:31.

⁴ Citado por Coase, R., H., 1996, *La Naturaleza de la Empresa*, pp:41-42.

⁵ Premio Nobel de Economía en 1991.

⁶ A pesar del título de su artículo, R. Coase profundiza más en las razones de la existencia de la empresa que realmente en su naturaleza.

todo” porque es en la existencia de estos costes donde R. Coase encuentra la razón última de la institución empresarial⁷ y, más concretamente, de la empresa capitalista clásica o típica con asalariados a la que también se denomina “empresa coasiana”⁸.

2. LA EMPRESA EN EL ESQUEMA CONCEPTUAL DE O. E. WILLIAMSON

En el esquema conceptual de O. E. Williamson la empresa surge del mercado a través de la libre interacción entre individuos imperfectos y desiguales que operan en contextos también imperfectos, para lograr economías en materia de costes de transacción (Palermo, G., 2007, p: 544)⁹. Son individuos imperfectos por ser proclives al oportunismo y porque intentan comportarse de forma racional, pero solo lo consiguen de manera limitada. Son desiguales porque se diferencian en sus capacidades y aptitudes naturales. Operan en contextos imperfectos, porque con frecuencia el entorno se caracteriza por la complejidad, la incertidumbre y la existencia de condiciones no competitivas (Marginson, P., 1993, p: 134).

⁷ R. Coase afirma: “Hasta este punto el argumento se ha desarrollado bajo el supuesto de que no existen costes para llevar a cabo las transacciones de mercado. Esto es, obviamente, un supuesto muy irreal. Para llevar a cabo transacciones de mercado es necesario, entre otras cosas, descubrir con quién deseamos realizar transacciones, informar a las personas con las que deseamos desarrollar estas transacciones y en qué términos, llevar a cabo negociaciones para llegar a un acuerdo, redactar el contrato, llevar a cabo la inspección o el control necesario para asegurarnos de que los términos del contrato se observan, etc. Estas operaciones son, a menudo, muy costosas; suficientemente costosas como para impedir que se celebren muchas transacciones que se llevarían a cabo en un mundo en el que el sistema de precios funcionara sin costes” (Coase, R., H., 1960, p: 15). O. E. Williamson diferencia entre costes de transacción ex ante y ex post. Los primeros son los costes de elaborar borradores, de negociar, y de salvaguardar el acuerdo. Los segundos abarcan, aparte de los costes administrativos normales, los costes de adaptación en los que se incurre cuando las transacciones se desvían de lo establecido, los costes de regateo en los que se incurre cuando se hacen esfuerzos bilaterales para corregir el mal alineamiento de intereses ex post y los costes para tratar de asegurar que se cumple con los compromisos contraídos (Williamson, O. E., 1985, pp: 20-21). “A pesar de utilizar el término de forma continua, Williamson no proporciona una definición adecuada de los costes de transacción. No es que ignore el problema ya que en uno de sus artículos señala que el concepto requiere de una definición más precisa, pero en vez de caracterizarlo lo que hace es enumerar una lista de factores...” (Hodgson, G., M., 1993, p: 81).

⁸ R. Coase, en una réplica a G. Hodgson, citada por este último autor, deja claro que la empresa a la que está haciendo referencia, cuando reflexiona acerca de las razones de su existencia, es a la empresa capitalista típica o clásica, es decir, con salarios (Hodgson, G., 1999, p: 223, cita nº 3).

⁹ O. E. Williamson postula que “...el propósito principal y el efecto de las instituciones económicas del capitalismo es lograr economías en los costes de transacción” (Williamson, O., E., 1985, p: 17).

La explicación en la obra de O. E. Williamson acerca de las razones de la existencia de la empresa se desarrolla en dos fases:

- En una primera, trata de justificar el nacimiento de una “organización interna” como alternativa al mercado. El concepto de “organización interna” lo utiliza para hacer referencia a todo un conjunto de formas o modos de organización de las actividades económicas de producción que no tienen como base un sistema de precios (Williamson, O., E., 1975, pp: 29-35)¹⁰.

- En otra segunda, trata de explicar por qué la relación de autoridad prevalece sobre otras formas de “organización interna”, debido a sus mayores economías en materia de costes de transacción. La relación de autoridad constituye una forma de “organización interna” que se puede considerar coincidente con el concepto de “empresa coasiana”, al estar caracterizada por la propiedad capitalista de equipos e inventarios y por la autoridad¹¹ que surge de la relación de empleo¹² entre el capitalista y el

¹⁰ Más adelante se profundiza en el mercado como una forma de organizar las actividades económicas de producción.

¹¹ No todos los autores están de acuerdo con la idea de que la autoridad constituye el rasgo esencial y caracterizador de la empresa. Así, por ejemplo, A. A. Alchian y H. Demsetz indican que la autoridad formal en el seno de la institución empresarial es solamente una apariencia, una ilusión, algo formal y no sustancial, porque el empresario no tiene más poder sobre los trabajadores que el que tiene un cliente sobre su proveedor: “Decirle a un empleado que haga tal o cual cosa es lo mismo que cuando un cliente indica a su tendero que le venda una lata de atún en vez de una barra de pan.... El empresario puede despedir al trabajador o demandarlo ante los tribunales, del mismo modo que un cliente puede dejar de comprar a un proveedor o demandarlo por la venta de productos en mal estado” (Alchian, A., A., Demsetz, H., 1972, p: 777). Se puede indicar que cuando A. A. Alchian y H. Demsetz observan con detalle el interior de la “caja negra”, que es la empresa para el pensamiento neoclásico, lo que ven es algo similar a lo que hay fuera, ya que para ellos la empresa no es más que una forma de mercado. Además, al negar cualquier forma de poder en el seno de la institución empresarial, estos autores llevan la competencia perfecta al interior de la misma, sin costes de clase alguna asociados a la rotación de los empleados. O. E. Williamson se muestra explícitamente contrario a esta concepción al considerar que en las empresas se ejerce una autoridad que no se puede ejercer en los mercados (Williamson, O., E., 1991, p: 276). Además, J. Moore corrige a A. A. Alchian y H. Demsetz indicando que cuando el proveedor de servicios es un empleado y es despedido no pueden volver a la tienda, almacén, comercio o empresa. Sin embargo, cuando lo que existe es una relación mercantil y simplemente un cliente deja de comprar, el tendero despedido vuelve a la mañana siguiente a su establecimiento, tan solo, con un cliente menos (Moore, J., 1992, p: 495).

¹² En virtud de esta forma de contratación, el trabajador vende su fuerza de trabajo a un determinado precio y a cambio se compromete a realizar, dentro de ciertos límites (zona de

trabajador (Williamson, O., E., 1980, p: 17)¹³. Se trata de un concepto de empresa que excluye, por tanto, a la “empresa unipersonal”, al *partnership*¹⁴, a la familia como unidad productiva, a las cooperativas sin asalariados, al *putting-out system*¹⁵, etc.

O. E. Williamson establece también diferencias entre la fábrica y la relación de autoridad. Para este autor, la primera hace referencia simplemente a un sistema de producción en el que los trabajadores se agrupan bajo “un solo techo” (Williamson, O. E. 1983, p: 59)¹⁶. Así, la fábrica permite modos de organización de la producción diferentes de la relación de autoridad, como es el caso de la denominada “contratación interna” o *marchandage*¹⁷.

No obstante, diversos autores han puesto de manifiesto las estrechas relaciones que existen, desde un punto de vista histórico, entre la fábrica y la rela-

cepción), las actividades y tareas que en cada momento determine el empresario, aceptando la autoridad de este en materia de disciplina, organización y métodos de trabajo.

¹³ O. E. Williamson también utiliza el término “jerarquía simple” para referirse a un modo de “organización interna” en la que prevalece alguna forma de subordinación y en la que la propiedad no tiene carácter grupal. No obstante, considera que lo normal es que la “jerarquía simple” tome la forma de una relación de autoridad, afirmando: “Por lo general en la ‘jerarquía simple’ la relación superior subordinado tiene como base el contrato de empleo” (Williamson, O., E., 1975, p: xv).

¹⁴ Fórmula en la que todos los socios son a la vez empresario y trabajador y que tuvo una especial relevancia en algunos países en las fases iniciales del desarrollo capitalista.

¹⁵ O. E. Williamson define el *putting-out system* en los siguientes términos: “Un comerciante-coordinador provee las materias primas, es propietario de los inventarios del trabajo en proceso y celebra contratos con los empresarios individuales, cada uno de los cuales desempeña una de las operaciones básicas en su hogar, usando su propio equipo. El material se mueve de una estación de trabajo a otra (de casa en casa) en lotes, bajo la dirección del comerciante-coordinador” (Williamson, O. E., 1980, pp: 14 y 15). Dos de las consecuencias lógicas de esta forma de producir para el comerciante-coordinador (*putter-outer*), también denominado en ocasiones comerciante-capitalista, son las siguientes: de una parte, que no paga en función del tiempo empleado en la producción, sino de la cantidad de producto obtenido por el trabajador doméstico. De otra, que puede controlar el producto fabricado, pero no el proceso de trabajo. Este último es controlado por el trabajador doméstico o por el cabeza de familia (Mokyr, J., 2001, p: 2).

¹⁶ Esta centralización de la producción es la responsable de la separación, en cuanto a localización, entre el consumo que se desarrolla en los hogares y la producción que tiene lugar en la fábrica.

¹⁷ Este modo de producción se diferencia de la relación de autoridad en que las personas que convierten las materias primas en productos terminados son contratistas internos, que a su vez contratan a sus propios empleados, supervisan el proceso de trabajo y cobran con base en la producción obtenida. En la relación de autoridad el trabajador está sujeto a una supervisión mucho más detallada que el contratista interno en el *marchandage* (Williamson, O. E., 1985, p: 219).

ción de autoridad. Así, S. R. H. Jones afirma que por motivos de consistencia, de poder explicativo y de comprensión histórica, resulta apropiado definir a la primera en términos de la segunda (Jones S., R., H., 1983, p: 64). Por su parte, R. Szostak indica al respecto: “Jones observó que la relación de autoridad era con mucha diferencia el método más común de organización en la fábrica. Yo iría más lejos. El obrero individual de la fábrica casi siempre se encontraba supervisado por alguien. Aunque se puedan encontrar algunos contraejemplos de artesanos cualificados trabajando por su cuenta dentro de las paredes de una fábrica, la mayoría de los trabajadores estaban estrechamente supervisados” (Szostak, R., 1989, pp: 343-344). Para este mismo autor, la transición a la producción centralizada (fábrica) y a la relación de autoridad son procesos históricamente inseparables (Szostak, R., 1989, p: 357).

En adelante, siguiendo el criterio de estos últimos autores y aún a riesgo de la existencia de algunos contraejemplos, fábrica, relación de autoridad y “empresa coasiana” van a ser considerados formas idénticas de organización de las actividades económicas de producción, o formas idénticas de “organización interna”.

Realizadas estas precisiones sobre la empresa en el esquema conceptual de O. E. Williamson, las suposiciones explícitas e implícitas en las que se basa para explicar y justificar su existencia son las siguientes:

3. LA PREEXISTENCIA DEL MERCADO

O. E. Williamson comienza su argumentación suponiendo que la empresa surge del mercado, es decir, suponiendo la preexistencia del mercado¹⁸. Este punto de partida genera un problema lógico inicial de indeterminación de la producción que, cuando se intenta resolver, da lugar a un problema histórico no menos relevante.

¹⁸ A este respecto señala: “Por resultar conveniente para la exposición, doy por hecho que ‘en el principio había mercados’...; no obstante de revertirse las condiciones iniciales, de modo que ‘en el principio había planificación central’, al emplearse “...la misma estructura de fallos, el foco de interés sería el mismo (o sea la asignación de la actividad económica al mercado o a la empresa, de modo tal que se ahorre en costes de transacción), dando lugar a la misma configuración eventual de transacciones entre la empresa y el mercado” (Williamson, O., E., 1975, pp: 20-21). “La única diferencia sería que las transacciones para las cuales ni la empresa ni el mercado representaban una ventaja, se asignarían al mercado en el primer conjunto de condiciones iniciales y a la empresa en el segundo” (Williamson, O., E., 1975, p: 21, cita nº 3). Así, dada la

- **El problema de la indeterminación de la producción.** Si se caracteriza el mercado como un lugar físico o conceptual donde se realizan intercambios, donde se cruzan ofertas y demandas de bienes y servicios, entonces mercados y empresas son realidades heterogéneas. En los primeros se intercambia lo que se producen en las segundas (Sawyer, M., C., 1993, p: 21). Pero si en el mercado no se produce, sino que simplemente se intercambia, ¿cómo puede ser considerado una forma de producción alternativa a la empresa? Expresado en otros términos, ¿quién produce en esos mercados sin empresas?¹⁹.

Una posible solución a este problema lógico se encuentra en interpretar el mercado como la producción de bienes y servicios desarrollada a través de un conjunto de productores o trabajadores independientes que establecen entre ellos relaciones exclusivamente de carácter mercantil²⁰.

pre-existencia mencionada, si las transacciones se desplazan del mercado a la empresa, se estará en un caso de fracaso del mercado y, si las transacciones continúan siendo desarrolladas por el mercado, se estará en un supuesto de fracaso de la empresa. No obstante, hay que indicar que O. E. Williamson se centra exclusivamente sobre los fracasos causados por los costes de transacción, sin considerar otras modalidades de fracasos o fallos de los mercados (Williamson, O., E., 1975, p: 20). “Este capítulo tiene la limitada finalidad de explicar por qué surgen grupos primarios de trabajo... tal como la ‘jerarquía simple’. Para los propósitos de esta exposición yo supongo que la contratación autónoma es inicialmente ubicua y formulo la pregunta: ¿por qué esta contratación podría ser reemplazada por una organización que no es de mercado y cuáles son las formas de ‘organización interna’ que aparecerían primero?” (Williamson, O., E., 1975, p: 41).

¹⁹ F. C. Fourie argumenta que, sin empresas que produzcan, no hay productos que puedan ser intercambiados a través de transacciones de mercado, ya que un mercado al contrario que una empresa no puede producir (Fourie, F., C., 1989, pp: 144-145; Fourie, F., C., 1993, p: 44). M. Dietrich indica “...sugerir que el intercambio puede tener lugar sin producción y distribución (es decir, sin empresas) es algo que resulta claramente imposible” (Dietrich, M., 1991, pp: 41-42). Como afirman G. Meramveliotakis y D. Milonakis, el punto de partida para explicar la existencia de la empresa no puede ser un sistema económico sin empresas junto con el postulado de la preexistencia del mercado (Meramveliotakis, G., Milonakis, D., 2010, p: 1061). Como indican D. Ankarloo y G. Palermo, de manera lógica la empresa precede al mercado y no viceversa (Ankarloo, D., Palermo, G., 2004, p: 421).

²⁰ “...es posible concebir otras formas de organizar la producción diferentes de la empresa. El caso más obvio es el de una comunidad de personas auto-empleadas coordinadas a través del mercado, y en el que cada productor individual intercambia sus productos directamente en el mercado” (Hodgson, G., M., 1993, pp: 79 y 80). “Resulta claro que Coase (1937) está comparando la empresa capitalista, como sistema para la organización de la producción, con un sistema de coordinación a través del mercado de productores auto-empleados” (Hodgson, G., M., 1993, p: 80). “El sistema de mercado puro de O. E. Williamson es, en realidad, un sistema de unidades productivas individuales o unipersonales (a las que no denomina empresas, ya que su definición de la empresa está basada en el contrato de empleo). Si esto se considera cierto entonces no es correcto afirmar que el problema de la producción no se encuentra definido en el mundo de

Sería una situación en la que el sistema de precios tendría un protagonismo absoluto en la organización de la actividad económica²¹.

En realidad lo que esta interpretación hace es contraponer:

- De una parte, la producción de bienes y servicios a través de unidades productivas especializadas unipersonales y relacionadas a través del mercado.

- De otra, la producción de estos mismos bienes o servicios a través de una única unidad productiva especializada y formada por el mismo conjunto de trabajadores, que establecen entre ellos relaciones que, en este caso, no son de mercado.

Mientras que a la primera opción se le denomina producción a través del mercado, a la segunda se le denomina producción a través de la empresa. Esta es la interpretación que permite contraponer empresa y mercado en el esquema conceptual tanto de R. Coase como de O. E. Williamson. De aquí que lo que ambos autores tratan de explicar sea la existencia de la “empresa coasiana” y no de cualquier tipo de empresa, entre otras razones, porque la preexistencia del mercado supone la preexistencia de la empresa unipersonal.

Williamson; existe, aunque no se hace explícito... una posibilidad es interpretar a la jerarquía como una alternativa al productor individual aislado conectado a través de relaciones de mercado.” (Ankarloo, D., Palermo, G., 2004, pp: 421-425).

²¹ La división del trabajo unida a la necesidad de un suministro continuado de bienes y servicios exige, a cualquier sociedad, organizar dos tipos de actividades económicas que deben desarrollarse de forma sucesiva: la producción y la distribución de lo producido entre los componentes de la comunidad. Es necesario determinar los productos o servicios que cada persona tiene que suministrar o bien las actividades, funciones o tareas que tienen que desarrollar, en tiempo y forma, en orden a la consecución de los primeros. También es necesario proceder a la distribución de lo así producido, para fines que a su vez pueden llegar a ser muy diversos: el consumo, la acumulación, la donación, el intercambio o, incluso, la destrucción, tal como ocurría en algunas sociedades primitivas. “Que todas las sociedades deban tener una organización económica sustantiva significa que habrá similitudes y, por tanto, bases para la comparación incluso entre economías ampliamente diferentes” (Dalton, G., 1961, p: 10). Una posible forma de organizar las actividades económicas de producción y de distribución es a través de un sistema de precios. Como afirma K. Polanyi: “La economía de mercado implica un sistema auto-regulado; en términos más técnicos, se trata de una economía dirigida por los precios de mercado y nada más. Este sistema, capaz de organizar toda la vida económica (tanto en el terreno de la producción como de la distribución), sin ayuda o interferencia externa, merece sin duda el calificativo de auto-regulado” (Polanyi, K., 1992, p: 54).

- **El problema histórico.** La interpretación que permite soslayar la cuestión de la indeterminación de la producción plantea, sin embargo, un problema histórico. Se puede admitir la existencia de casos concretos en los que lo producido por una empresa haya sido producido anteriormente por un conjunto de trabajadores independientes que establecen entre ellos relaciones mercantiles²². Lo que resulta más difícil de aceptar es que la existencia de una economía formada por trabajadores especializados independientes haya sido, con carácter general, una realidad histórica previa a la existencia de la “empresa coasiana”. Para demostrar el escaso realismo histórico del punto de partida de la argumentación de O. E. Williamson, basta con realizar algunas reflexiones acerca del origen de la especialización y de los propios mercados.

- **El origen de la especialización.** La especialización de los trabajadores impone la cooperación entre ellos para conseguir lo que falta para lograr la supervivencia²³. Sin embargo, existen múltiples evidencias de que esta especialización tuvo lugar, antes que en el mercado, en el seno de unidades productivas autosuficientes de carácter colectivo que producían, fundamentalmente, para el autoconsumo, como ocurría en los casos de la tribu, el clan o la familia²⁴.

Si se centra la atención en tiempos menos remotos, lo más parecido que cabe imaginar desde el punto de vista histórico al sistema de puro mercado, que presume O. E. Williamson, sería una economía en la que las unidades de producción dominantes fueran las de carácter artesanal, propias del feudalismo y de la fase de transición al capitalismo. Pero incluso en este caso, el taller artesanal integraba, junto al maestro, a

²² P. Milgrom y J. Roberts señalan “...aún cabría otra solución (a la que proporciona la empresa): organizar cada etapa productiva como una empresa independiente y dejar que transacciones entre etapas fueran intermediadas por el mercado. Esta última alternativa puede parecer inverosímil... Sin embargo, ...este tipo de alternativa es genuina”. (Milgrom, P., Roberts, J., 1993, p: 33).

²³ La especialización genera una dependencia social, una necesidad imperiosa de los demás para lograr lo que falta para asegurar la supervivencia. Se puede afirmar que mediante la especialización se sacrifica independencia en beneficio de la productividad. En el volumen primero de “El Capital” se afirma con relación a los espartanos que “..., su ideal, aun en la producción material, seguía siendo la autarquía, opuesta a la división del trabajo, pues si ésta asegura el bienestar, aquélla asegura la independencia” (Marx, K., Vol. I, 1973, p: 298).

²⁴ “En un principio existía la empresa y la empresa era buena. Era, después de todo, la familia, la unidad de coordinación que inicialmente había sido provista por la naturaleza y la costumbre social” (Penrose, E., 2008, p: 1117).

oficiales y aprendices²⁵, existiendo una jerarquía (Cohen, J., S., 1981, p: 26). Por no mencionar las interferencias que las organizaciones gremiales introducían en lo que debería ser el funcionamiento de un sistema de puro mercado²⁶.

- **Los mercados.** Con respecto a los mercados cabe señalar que, aunque han estado presentes en la mayor parte de la historia de la humanidad²⁷, no han tenido una importancia vital hasta épocas relativamente recientes. En las sociedades pre-capitalistas es frecuente la existencia del mercado entendido como un lugar físico donde se realizan intercambios de tipo económico. Se trata del mercado con sus puestos de venta, sus vendedores y compradores e incluso sus reglas²⁸. Pero que existan mercados en este sentido no puede dar pie a hablar de la preexistencia del mercado y no quiere decir que se esté en presencia de una economía de mercado. Para ello es necesario que el sistema de precios se convierta en la forma dominante de organización de la actividad económica²⁹. Se puede incluso afirmar, al contrario de lo sugerido por O. E. Williamson, que el mercado interpretado de esta última forma constituye algo histórica y antropológicamente extraño³⁰.

²⁵ El taller artesanal era en realidad una unidad productiva especializada de carácter colectivo.

²⁶ Entre otros muchos autores, D. S. Landes menciona cómo los talleres artesanales dedicados a la fabricación de relojes estaban gobernados por regulaciones gremiales, diseñadas para asegurar la calidad del trabajo, pero sobre todo para restringir la competición dentro y fuera de los talleres (Landes, D., S., 1986, p: 596).

²⁷ En las sociedades primitivas los intercambios de bienes y servicios entre personas, familias y tribus presentan una serie de características que los alejan de los propios de una economía de mercado: trueque, doble confluencia de deseos, comercio en silencio, esferas de intercambio, distintos tipos de dinero, frecuencia de formas no económicas de intercambio, etc.

²⁸ “Los mercados de esta clase son muy familiares para el historiador económico y han sido estudiados en cierta medida por los antropólogos” (Firth, R., 1974, p: 13 y 14).

²⁹ En una economía de mercado las transacciones se pueden desarrollar al margen de los mercados como lugares físicos. El trabajo y la tierra no se compran y se venden necesariamente en un “puesto”, en un lugar físico, pero sí se compran y venden con base en un sistema de precios en dinero de la misma forma que cualquier otra mercancía. En una economía de mercado el lugar concreto donde se realizan las transacciones tiene poca importancia. Aunque a veces se hable del mercado de la vivienda o del mercado del automóvil, con ello no se quiere identificar un lugar físico sino la existencia de una masa de potenciales compradores y vendedores de estos bienes, independientemente de dónde se encuentren localizados (Dalton, G., 1961, p: 14).

³⁰ K. Polanyi y sus colaboradores han mostrado cómo en las sociedades primitivas la producción y la distribución de bienes materiales se encontraban frecuentemente organizados a través de los principios de “redistribución” y “reciprocidad”. Principios muy diferentes de los que

Además, la presunción de la preexistencia del mercado presenta dos inconvenientes adicionales:

- De una parte, que una institución tan vital para el capitalismo como es el mercado quede sin explicación, convirtiéndose en la causa y el origen de todo proceso histórico y no en un resultado del mismo³¹. Si “en un principio había mercados”, el mercado se considera como algo que no necesita explicación, como algo que simplemente existe y que ha existido siempre, como una categoría natural³².

- De otra parte, que una economía compuesta exclusivamente por unidades productivas unipersonales especializadas, que se relacionan a través del mercado, constituye una realidad social y económica excesivamente compleja como para ser el “limo primigenio” del que pudiera emerger la “empresa coasiana”.

Queda claro que, independientemente de su intención, O. E. Williamson desarrolla una argumentación lógica más que histórica acerca de la existencia de la “empresa coasiana”, ya que su punto de partida histórico carece de realismo (Meramveliotakis, G., Milonakis, D., 2010, p: 1060). De hecho, cuando se trata de explicar con base en la historia real el nacimiento de la empresa capitalista, jamás se toma como punto de partida a la empresa unipersonal³³.

operan en una economía de mercado (Polanyi, K., 1992, pp: 59-60). “En especial, el mercado, si bien fue adquiriendo importancia con el correr de los siglos, sólo constituía un elemento secundario de la existencia humana. La inmensa mayoría de los campesinos vivía de lo que ellos mismos cultivaban, criaban, cazaban o pescaban, se vestían con lo que hilaban o tejían, y entregaban parte de esos productos a sus amos o señores en pago de su derecho a proceder así... El mercado constituía una excepción esotérica y nadie puede asombrarse de que los estudiosos no se ocuparan de él” (Galbraith, J., K., 1993, p: 34 y 41).

³¹ “Aunque en las sociedades no-capitalistas los mercados no existen o en el mejor de los casos juegan un rol subordinado en la vida económica, en la concepción de Williamson los mercados son ubicuos. En vez de intentar comprender la sociedad actual como resultado de la evolución de sociedades precedentes, lo hace al revés, comprende el pasado como si operara con los mismos principios que en el presente... La hipótesis de que los mercados han existido siempre resulta inevitable. Esta forma de explicar las instituciones del capitalismo se basa en reconstruir la historia para que se ajuste a la teoría. Lo que hace es definir la realidad de acuerdo con la teoría, no elaborar una teoría que explique la realidad” (Ankarloo, D., Palermo, G., 2004, p: 420).

³² La pre-existencia de los mercados comporta que el problema de la transición al capitalismo desaparece, ya que el capitalismo, o al menos ciertas versiones del mismo, nada simples por cierto, se supone que han existido siempre (Ankarloo, D., Palermo, G., 2004, p: 421-425).

³³ Como se verá también más adelante, el propio O. E. Williamson, cuando trata de dar respuesta a los argumentos de los economistas radicales, se aleja de este punto de vista y compara,

4. LA RACIONALIDAD LIMITADA

En el paradigma neoclásico el sistema de precios, la existencia de unos derechos de propiedad enajenables³⁴ y una cierta concepción de la naturaleza humana, solucionan el problema de la organización de la actividad económica³⁵, tanto en el terreno de la producción como de la distribución, sin otros costes que no sean los de producción. De estos supuestos se deriva, entre otras consecuencias, la existencia de una “contratación completa”³⁶. Se trata de un mundo idealizado, carente de fricciones³⁷, con un contexto perfecto de toma de decisiones y en el que se desenvuelven unos agentes económicos que, al menos en algunas de sus características esenciales, no parecen reales. Se trata de seres omniscientes, plenamente racionales y egoístas.

en lo relativo a costes de transacción, a la relación de autoridad con el *putting-out system*, la “contratación interna” y otras formas de organización de la actividades económicas de producción diferentes del mercado.

³⁴ En la teoría económica neoclásica los derechos de propiedad, aunque fundamentales para el funcionamiento del modelo, constituyen un elemento exógeno al mismo. Algunas aportaciones han tratado de explicar el tránsito de ciertas formas comunales de propiedad tribal de la tierra a otras de carácter familiar, pero en las que tácitamente se considera que la familia actúa como una unidad. Estas aportaciones han sido interpretadas, de forma arto discutible, como una explicación del cambio de la propiedad pública a la privada. Concretamente, H. Demsetz (Demsetz, H., 1967) y A. A. Alchian y H. Demsetz (Alchian, A., A., Demsetz, H., 1973), formulan una teoría sobre la evolución entre los regímenes de propiedad indicados a partir del análisis del caso de los habitantes (*Montagnais*) de la Península del Labrador en Canadá en el siglo XVIII. Estos autores transmiten la idea de que la propiedad privada nace con el objetivo de internalizar externalidades, eliminando el incentivo que daba lugar a la sobre explotación de los territorios de caza y, por ello, transmitiendo la idea de que la propiedad privada nace por razones de eficiencia.

³⁵ Como afirma H. Demsetz: “En un mundo donde todos los actores que intervienen cuentan con una información perfecta respecto a precios y tecnologías, la coordinación a través de los precios es un seudónimo de la autogestión, razón por la cual, lo que podría considerarse como sustitutivos serían la autogestión y la gestión por parte de otros. Los precios no coordinan; ofrecen información” (Demsetz, H., 1997, p: 21).

³⁶ Este tipo de contratación comporta que los agentes económicos pueden, sin costes, establecer contratos que tengan presentes todas las posibles contingencias futuras y cuyo cumplimiento puede ser en todo momento controlado y exigido. Se afirma que la quimera de la “contratación completa” resta relevancia a la propiedad de los activos. Como indica O. Hart: “El carácter incompleto de los contratos abre la puerta a una teoría de la propiedad. Cuando los contratos son incompletos ya no es necesariamente cierto que todos los derechos conferidos por la propiedad puedan transferirse mediante un contrato, excepto si se transfiere la propiedad misma” (Hart O., D., 1996, “Los contratos incompletos y la teoría de la empresa”, pp: 197-198). Al ser los contratos incompletos siempre hay decisiones residuales que recaen sobre el propietario de los activos.

Uno de los supuestos que diferencia las aportaciones de R. Coase y de O. E. Williamson del paradigma neoclásico, es que descartan de forma explícita la omnisciencia de unos agentes económicos que intentan ser racionales, pero que solo lo consiguen de manera parcial o limitada³⁸. A partir de finales de la década de los 50 del siglo XX, H Simon³⁹ comienza a utilizar el concepto de “racionalidad limitada” para hacer referencia a las limitaciones cognitivas de las personas en el terreno de los conocimientos, el análisis de problemas y la toma de decisiones en las empresas.

De todas las presunciones establecidas por O. E. Williamson para explicar las razones de la existencia de la empresa, la “racionalidad limitada” es la que resulta menos controvertida. Son diversas las razones que se esgrimen para justificar esta suposición:

- En primer lugar, las limitaciones de carácter neuro-psicológico. Se trata de limitaciones que reducen la capacidad para el almacenamiento y procesamiento de la información y que conducen a que se cometan errores en el desarrollo de estas actividades (Williamson, O., E., 1975, pp: 21-22).

- En segundo lugar, las limitaciones del lenguaje para transmitir de forma precisa cualquier tipo de información o conocimiento. Esta limitación contribuye a explicar la existencia de un tipo de conocimiento, denominado tácito, cuyos costes de transmisión son muy elevados. Al fallar el lenguaje, hay que recurrir al aprendizaje a través de la práctica o de la experiencia conjunta, del aprender haciendo, de las demostraciones, la prueba y el error, etc.

- En tercer lugar, los problemas de percepción e interpretación de la realidad, que se encuentran condicionados, entre otras circunstancias, tanto por características personales como por el contexto. Una misma realidad, incluso relativamente simple, puede ser interpretada de forma

³⁷ “A menudo se oye que los costes de transacción constituyen el equivalente económico a la fricción en los sistemas físicos. Como los físicos, los economistas pueden en algunas ocasiones olvidar la fricción en la formulación de sus teorías; pero como los ingenieros no pueden nunca olvidar la fricción en el estudio acerca de cómo funciona realmente el sistema” (Langlois, R., N., 2006, p: 1389).

³⁸ Se trata de lo que O. E. Williamson denomina una forma semi-fuerte de racionalidad frente a la racionalidad de maximización propia de la economía neoclásica y la racionalidad orgánica asociada a los enfoques evolutivos (Williamson, O., E., 1985, p: 45).

³⁹ Premio Nobel de Economía en 1978.

muy diferente por dos personas e incluso por una misma persona en distintos momentos (Porter, L. W., Lawler, E., E., Hackman, J., R., 1975, pp: 49-50-51). Todo ello provoca interferencias y distorsiones en el proceso de comunicación y de toma de decisiones.

- Finalmente, la existencia de lo que ha sido denominado “conformismo procedimental” y que supone que los individuos, ante un determinado problema de decisión, buscan soluciones simplemente satisfactorias y no de maximización. No obstante, algunos autores matizan este conformismo al afirmar que el postulado de la racionalidad ilimitada, propio de la economía neoclásica, no es tan criticable cuando se tienen en cuenta todos los costes relevantes. Si se considera que a medida que aumenta y mejora la información, disminuyen los costes como consecuencia de que se toman mejores decisiones, pero aumentan los costes relacionados con la obtención de información, la diferencia que existe entre la racionalidad de maximización y la limitada se atenúa, aunque no desaparezca⁴⁰. En cualquier caso la racionalidad limitada dificulta o imposibilita la celebración de contratos completos y el logro del equilibrio de máximos propio de la economía neoclásica.

O. E. Williamson establece una estrecha relación entre la racionalidad limitada y un contexto imperfecto caracterizado por la incertidumbre y la complejidad. Es la combinación de la racionalidad limitada con la incertidumbre y/o la complejidad la que genera el problema económico. Si la racionalidad fuera ilimitada, por mucha incertidumbre que existiera, siempre sería posible el recurso a contratos de mercado en los que estuvieran contempladas todas las posibles contingencias que se pudieran presentar y cómo actuar en cada caso. Si el entorno se caracterizara por la falta de incertidumbre, los límites de la racionalidad no serían alcanzados y no se plantearía, igualmente, problema económico alguno⁴¹.

⁴⁰ Así, M. C. Jensen y W. H. Meckling señalan que “...cuando se tienen en cuenta los costes de la información, buena parte del comportamiento que parece sub-óptimo, se puede explicar como un intento de maximización sujeto a tales costes” (Jensen, M., C., Meckling, W., H., 1994, pp: 4-5).

⁴¹ “... si no fuera por la incertidumbre los problemas de la organización económica serían de escaso interés” (Williamson, O., E., 1985, p: 20). “...cuando las incertidumbres ambientales llegan a ser tan numerosas que no pueden ser tomadas en consideración por exceder las capacidades de procesamiento de información de los agentes económicos, el árbol completo de decisión simplemente no puede ser generado” (Williamson, O., E., 1975, p: 24).

5. EL OPORTUNISMO

Cuando se analizan las concepciones acerca de la naturaleza humana que se han desarrollado en el seno de las ciencias sociales, cabe señalar que los economistas se han caracterizado por un cierto pesimismo al respecto. Así, por ejemplo, el análisis de la oferta de trabajo individual, que lleva a cabo la microeconomía convencional, adopta como supuesto básico que el hombre se encuentra motivado exclusivamente por el dinero y por el ocio. Esta concepción del ser humano fue asumida, con algunos matices, por los teóricos de la “dirección científica del trabajo” y especialmente por F. W. Taylor, que afirmaba: “...los hombres tienen una tendencia natural a tomárselo con calma, la cual se ve acentuada cuando se les hace trabajar juntos con un sistema uniforme de salarios” (Taylor F. W., 1969, p: 33).

O. E. Williamson participa de este pesimismo acerca de la condición humana, propio de muchos economistas, al otorgar al oportunismo un protagonismo determinante en la explicación de la existencia de la empresa. El oportunismo ha sido definido como el “egoísmo con dolo” (Williamson, O., E., 1993, p: 102; Williamson, O. E. 1975, p: 26) y, por ello, como algo diferente de la mera conducta interesada⁴². El egoísmo⁴³ constituye un postulado acerca de la motivación humana ampliamente admitido, no sólo en economía sino también en otras disciplinas de las ciencias sociales. Sin embargo, egoísmo y oportunismo no son conceptos idénticos. En el primer caso se espera que los individuos defiendan sus intereses respetando las reglas, manteniendo sus promesas y cumpliendo los contratos. En el segundo caso se considera que, siempre que puedan y les beneficie, no lo harán⁴⁴. El oportunismo es el egoísmo, pero sin las limitaciones que imponen las reglas, la moral, la ética y la palabra dada⁴⁵. El

⁴² “...los agentes humanos no cumplirán sus promesas sino que violarán la letra y el espíritu de un acuerdo cuando así convenga a sus propósitos. Esta visión sombría de la naturaleza humana...” (Williamson, O., E., 1985, p: 388).

⁴³ O. E. Williamson caracteriza al egoísmo como la “búsqueda sencilla del interés propio” (Williamson, O. E., 1985, p: 49).

⁴⁴ En el Modelo de Comportamiento Ingenioso, Evaluador y de Máximos defendido por M. C. Jensen y W. H. Meckling se afirma que la sociedad impone costes a las personas por violar las normas sociales que afectan al comportamiento; pero también asume que los individuos se alejarán de tales normas si los beneficios que reporta violarlas son lo suficientemente grandes (Jensen, M., C., Meckling, W., H., 1994, p: 17).

⁴⁵ Como afirma W. W. Bratton, la conducta oportunista convierte la maximización egoísta del actor neoclásico en dolo, tratándose de una conducta que, si se analizara desde una perspectiva legal, tendría que ser considerada culpable (Bratton, W., W., 1989, p: 1481). El concepto de

egoísta puede ser leal, el oportunista no: "...el oportunismo hace referencia a la falta de sinceridad u honestidad en las transacciones, para lograr con dolo la materialización de los propios intereses" (Williamson, O., E., 1975, p: 9)⁴⁶.

O. E. Williamson considera que el hecho de que el oportunismo constituya un postulado sobre la conducta humana que haya que tener presente cuando se realizan transacciones, no debe llevar a pensar que la mayor parte de los agentes económicos desarrollan conductas oportunistas la mayor parte del tiempo (Williamson, O., E., 1993, p: 98; Williamson, O., E., 1985, p: 64)⁴⁷. Lo que ocurre es que dadas las dificultades que existen para determinar con antelación si una persona es oportunista o digna de confianza⁴⁸, se considera que adoptar con carácter previo el postulado del oportunismo constituye una elemental medida de prudencia (Williamson, O., E., 1979, p: 234).

Lo más relevante, a efectos de la existencia de la empresa, es que para O. E. Williamson esta institución comporta ventajas de tres tipos sobre la contratación en el mercado, siempre que la proclividad humana al oportunismo vaya unida a condiciones no competitivas:

- Primero, al impedir que los empleados puedan recibir una corriente independiente de beneficios o de renta, la empresa asegura que las partes que intervienen en un intercambio interno tenga menos capacidad de apropiarse de ganancias de los demás. Además, debido a las relaciones que se desarrollan en el seno de una empresa, los incentivos o la motivación para comportarse de forma oportunista se reducen en comparación con los incentivos que existen cuando estas relaciones se desarrollan en el

conducta oportunista presenta ciertos paralelismos con el de "conducta política" desarrollado en la década de los 70 en el seno de los estudios de Conducta Organizativa. La manipulación o distorsión de la información, el uso selectivo de criterios objetivos, la falsa representación de intenciones, fomentar la división, atacar o culpar a otros, la exclusión de oponentes y de problemas de los procesos decisorios, las tácticas dilatorias, el recurso ad hoc a ciertas reglas, las falsas promesas, etc., constituyen ejemplos de tácticas y conductas políticas que pueden tener una estrecha relación con la conducta oportunista.

⁴⁶ O. E. Williamson habla de una incertidumbre que tiene su origen en el oportunismo y a la que denomina "incertidumbre conductista". (Williamson, O., E., 1985, p: 58).

⁴⁷ Otros autores como I. Maitland, J. Bryson y A. Van de Ven resumen su posición con respecto a la generalización de la conducta oportunista afirmando "...que el oportunismo ni es ubicuo ni es infrecuente" (Maitland, I., Bryson, J., Van de Ven, A., 1985, p: 64).

⁴⁸ "Aunque el oportunismo no esté siempre presente, la racionalidad limitada sí lo está, lo que impide la celebración de contratos completos y la identificación *ex ante* de quién se comportará de forma oportunista" (Verbeke, A., Greidanus, N., S., 2009, p: 1473).

mercado entre trabajadores autónomos y/o entre empresas (Williamson, O., E., 1975, p: 29).

- Segundo, las relaciones y las transacciones en el seno de la empresa se puede controlar con más facilidad que en el mercado. Entre otras razones porque el control se desarrolla con una información mucho más completa (Williamson, O., E., 1975, p: 29), lo cual mitiga las asimetrías informativas.

- Finalmente, cuando las diferencias y los conflictos relacionados con el oportunismo surgen, la empresa puede materializar importantes economías en su resolución en comparación con los intercambios de mercado, debido a la existencia de la autoridad. Desde esta perspectiva la empresa sustituye al mercado debido a que desempeña funciones cuasi-judiciales (Williamson, O., E., 1975, p: 30). O. E. Williamson considera que una de las fuerzas en las que la autoridad en el seno de la empresa encuentra parte de su razón de ser es en lo que se denomina la “abstención de la ley” o “doctrina de la tolerancia”. El recurso a los tribunales para dirimir conflictos es más probable en el caso de la contratación mercantil que en el de la laboral, ya que las instancias judiciales se abstienen o inhiben cuando se les pide que diriman ciertos conflictos relativos al funcionamiento y a la actuación de los agentes económicos en el seno de la empresa⁴⁹.

Los denominados economistas radicales, con concepciones muy diferentes a las de O. E. Williamson, también otorgan una notable importancia, en la explicación del tránsito del *putting-out system* a la fábrica, al interés del comerciante-coordinador por evitar o, al menos, mitigar ciertos tipos de conducta oportunista de los trabajadores. En este sentido, S. Marglin pone de manifiesto la impor-

⁴⁹ “La aplicación de la ‘doctrina de la tolerancia’ significa que las partes de un intercambio interno a la empresa pueden solucionar sus diferencias por ellos mismos o apelando a la jerarquía para resolución de disputas no resueltas” (Williamson, O., E., 1991, p: 276). “La racionalidad que subyace en la inhibición relativa de la ley es doble: (i) las partes de un conflicto interno a la empresa tienen un conocimiento tan profundo, tanto de las circunstancias que rodean el conflicto como de la eficiencia de las posibles soluciones, que solo se podría comunicar a los tribunales esta información al precio de un elevadísimo coste, y (ii) permitir que los conflictos internos de la empresa sean resueltos en los tribunales socavaría la eficacia de la jerarquía” (Williamson, O., E., 1994, p: 325).

tancia que, en algunos sectores, tuvo la falta de probidad de los trabajadores en el cambio de un sistema a otro de trabajo⁵⁰.

A pesar de este conjunto de ventajas de la empresa frente al mercado, la organización de todas las actividades económicas de producción de una sociedad no se podría desarrollar a través de una única empresa que lo abarcara todo. Tanto para R. Coase como para O. E. Williamson, a medida que crece la dimensión de la empresa, lo hacen también un conjunto de factores que aumentan los costes de organizar las actividades económicas de producción en su interior (Williamson, O., E., 1975, pp: 127-128). Son estas des-economías las que explican y garantizan, para ambos autores, la coexistencia del mercado con la “empresa coasiana”⁵¹.

En el marco conceptual de O. E. Williamson, el oportunismo es condición necesaria pero no suficiente para que se pueda producir la superioridad de la empresa sobre el mercado en materia de costes de transacción, ya que debe ir acompañada de la racionalidad limitada y de la existencia de condiciones no competitivas (Williamson, O., E., 1975, pp: 33-80).

- De una parte, constituye una condición necesaria porque, en un mundo sin oportunismo, la confianza, la honestidad y la lealtad mutua harían que la empresa fuera innecesaria. Para O. E. Williamson, en ausencia de oportunismo, la empresa no existiría, porque los problemas que explican su existencia desaparecerían con una cláusula o regla general del siguiente tenor: “Acepto desvelar con total sinceridad toda la información relevante y proponer y cooperar en los cursos de acción que maximicen el beneficio conjunto durante el plazo de ejecución del contrato, dividiéndose los beneficios sin conflictos de acuerdo con los criterios de distribución establecidos” (Williamson, O., E., 1985, p: 48; Williamson,

⁵⁰ “Bajo la atenta mirada del encargado, la vigilancia era también importante por otra razón. En el *putting-out system* el obrero disponía de la materia prima durante el proceso de fabricación, con que disponía de multitud de ocasiones para aumentar sus ganancias. Un obrero que trabajara la lana podía cambiar la lana buena por otra ordinaria, o bien ocultar imperfecciones en el hilado, o mojar la lana para que pareciese más pesada. Contaba, sobre todo, con la posibilidad de quedarse fácilmente con mercancías... Como afirma Landes, no es extraño que ‘los empresarios empezaran a pensar en talleres donde se reunirían a los hombres para trabajar bajo el control de encargados vigilantes’” (Marglin. S., 1974, pp: 94-95).

⁵¹ O. E. Williamson dedica el capítulo 6 de su obra “Las Instituciones Económicas del Capitalismo” a la explicación de por qué no se organiza toda la producción a través de una única y gran empresa (Williamson, O., E., 1985, pp: de 131 a 162).

O., E., 1975, p: 27). Cláusula que supone la renuncia de las partes a cualquier tipo de poder de mercado (Williamson, O., E., 1985, pp: 30-31; Williamson, O., E., 1975, p: 80)⁵².

- De otra parte, no constituye una condición suficiente porque:

- Si existiera una racionalidad ilimitada, o la incertidumbre y/o la complejidad no estuvieran presentes en un grado que alcanzara los límites de la racionalidad (Williamson, O., E., 1975, p: 23), los agentes económicos serían capaces sin necesidad de la empresa de gestionar los problemas derivados del oportunismo. Si se conoce lo que va a suceder en el futuro, la contratación de mercado no necesitaría de alternativa alguna.

- Si existieran condiciones plenamente competitivas, en el presente y el futuro, la posibilidad de encontrar relaciones alternativas igualmente satisfactorias daría lugar a que el mercado pusiera coto a los problemas derivados del oportunismo: "...la rivalidad entre una elevado número de competidores torna ineficaces las inclinaciones oportunistas" (Williamson, O., E., 1975, pp: 27-31-32)⁵³.

⁵² El poder de mercado hace referencia al poder por parte del comprador para fijar precios por debajo de los demás compradores o del vendedor para fijarlos por encima de los demás vendedores. Se trata de un poder que en el mercado de trabajo puede ser detentado tanto por el empresario como por el trabajador. Es el caso, por ejemplo, del empleado que cuenta con unas competencias valiosas y escasas y que obliga al empresario que compra a pagar un precio superior al que paga por la fuerza de trabajo de otros trabajadores. No obstante, se puede afirmar que la subordinación del empleado a la autoridad del empresario es relativamente insensible a este tipo de poder de mercado. Así, si un empleado decide permanecer en la empresa donde está, a pesar de ser demandado, por sus superiores capacidades, por otras, debe continuar aceptando en los mismos términos la autoridad del empresario, por lo que ésta no se ve debilitada. El empleado podrá abandonar la empresa para ganar más o podrá negociar con su empresario una retribución superior, pero no obtiene de forma automática un mayor poder para oponerse a la autoridad del empresario (Hart, O., Moore, J. 1990, p: 1120).

⁵³ O. E. Williamson explica la pérdida de condiciones competitivas en términos de lo que denomina la "transformación fundamental" y la "especificidad de los activos". La "transformación fundamental" se produce cuando el ganador de un contrato original adquiere una ventaja que da lugar a que desaparezca la igualdad inicial entre licitadores a la hora de la renovación del contrato. Esta ventaja tiene como base inversiones duraderas en activos humanos o físicos específicos de ciertas transacciones. La "especificidad de los activos" radica en que su coste de oportunidad es mucho menor en el mejor de los usos alternativos, generándose con frecuencia una situación de dependencia bilateral entre las partes que impide que las adaptaciones a los cambios se produzcan con facilidad (Williamson, O., E., 1985, pp: 91-99). Para O. E. Williamson sin la "especificidad

Así, para que exista la empresa, se tienen que dar de forma simultánea los tres requisitos: oportunismo, racionalidad limitada y condiciones no competitivas. O. E. Williamson considera a la empresa como un “último recurso” (Williamson, O., E., 1975, pp: 7-33-80; Williamson, O., E., 1985, p: 56; Williamson O., E., 1993, p: 131).

Este marco conceptual plantea, entre otros, los siguientes problemas:

- De una parte, si la racionalidad limitada y el oportunismo son características consustanciales a la naturaleza humana y los mercados han existido siempre, la empresa tendría que haber existido siempre, a no ser que las condiciones competitivas tuvieran un carácter universal⁵⁴.

- De otra parte, si la empresa no ha existido siempre, hay que explicar en qué momento histórico y por qué la existencia de condiciones competitivas deja de tener carácter universal. Explicación que O. E. Williamson no proporciona.

La importancia del oportunismo en la justificación de la existencia de la empresa ha sido objeto de diferentes críticas, entre las que destacan las siguientes:

- De una parte, se cuestiona que la empresa comporte ventajas especiales con respecto al mercado a la hora de atajar cualquier modalidad de conducta oportunista. Para el propio R. Coase, el oportunismo no ocupa un lugar central en la explicación acerca de la existencia de la empresa. Aunque este autor es consciente del riesgo que existe de que se desplieguen conductas oportunistas, considera que este riesgo es idéntico en el mercado que en la empresa, sin que esta comporte ventaja adicional alguna en su mitigación⁵⁵. En el contexto de la relación de autoridad, tanto

de los activos” no se conoce razón alguna para que existan las empresas (Williamson, O., E., 1975, pp: 26-28; Williamson, O., E., 1985, pp: 54-63-76).

⁵⁴ De aquí que el punto de partida de O. E. Williamson, para explicar la existencia de la empresa, no solamente sea la pre-existencia del mercado, sino que además es necesario que este mercado de productores independientes sea plenamente competitivo, es decir, que ninguno tenga o adquiera poder de mercado. En realidad, tal como afirma G. Palermo, lo que preexiste para O. E. Williamson es el mercado neoclásico: “Antes del capitalismo, en esta concepción, no había feudalismo u otros modos de producción, sino Léon Walras” (Palermo, G, 2014, pp: 186-187).

⁵⁵ Para R. Coase “...evitar el fraude no era un factor importante en la explicación de la existencia de la empresa... El resultado es que las presiones competitivas operan con fuerza menor

el empresario como los trabajadores pueden ser protagonistas de conductas oportunistas de carácter post-contractual:

- En el caso de los trabajadores, una modalidad de conducta oportunista a la que se ha prestado una atención especial es la consistente en el desarrollo de un esfuerzo productivo escaso o limitado, ya sea en el trabajo individual o en el trabajo en equipo. Esta modalidad de conducta oportunista ha recibido las más variadas denominaciones: “absentismo presencial”, “tortuguismo”, “remoloneo”, “conducta de polizón” (*free rider*), “problema de los arrimadizos”, “problema de los vivales”,... etc.⁵⁶. Además, hay autores que alertan, en contra de la opinión de O. E. Williamson, sobre el peligro que supone basar los sistemas de dirección en el seno de la empresa en la prevención del oportunismo. Así, S. Ghoshal considera que tratar a los trabajadores como si fueran oportunistas puede provocar que éstos se terminen comportando como tales. Se trata de un problema frecuente dentro de las ciencias sociales y que se conoce como la *self-fulfilling prophecy*⁵⁷.

dentro de la empresa, y esto tiende a aumentar el fraude, ‘en el sentido de que los empleados no producirán lo que uno espera de ellos a menos que se tomen algunas medidas para impedirlo’. En tal virtud, concluí que los costos de la inspección podrían ser muy similares cuando se refieren a un trabajador de la empresa que cuando hacen referencia a un productor independiente” (Coase, R., H., 1996, “La naturaleza de la empresa: significado”, p: 82).

⁵⁶ A pesar de los intentos de caracterización, el concepto de oportunismo carece de perfiles nítidos y surgen muchas dudas acerca de si ciertas conductas pueden ser calificadas o no como tales. Así, por ejemplo, la distinción tan frecuente en el seno de las reflexiones sobre la empresa entre la “cooperación consumada” y la “cooperación superficial”, plantea la duda acerca de si esta última puede ser calificada como conducta oportunista. La “cooperación superficial” es aquella en la que el trabajador desarrolla sus tareas limitándose a cumplir estrictamente con lo que la autoridad del empresario puede exigir: un conjunto de estándares mínimos, obediencia y aceptación de la disciplina. Este tipo de cooperación, sin embargo, no da lugar a que las tareas se lleven a cabo sin escatimar esfuerzos y con toda la iniciativa, el ingenio, la creatividad y la energía de la que el empleado es capaz (Blau P., M., Scott, R., W., 1962, p: 140). ¿Cuál es el nivel de “compromiso” o de “cooperación” por debajo del cual cabe hablar de oportunismo post-contractual por parte del trabajador?

⁵⁷ “Al contrario que en las teorías de las ciencias físicas, las teorías en las ciencias sociales tienden a convertirse en profecías que se cumplen a sí mismas... Si una teoría asume que el sol gira alrededor de la tierra, esta teoría no cambia lo que hace realmente el sol. Así, si la teoría es errónea, la verdad se encuentra preservada para que sea descubierta por otro investigador. Por el contrario, una teoría sobre la gestión o la dirección de la empresa, si se extiende lo suficiente, cambia la conducta de los directivos que comienzan a actuar de acuerdo con la teoría. Una teoría que considera que las personas se comportan de forma oportunista y establece sus conclusiones acerca de cómo dirigir a los trabajadores con base en este postulado, pueden dar lugar a

- En el caso de los empresarios, F. W. Taylor, entre otros, pone de manifiesto el oportunismo de estos en la determinación de la relación entre el tiempo y la producción que se corresponde con un “esfuerzo productivo normal”. Relación que resulta necesaria establecer para evaluar el rendimiento del trabajador y para el funcionamiento de los salarios estimulantes. El padre de la “dirección científica del trabajo”, afirma que, si el empresario “...llega al convencimiento de que un obrero puede hacer más trabajo del que venía haciendo, pronto o tarde encontrará una manera de obligarle a hacerlo sin aumentar su salario o aumentándolo muy poco” (Taylor, F., W., 1970, p: 36). De esta manera se produce una cadena de engaños mutuos entre el empresario y los trabajadores. Especial contundencia tiene a este respecto la crítica formulada por G. K. Dow al afirmar que, a la hora de concretar las ventajas de la autoridad, O. E. Williamson ignora que se puede convertir en una importante fuente de oportunismo por parte del empresario y sus directivos (se trata de lo que se denomina “oportunismo burocrático”). Este autor considera que O. E. Williamson presta poca atención al hecho de que los agentes que mantienen posiciones de autoridad pueden utilizarla para lograr ventajas estratégicas sobre los que tienen menos nivel jerárquico, para solucionar los conflictos de forma que se materialicen sus intereses o para imponer sistemas de incentivos que les favorezcan (Dow, G., K., 1987, p: 20)⁵⁸.

- De otra parte, durante las dos últimas décadas se ha desarrollado un interesante debate acerca de si el oportunismo constituye una condición necesaria para la existencia de la empresa. Hay autores que afirman, al igual que O. E. Williamson (Williamson, O., E., 1985, p: 66; Williamson, O., E., 1993, pp: 99-100), que en ausencia de este rasgo de la naturaleza humana la empresa no existiría y las relaciones de mercado lo dominarían

actuaciones por parte de los directivos que estimulen la conducta oportunista de los empleados” (Ghoshal, S., 2005, p: 77; Ghoshal, S., Moran, P., 1996, p: 13).

⁵⁸ “Los líderes de los sindicatos, al igual que los líderes de otras grandes organizaciones, se encuentran con mucha frecuencia persiguiendo o defendiendo sus propios intereses” (Williamson, O., E., 1985, p: 264). “O. E. Williamson reconoce claramente el problema del oportunismo del liderazgo, solamente lo pierde de vista cuando analiza la jerarquía de la empresa capitalista...” (Dow, G., K., 1987, p: 22). “La afirmación de que las decisiones con base en la autoridad eliminan las negociaciones oportunistas olvida el hecho de que nuevas formas de oportunismo pueden surgir en el seno de las propias relaciones de autoridad. Esta invocación selectiva al postulado del oportunismo socava el objetivo de los teóricos de los costes de transacción de llevar a cabo un análisis institucional comparado y oscurece las limitaciones de la autoridad como mecanismo de asignación de recursos” (Dow, G., K., 1987, p: 14).

todo⁵⁹. Por su parte, otros están convencidos, al igual que R. Coase, de que es posible explicar esta existencia con base exclusivamente en la racionalidad limitada. Entre estos últimos destacan:

- De una parte, B Kogut y U. Zander, que consideran que las empresas son comunidades sociales especializadas en la transferencia y creación de conocimiento (Kogut, B., Zander, U., 1992, p: 384; Kogut, B., Zander, U. 1996, p: 503). Desde esta perspectiva la “empresa coasiana” existe por dos razones que no tienen relación alguna con el oportunismo:

- Primero, por una razón económica. La mayor parte del conocimiento que existe en las organizaciones es de carácter tácito y colectivo⁶⁰, difícil de transferir, y que se genera con el paso del tiempo con una fuerte “dependencia de la senda”⁶¹. Así, la ventaja de la empresa sobre los

⁵⁹ N. J. Foss, entre otros, se muestra convencido de que no se puede explicar la existencia de la empresa sin recurrir al concepto de oportunismo, considerando incluso que la propia noción de contrato resulta difícil de racionalizar en ausencia de oportunismo (Foss, N., J., 1996, p: 474; Foss, N., J., 1996, p: 522).

⁶⁰ En el marco del Análisis de la empresa con base en el conocimiento se diferencia entre un conocimiento individual y otro colectivo. El primero es muy obvio, ya que se refiere al que tiene un individuo en el seno de la organización, el que desaparece de la empresa cuando el individuo se marcha de ella. Por su parte, el concepto de conocimiento colectivo es más complejo y controvertido. En su interpretación más simple se puede afirmar que, cuando el conocimiento individual es compartido, se convierte en colectivo. El conocimiento colectivo es, desde esta perspectiva, el que mantienen en común un conjunto de componentes de la empresa. No obstante, existen otras interpretaciones más complejas sobre este tipo de conocimiento. Así, tiene una larga tradición, incluso en el seno de círculos filosóficos y sociológicos, el debate acerca de si efectivamente existe en la empresa un conocimiento colectivo como algo real y cualitativamente distinto de la mera agregación de los conocimientos individuales de sus componentes. Autores como H. A. Simon consideran que una organización solo “aprende” mediante la formación o aprendizaje de sus componentes individuales o mediante la entrada de nuevos miembros con conocimientos que no existían con anterioridad en su seno (Simon, H., A., 1991, p: 125). Otros, como S. G. Winter, consideran que existe un conocimiento que es atributo de la empresa como conjunto, como entidad organizada, y que no se puede equiparar con lo que una sola persona conoce, ni con una simple y mera agregación de los conocimientos de sus diversos componentes, yendo más allá de lo que es un mero conocimiento compartido (Winter, S., G., “Coase, la Competencia y la Corporación”, 1996, pp: 257-258-263).

⁶¹ El concepto de “dependencia de la senda” se utiliza para significar que los recursos y capacidades que en un momento concreto posee una empresa son el resultado de circunstancias históricas y experiencias idiosincrásicas irrepetibles y que, por ello, son el resultado del camino o la ‘senda’ que la empresa ha seguido a través del tiempo. Esta dependencia constituye un serio obstáculo para la imitación de los recursos y las capacidades entre empresas.

mercados no se encuentra en hacer frente de forma más efectiva al oportunismo, sino en la formación de una identidad colectiva a través de códigos, valores y lenguajes comunes. Las empresas son comunidades normativas que encarnan identidades compartidas, lo que genera importantes economías en términos de aprendizaje, comunicación, coordinación y transmisión del conocimiento tácito y colectivo.

- Segundo, la empresa existe porque las personas tienen una marcada preferencia por las comunidades morales y las identidades comunes que hacen posible. Así, la existencia de la empresa se explica también en términos de una preferencia profundamente arraigada en la naturaleza humana que no es el oportunismo y que parece tener más relación con necesidades de tipo social.

Se trata de una aproximación que considera que la empresa existe para intercambiar y crear algo positivo, el conocimiento, más que para evitar algo negativo, el oportunismo (Conner, K. R., 1991, p: 139). Autores como N. J. Foss y G. M. Hodgson están de acuerdo con la opinión de B. Kogut y U. Zander de que la transferencia y la creación de conocimientos se ve favorecida por la existencia de una identidad común, pero discrepan con la idea de que sea un rasgo distintivo exclusivo de la empresa y no de los mercados. Ambos autores consideran incluso que esta identidad puede estar más presente en redes tupidas de empresas que entre divisiones diferentes de una misma empresa, siempre que esta sea lo suficientemente grande (Foss, N., J., 1996, pp: 470-476). No queda claro por qué las empresas son indispensables para materializar comunidades morales e identidades compartidas⁶².

- De otra parte, K. Conner y C. Prahalad, que consideran que las limitaciones cognitivas del ser humano explican tanto el conocimiento tácito, con elevados costes de transmisión, como el que sea altamente improbable que dos individuos posean el mismo stock de conocimientos⁶³. Así, en un contexto de racionalidad limitada, personas

⁶² Como indica G. M. Hodgson "...La disminución de los problemas de interpretación, el cultivo de normas comunes, la reducción de los costes de comunicación y el desarrollo de ideas compartidas que facilitan la comprensión, pueden producirse también a través de mecanismos sociales en los mercados y en las redes de empresas... todo depende de la duración de los contactos sociales" (Hodgson, G., M., 2004, p: 413).

⁶³ "Un corolario de la racionalidad limitada es que dos individuos no poseen idéntico stock de conocimientos, debido a que las limitaciones cognoscitivas impiden a una persona pueda

completamente honestas es posible que estén en profundo desacuerdo acerca de cuál es el mejor curso de acción. Esta realidad puede dar lugar a costosos esfuerzos para convencer a la otra parte tanto de las bondades del análisis realizado como de lo adecuado de los conocimientos en los que tales análisis se basan. La conducta honesta, incluyendo la total revelación de datos relevantes, no garantiza que la verdad objetiva vaya a emerger y que vaya a ser reconocida fácilmente por todos, tal como parece presumir O. E. Williamson⁶⁴. Por esta razón, para K. Conner y C. Prahalad, la ausencia de oportunismo no tiene por qué excluir intensos desacuerdos o regateos y, por ello, importantes costes que podrían ser atenuados con la existencia de la empresa y, concretamente, a través de dos efectos que se consideran consustanciales a la relación de empleo.

- Primero, a través de lo que se denomina “efecto sustitución del conocimiento”. Para K. Conner y C. Prahalad en los contratos de mercado las partes conservan su derecho a actuar de acuerdo con sus propios conocimientos y no de acuerdo con los conocimientos de otros, como sucede en la relación de empleo. En la relación laboral la capacidad productiva del empleado se expande sin que sea necesario que absorba los conocimientos del empresario o del directivo⁶⁵. Como sostiene H. Demsetz, la virtud de la jerarquía radica en que la “dirección” sustituye a la “educación” o a la “formación”, es decir, sustituye a la propia transferencia de conocimientos. Desde esta perspectiva la empresa existe para evitar el costoso trámite de la transmisión del conocimiento (Conner, K., R., Prahalad, C. K. 1996, p: 486)⁶⁶.

absorber el conjunto de conocimientos y capacidades acumuladas por otra y viceversa. Así cada individuo posee experiencias o conocimientos que son, en alguna extensión, diferentes del de otro” (Conner, K., R., Prahalad, C. K. 1996, p: 482).

⁶⁴ G. M. Hodgson ha puesto de manifiesto las discrepancias y las distorsiones que se pueden producir como consecuencia de la racionalidad limitada en los procesos de percepción y de interpretación desde que el principal suministra una instrucción u orden hasta que el agente la ejecuta (Hodgson, G., M., 2004, pp: 406 y 407)

⁶⁵ “... en una organización de la actividad económica en forma de empresa, Y puede ser llamado a actuar sobre la base del conocimiento de Z antes de que Y lo internalice o incluso aunque Y nunca llegue a internalizarlo. Esto ocurre porque el contrato de empleo permite a Z dar directrices a Y. Por lo tanto Z puede requerir a Y actuar, dentro de los límites del contrato de empleo, de acuerdo con el juicio de Z, más que en conformidad con el del propio Y. La “sustitución de conocimiento” tiene lugar cuando Z indica a Y que haga algo que Y, basándose sobre su propio conocimiento y en el que ha conseguido absorber de Z, no haría.” (Conner, K., R., Prahalad, C. K. 1996, p: 485).

⁶⁶ J. A. Nickerson y T. R. Zenger han puesto de manifiesto la contradicción que supone el

- Segundo, a través de lo que se conoce como “efecto flexibilidad”. En virtud de este efecto el empresario puede aplazar, dentro de ciertos límites⁶⁷, las especificaciones de lo que debe hacer el trabajador a momentos sucesivos posteriores al de la firma del contrato. Este efecto cristaliza en la existencia de un poder residual de decisión que recae sobre la dirección de la empresa y que permite una adaptación constante a acontecimientos que no han sido explícitamente previstos en el contrato laboral, todo ello sin necesidad de nuevos contratos y, en muchos casos también, de nuevas negociaciones⁶⁸. Cuando la imprevisibilidad de los acontecimientos y las diferencias en la perspectiva de los agentes económicos pueden dar lugar a continuas y costosas renegociaciones acerca de los deberes y responsabilidades de las partes, la contratación laboral genera más economías que la mercantil.

Se trata de una aportación que ha sido criticada por asignar al contrato de empleo características esencialmente diferentes a las del contrato mercantil. Así, autores como N. J. Foss llegan a afirmar que no queda claro, en la exposición de K. Conner y C. Prahalad, por qué a través de la contratación mercantil no se puede lograr el mismo grado de “sustitución del conocimiento” y de “flexibilidad” que a través del contrato de empleo. En opinión de N. J. Foss resulta perfectamente posible que tres agentes económicos, X, Y y Z, manteniendo relaciones de mercado, acuerden que los dos primeros seguirán las recomendaciones o instrucciones del tercero, ahora y en el futuro. Se estaría en presencia, en este último caso, de una organización a través del mercado que permitiría materia-

hecho de que, en ocasiones, la empresa sea interpretada como un mecanismo para que la “dirección” sustituya a la “formación” es decir, para evitar la transferencia de conocimientos (caso de K. R. Conner y C. K. Prahalad), y en otras como un mecanismo que facilita esta misma transmisión, mediante el logro de una identidad, unos valores y un lenguaje compartido (caso de B. Kogut y U. Zander) (Nickerson, J., A., Zenger, T., R., 2004, pp: 626-627).

⁶⁷ Los sistemas de clasificación profesional nacen precisamente con el objetivo de dar mayor concreción a estos límites y, de esta forma, defender a los trabajadores de la excesiva indeterminación de lo que puede ser exigido por el empresario a cambio de la retribución. Como afirman G. P. Cella y B. Manghi, se considera que una de las razones por las que surge el fenómeno de la de la calificación profesional es defender a los trabajadores contra el uso indiferenciado de la fuerza de trabajo por parte del empresario (Cella, G., P., Manghi, B., 1972, p: 79).

⁶⁸ Abundando en este argumento V. Chassagnon señala: “La autoridad es la esencia de la empresa. En un mundo de contratos incompletos sujetos a renegociación posterior, la empresa como institución tiene gran importancia. La autoridad completa los contratos... La teoría de los contratos incompletos comparte la idea de que la autoridad es la principal diferencia ontológica entre el mercado y la empresa” (Chassagnon, V., 2009, p: 5).

lizar los dos efectos comentados (Foss, N., J., 1996, p: 521), y que se suponen exclusivos de una relación de empleo⁶⁹.

6. LA LIBERTAD CONTRACTUAL

Para O. E. Williamson el mercado es un ámbito en el que las interacciones humanas se desarrollan sin coerción. Ahora bien, mientras que en el mercado reina la libertad, en la empresa lo hace la autoridad del empresario, porque el empleado hace uso de su libertad en el mercado para renunciar a ella, dentro de ciertos límites, en el seno de la empresa. Así, en la relación de empleo se produce una “subordinación voluntaria” (Williamson, O., E., 1975, p: xv), siendo la “empresa coasiana” el fruto de la libertad contractual⁷⁰. No obstante, para profundizar en esta suposición⁷¹, merece la pena reflexionar sobre las posibles razones por las que el trabajador firma el contrato de empleo y se somete a la autoridad del empresario.

Una posible respuesta podría ser que el trabajador prefiere trabajar por cuenta ajena a trabajar por cuenta propia para, entre otras razones, no incurrir en riesgos para los que no está preparado, ni desea. Sin embargo, han sido muchos los autores que, desde perspectivas muy diferentes, han considerado que la mayoría de las personas tienen una clara preferencia por el trabajo por cuenta

⁶⁹ El enfoque de K Conner y C. Prahalad considera implícitamente que, como los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son, si un contrato mercantil produce los dos efectos mencionados sería laboral y no mercantil. Como afirma E. L. Khalil, si el contrato de trabajo deja de ser considerado como algo sustancialmente diferente del contrato mercantil, la dicotomía mercado-jerarquía desaparece por completo (Khalil, E., L., 1997, p: 528). No deja de sorprender que una diferenciación tan cargada de significación económica, como es la que existe entre la empresa y el mercado, quede en última instancia supeditada, al menos para ciertos autores, a un criterio de naturaleza jurídica.

⁷⁰ Hay que tener presente que O. E. Williamson está pensando en una “empresa coasiana” que se forma como alternativa a la producción a través del mercado, es decir, a través del acuerdo entre o con trabajadores que ya trabajan por cuenta propia. De esta forma el problema de la falta de libertad contractual queda si no soslayado sí considerablemente atenuado. O. E. Williamson no parece pensar en una “empresa coasiana” que se forma mediante la contratación laboral, por parte de un emprendedor, de trabajadores que pueden estar trabajando por cuenta propia o que pueden encontrarse en desempleo.

⁷¹ Cuando se afirma que la empresa no es más que un sistema de relaciones contractuales entre propietarios de recursos productivos (Fama, E., F., 1980, p: 289), se está queriendo indicar que la empresa es un equipo o una coalición voluntaria de individuos y, en algunos casos, también que la diferencia entre la empresa y el mercado es una diferencia de grado y no de clase.

propia⁷². Aunque se admita este último punto de vista, existe todavía la posibilidad, tal como señala R. Coase, de que los trabajadores estén dispuestos a trabajar por cuenta ajena porque ello les permite obtener una renta superior que compensa sus preferencias por el trabajo por cuenta propia. Dos aportaciones destacan especialmente a la hora de argumentar a través de esta vía en favor de la “subordinación voluntaria”:

- De una parte, se encuentra la aportación de A. Alchian y H. Demsetz, que enfatiza el interés de los trabajadores por la existencia de un valorador especializado que realice una estimación “subjetiva”⁷³ del desempeño de cada trabajador, en aquellos casos en los que la producción o la tecnología de equipo impiden conocer de forma objetiva el *output* individual. La meta de este valorador especializado, que no es otro que el empresario, consiste en evitar que los trabajadores desarrollen conductas oportunistas. Cuando lo único que se puede controlar de forma objetiva es el *output* grupal, los beneficios del oportunismo, en forma de bajo rendimiento, tienen un carácter individual, mientras que sus costes se reparten entre todos. La motivación del valorador para realizar adecuadamente su

⁷² Así, R. Coase, en su artículo inicial sobre la “Naturaleza de la Empresa”, hace referencia al énfasis que normalmente se da a la ventaja de ‘ser uno su propio patrón’. Por su parte, K. Marx señala: “Allí donde la tierra es muy barata y todos los hombres son libres, donde todo el mundo puede, si lo desea, obtener un pedazo de tierra para sí, el trabajo no sólo es muy caro, por lo que a la participación del obrero en su producto se refiere, sino que la dificultad está en obtener trabajo combinado a algún precio” (Marx, K., 1973, Vol. I, p: 653). Por su parte, S. Marglin ofrece muchos indicios acerca de las preferencias de los trabajadores por la libertad, la autonomía y el trabajo a domicilio frente al trabajo en las fábricas. Según este autor la teoría neoclásica considera que ninguna imposición legal obligaba a los trabajadores a trabajar en las fábricas, por lo que su extensión ilustra una clara preferencia de los trabajadores por el modo de organización y de remuneración propios de la fábrica. Sin embargo, S Marglin considera que está “... demostrado que allí donde era posible, los obreros se marchaban de la fábrica y se dirigían en masa hacia otros empleos. Tejer a domicilio era una de las pocas soluciones alternativas – quizá la única importante - al trabajo en la fábrica para los que carecían de oficio. Y pese al nivel extremadamente bajo de los salarios, unos doscientos cincuenta mil tejedores de algodón a domicilio subsistieron a principios del siglo XIX. El que ese número de tejedores se mantuviera largo tiempo a pesar de las muertes y de la emigración, prueba que ese oficio continuaba haciendo nuevos adeptos” (Marglin, S., 1974, pp: 96-97). No obstante, J. S. Cohen señala que el argumento de S. Marglin resulta forzado al considerar que los tejedores no tuvieron en realidad opción alguna, ya que eran los empresarios los que estaban interesados en que al menos una parte de la producción se llevara a cabo en los domicilios y por cuenta propia (Cohen, J., S., 1981, p: 32).

⁷³ Se denomina “subjetiva” porque el juicio del evaluador tiene un peso considerable en la valoración realizada, al estar basada en la observación del esfuerzo productivo y no en la medida de un *output* o de un resultado tangible.

labor radica en ser el acreedor residual de la empresa, es decir, el agente económico con derecho a apropiarse de las rentas resultantes una vez que todas las obligaciones legales y contractuales han sido satisfechas. El interés de los trabajadores en la existencia de este valorador radica en que evita, o al menos mitiga, una conducta oportunista que perjudica la productividad del equipo y que termina afectando negativamente a las rentas presentes o futuras de cada uno de sus componentes. Desde esta perspectiva se considera que los trabajadores estarían dispuestos, no solo a contratar voluntariamente “con” sino incluso a contratar “al” empresario para el desarrollo de esta labor que impide o limita el oportunismo en beneficio del colectivo⁷⁴.

- De otra parte, se encuentra la aportación de G. Clark. Para este autor la “subordinación voluntaria” tiene su origen en la falta de voluntad y autocontrol por parte del trabajador. Desde esta perspectiva se considera que la disciplina de la fábrica fue aceptada porque los trabajadores eran incapaces de responder de manera apropiada a los incentivos propios del mercado y del *putting-out system*, que les otorgaban una mayor libertad en el ámbito laboral. Como los trabajadores no eran capaces de lograr sin coerción la combinación de salario y esfuerzo que maximizaba su nivel de satisfacción, por carecer del autocontrol necesario para obtener mayores ganancias por ellos mismos, contratan con el empresario para que les obligue a trabajar con más intensidad (Clark, G., 1994, p: 128). A mitad del siglo XIX, trabajando bajo la férrea autoridad del empresario, el trabajador obtenía un “premio de rechazo” que G. Clark estima que se situaba entre un 56 y un 66 por ciento por encima del salario medio de los trabajadores que no estaban sometidos a esta autoridad. Desde esta perspectiva

⁷⁴ En 1972, A. Alchian y H. Demsetz argumentan que una tecnología o producción en equipo, que impide conocer la productividad objetiva de cada trabajador concreto del grupo, unida a la proclividad humana al oportunismo, constituye la razón última que justifica la existencia de la institución empresarial y su superioridad desde la óptica de la eficiencia (Alchian A., A., Demsetz, H., 1972, pp: 777-778). No obstante, O. E. Williamson señala a este respecto que, aunque la producción en equipo pueda en ocasiones encontrarse en el origen de la empresa, se trata de una forma de trabajo menos frecuente de lo que comúnmente se cree, existiendo muchas empresas que no adoptan esta tecnología (Williamson, O., E., 1975, pp: 50-61). La teoría de A. Alchian y H. Demsetz no resulta tampoco lo suficientemente general a los ojos de M. C. Jensen y W.H. Meckling, por considerar que explica solamente una tipología limitada de empresas, aquellas que se encuentran basadas en la producción en equipo. De aquí que propongan una teoría más general basada sobre la relación entre principal y agente (Jensen, M., C., Meckling, W., H., 1976, pp: 310-311). De otra parte, otros autores opinan que se trata de una aproximación que explica más la existencia del empresario o acreedor residual que la existencia de la propia empresa.

la disciplina de la fábrica era coercitiva porque forzaba al trabajador a hacer lo que no era capaz de hacer por sí solo, pero no era coercitiva porque en modo alguno se veía forzado a aceptarla. Según G. Clark, los trabajadores entraron voluntariamente al servicio de la empresa a pesar de sus aspectos negativos y fueron recompensados a cambio con elevados salarios (Clark, G., 1994, p: 160).

No cabe duda de que en la esfera de la circulación, al contrario de lo que suele suceder en la esfera de la producción, existe una mayor apariencia de libertad, ya que el trabajador y el empleador se encuentran en el mercado (de trabajo) con iguales derechos⁷⁵. Sin embargo, desde la óptica del pensamiento de tradición marxista, se considera, en divergencia con los puntos de vista anteriores, que la esencia subyace en la apariencia, poniendo en cuestión que la empresa sea el resultado de la libertad contractual. Pero si el trabajador no firma voluntariamente el contrato de empleo y no se somete a la autoridad del empresario de manera voluntaria, ¿qué le obliga?

En el sistema capitalista los individuos se diferencian en el mercado, entre otras cuestiones relevantes, por su poder de compra⁷⁶. Son estas diferencias, que a primera vista no suponen un poder inmediato sobre otras personas, las que dan lugar a que unas puedan comprar fuerza de trabajo mientras que otras no, adquiriendo las primeras, mediante esta compra, un tipo específico de poder sobre las segundas, esta vez en el seno de la empresa, al que se denomina autoridad. De este modo el poder de compra en el mercado alimenta la relación de empleo que se observa dentro de la empresa⁷⁷. La pregunta que surge de forma inmediata,

⁷⁵ K. Marx lo expresaba en los siguientes términos: “La órbita de la circulación o del cambio de mercancías, dentro de cuyas fronteras se desarrolla la compra y venta de la fuerza de trabajo era, en realidad, el verdadero paraíso de los derechos del hombre. Dentro de estos linderos, solo reinan la libertad, la igualdad, la propiedad y Bentham. La libertad, pues el comprador y el vendedor de una mercancía, v. gr. de la fuerza de trabajo, no obedecen a más ley que la de su libre voluntad. Contratan como hombres libres e iguales ante la ley...” (Marx, K., 1973, Vol. I, pp: 128-129).

⁷⁶ Se trata de un poder diferente del que anteriormente se ha denominado “poder de mercado”, aunque a veces sea posible establecer relaciones entre ambos.

⁷⁷ “En un mercado ideal en el que no existe ‘sesgo de poder’, los agentes entrecruzan transacciones según una relación jurídica de igualdad. Las decisiones respecto de las oportunidades del mercado son dictadas únicamente por las motivaciones particulares de los agentes; no existen directrices o mandatos.... Sin embargo, en el seno de la empresa los agentes actúan como superior y subordinado, no como iguales, aunque la igualdad jurídica quede asegurada por el derecho a abandonar la relación, y la igualdad civil no resulte afectada por la relación específica que se produce en la fábrica” (Putterman, L., “La Naturaleza Económica de la Empresa; Perspectiva General”, 1994, p: 17).

objeto de un intenso debate, es por qué en un determinado momento de la historia unas personas tienen poder de compra, adquisición o actuación en el mercado y otras no⁷⁸. Mientras que algunos autores encuentran la razón última de esta desigualdad en las diferencias individuales en las capacidades, aptitudes y actitudes, otros consideran que ha sido el resultado de un proceso histórico cargado de conflictos e incluso de violencia⁷⁹.

Desprovisto del poder de compra, el carácter voluntario de la subordinación del trabajador que señala O. E. Williamson se torna problemático. Se podría alegar que el trabajador siempre tendría la alternativa del *putting-out system* que, como ha mostrado S. R. H. Jones, coexiste con la fábrica durante un largo periodo (Jones, S., R., H., 1983, p: 66) o del trabajo completamente autónomo. Sin embargo, ambas posibilidades resultan controvertidas:

- En lo relativo al *putting-out system*, J. Mokyr señala que la incorporación de los trabajadores a la fábrica, dado que supuso un deterioro de su bienestar, solamente se podía lograr a través de un incremento de los salarios reales, ya que siempre disponían de la alternativa de la pequeña industria doméstica. Así, el empresario, en un primer momento, ofrecía a los trabajadores, además de salarios superiores, una serie de compensaciones (viviendas, educación, ganado, etc.) para lograr su incorporación a las fábricas. Sin embargo, con el paso del tiempo esto fue innecesario. La mayor productividad de las fábricas dio lugar a una reducción de los

⁷⁸ “Para convertir el dinero en capital, el poseedor del dinero tiene, pues, que encontrarse en el mercado, entre las mercancías, con el obrero libre; libre en un doble sentido, pues de una parte ha de poder disponer libremente de su fuerza de trabajo como de su propia mercancía, y, de otra parte, no ha de tener otras mercancías que ofrecer en venta; ha de hallarse pues, suelto, escotero y libre de todos los objetos necesarios para realizar por cuenta propia su fuerza de trabajo” (Marx, K., 1973, Vol. I, p: 122).

⁷⁹ Así, por ejemplo, S Hymer señala: “En un primer momento el capital se alió con el poder central de los soberanos en contra de las clases feudales. Dicha alianza ayudó mediante relaciones muy complejas, a que parte de la población abandonara las tareas agrícolas y se convirtiera en fuerza de trabajo libre, susceptible de ser contratada en las ciudades. De este modo, dicha población quedó libre de encadenamientos respecto a la propiedad. Y ello, en un doble sentido: por una parte, se liberó de las ataduras feudales sobre su tiempo de trabajo y, por otra, no tenía ningún tipo de propiedad y, por tanto, no disponía de otra alternativa que ofrecer su fuerza de trabajo a otros” (Hymer S., 1982, pp: 146-147). K. Marx analiza el proceso y las circunstancias históricas que dan lugar a que unas personas posean dinero o mercancías mientras que otras carezca de todo aquello que no sea la venta de su propia fuerza de trabajo para lograr su supervivencia y la de su familia. El Capítulo XIV del Tomo I de “El Capital” está dedicado al estudio del proceso de acumulación primitiva y del divorcio del trabajador de los medios de producción.

precios de los productos con la que no pudo competir la industria doméstica, viéndose los trabajadores obligados a emigrar o a aceptar las ofertas cada vez menos generosas de los empresarios (Mokyr, J., 2001, pp: 9 y 10).

- En lo relativo al trabajo completamente autónomo la ausencia de poder de compra supone también un serio inconveniente. Como afirma K. Marx: “Para poder vender mercancías distintas de su fuerza de trabajo, el hombre necesita poseer, evidentemente, medios de producción, materias primas, instrumentos de trabajo, etc. No puede hacer botas sin cuero. Además, necesita medios de vida. Nadie por muy optimista que sea puede vivir de los productos del porvenir, ni por tanto de valores de uso aún no producidos por completo y, desde el día que pisa la escena de la tierra, el hombre consume antes de poder producir y mientras produce” (Marx, K., 1973, Vol. I, p: 121).

Por estas razones, la alternativa que en la mayor parte de los casos tiene el trabajador a la venta de su fuerza de trabajo no es el trabajo por cuenta propia, sino el desempleo⁸⁰. Es cierto que los que no tienen poder de adquisición o de compra pueden conservar, en función de la situación del mercado de trabajo, la libertad de contratar con tal o cual empresario o la de pertenecer a tal o cual empresa⁸¹, pero esta libertad se reduce sustancialmente cuando la decisión es si trabajar por cuenta ajena o por cuenta propia.

⁸⁰ “El trabajador va a la fábrica sin otra cosa que vender que su esfuerzo físico, y sin más alternativa que presentarse allí” (Galbraith, J., K., 1993, p: 148). Como indica C. N. Pitelis, no hay evidencias de que la relación de empleo sea el resultado de un proceso contractual (Pitelis, C., N., 1998, p: 1006).

⁸¹ Por esta razón K. Marx afirmaba que el trabajador no pertenece a un capitalista concreto, pero sí a la clase capitalista en su conjunto, señalando al respecto: “El obrero, en cuanto quiera, puede dejar al capitalista a quien se ha alquilado, y el capitalista le despide cuando se le antoja... Pero el obrero, cuya única fuente de ingresos es la venta de su fuerza de trabajo, no puede desprenderse de toda la clase de los compradores, es decir, de la clase de los capitalistas, sin renunciar a su existencia. No pertenece a tal o cual capitalista, sino a la clase capitalista en conjunto, y es incumbencia suya encontrar quien le quiera, es decir, encontrar dentro de esa clase capitalista un comprador” (Marx, K., Engels, F. 1975, p: 76). G. Palermo considera que entre la coerción absoluta y la libertad absoluta existe una amplia gama de situaciones intermedias. Cuando un ladrón asalta en plena calle a un ciudadano y le conmina a que decida entre entregarle “la bolsa o la vida”, le está dando plena libertad de elección entre dos alternativas, pero difícilmente se podría afirmar que el ciudadano atracado está decidiendo libremente (Palermo, G., 2000, p: 582).

7. EL PRINCIPIO DE EFICIENCIA

Como se ha podido observar, tras el principio de la libertad contractual late en muchos casos el de eficiencia, por ser el que permite sostener la hipótesis de las mayores ganancias del trabajador en la empresa frente a otras posibles alternativas⁸². Para O. E. Williamson, cuando las relaciones humanas se desarrollan en libertad, el cambio institucional se encuentra guiado por el principio de eficiencia⁸³. Esta suposición plantea, al menos, dos importantes debates. El primero consiste en determinar si verdaderamente el principio de eficiencia constituye el auténtico motor del cambio que explica el nacimiento de la “empresa coasiana”. El segundo, dando por supuesto que así sea, plantea el problema de determinar cómo opera realmente este principio.

- **El debate sobre la eficiencia como motor del cambio: S. Marglin frente a O. E. Williamson.** Para los denominados economistas radicales la empresa prevalece por razones de poder y beneficio del capitalista, sin tener que ser forzosamente más eficiente que otras formas alternativas de organizar las actividades de producción. Autores como S. Marglin, K. Stone (Stone, K., 1974), S. Bowles y H. Gintis (Bowles, S., Gintis, H., 1981), consideran que la relación de autoridad no surge por razones de eficiencia y productividad sino por razones de carácter político-prácticas y de control que no fueron suficientemente desarrolladas por K. Marx. Para justificar esta posición doctrinal, el primero de los autores mencionados analiza, de una parte, las razones de la división horizontal del trabajo y, de otra, explica las razones de la transición del *putting-out system* a la fábrica. Con respecto a la primera cuestión, los puntos más relevantes de la aportación de S. Marglin son los siguientes:

- En primer lugar, cuestiona muchos de los beneficios que A. Smith vinculó a la división horizontal del trabajo y a la especialización en el seno de las unidades productivas⁸⁴. Cuestiona, sobre todo, los beneficios relativos al aumento de la habilidad del trabajador y al ahorro de tiempo por no tener que cambiar de tarea con tanta frecuencia.

⁸² “Desde la perspectiva de R. Coase, el agente se muestra de acuerdo en trabajar voluntariamente bajo la autoridad del principal porque espera obtener unas ganancias superiores como consecuencia de la mayor eficiencia de la jerarquía” (Pitelis, C., N., 1998, p: 1002).

⁸³ “...el que un conjunto de transacciones deba ejecutarse a través de los mercados o dentro de una empresa depende de la eficiencia relativa de cada modelo” (Williamson, O., E., 1975, p: 8).

⁸⁴ Como afirma D. S. Landes, A. Smith centra su análisis en la especialización intra-

- De una parte, con respecto al aumento de la habilidad del trabajador que genera la especialización (la práctica genera la perfección), hay que indicar que es el único argumento de A. Smith al que S. Marglin le otorga cierta relevancia, pero solo cuando el trabajo comporta un aprendizaje prolongado y costoso⁸⁵. Además, refuerza su razonamiento con la mención de una serie de casos históricos en los que por necesidades bélicas los hombres tuvieron que marchar al frente, y tanto las mujeres como los niños aprendieron en pocos días a desarrollar las actividades especializadas que antes realizaban los primeros⁸⁶.

- De otra parte, en lo relativo al ahorro de tiempo por no tener que cambiar de tarea con tanta frecuencia, S. Marglin indica que es cierto que la división del trabajo supone un ahorro de tiempo, pero ello no tiene por qué suponer necesariamente especialización. El argumento de que se economiza tiempo, al no tener que pasar de una tarea a otra, lo desacredita señalando que el trabajador puede, en vez de pasar inmediatamente de una tarea a otra, dedicar un tiempo prolongado de forma continua a cada una de ellas de forma sucesiva (por ejemplo, haciendo referencia a la industria textil, primero a hilar, después a tejer, a abatanar, a teñir,...)⁸⁷. Lo que late en esta observación de S. Marglin es la diferencia que existe entre división del trabajo y especialización, diferencia que queda a veces oscurecida por

ocupacional y elige como ejemplo una fábrica de alfileres, no centra su análisis en la división social u ocupacional del trabajo (Landes, D., S., 1986, p: 586).

⁸⁵ “Se admitirían sin dificultad (las ventajas de la división del trabajo) si A. Smith hablara de músicos, bailarines o cirujanos, o incluso si hablara de la división del trabajo entre fabricantes de alfileres y fabricante de paños. Ahora bien, no habla de nada de esto, sino simplemente de la división parcelaria de actividades industriales banales en diferentes especialidades” (Marglin, S., 1974, pp: 66-68)

⁸⁶ D. S. Landes utiliza una lógica empresarial para objetar el razonamiento de S. Marglin, señalando que es precisamente porque las tareas una vez simplificadas se pueden aprender en poco tiempo por lo que merece la pena al emprendedor reducirlas a sus formas elementales (Landes, D., S., 1986, p: 591-592). Esta simplificación permite, primero, contratar a una fuerza de trabajo poco cualificada a la que se puede pagar salarios reducidos, segundo, formar a los trabajadores en nuevos métodos y hábitos de trabajo. Esto último no es una cuestión intrascendente cuando trabajadores experimentados se resisten a la adopción de cambios en los métodos de producción (Landes, D., S., 1986, p: 592. Cita 24).

⁸⁷ “Decididamente es difícil obtener de la industria de alfileres una justificación, cualquiera que sea, de la especialización rigurosa de los obreros. Al contrario, hubiera sido técnicamente posible sin especialización reducir el tiempo de acomodación. Un artesano, con su mujer y sus hijos, hubiera podido pasar de un trabajo a otro, desenrollar suficiente alambre para un centenar o un millar de alfileres, luego enderezarlo, cortar la punta, etc., aprovechando así las ventajas de una división de todo el proceso de producción en tareas sucesivas” (Marglin, S., 1974, pp: 69-70).

las estrechas relaciones que realmente existen entre ambos conceptos. La división del trabajo hace referencia a la organización de las actividades productivas, mientras que la especialización es una característica del trabajador. Como muestran los estudios realizados en las sociedades primitivas y como muestra la implantación de técnicas más modernas de rotación de tareas, puede existir una intensa división del trabajo con una escasa o reducida especialización de los trabajadores⁸⁸.

Es interesante mencionar que el concepto de eficiencia que utiliza S. Marglin es de carácter tecnológico, ya que viene determinado por una relación entre los *outputs* y los *inputs*. Su singularidad radica en que el *input* trabajo no se computa con base en los costes, sino con base en la cantidad suministrada de recurso trabajo, es decir, las horas de trabajo y la intensidad del trabajo durante esas horas. Se trata de un criterio de eficiencia quizás más genuino, pero diferente del que utiliza el empresario basado en la reducción de costes y la certeza del *output* (Landes, D., S., 1986, p: 594).

- En segundo lugar, descartado el objetivo de la eficiencia, S. Marglin argumenta que la división horizontal del trabajo tiene como metas fundamentales dividir y debilitar a los trabajadores como fuerza política⁸⁹, en el mercado de trabajo⁹⁰ y, sobre todo, hacer indispensable la

⁸⁸ D. S. Landes utiliza de nuevo una lógica empresarial para discrepar de S. Marglin al enfatizar las ventajas que en términos de costes laborales supone la división del trabajo en tareas con diverso grado de complejidad. Es esta diversidad la que permite a los empresarios seleccionar a los trabajadores de acuerdo con sus capacidades, sin pagar más de lo requerido en cada caso (Landes, D., S., 1986, p: 588). Este mismo autor considera que, aunque un trabajador cualificado pudiera llevar a cabo todas las tareas del proceso de producción, desde la preparación hasta la terminación, ninguno haría las tareas más simples si puede recibir ayuda de otros trabajadores no cualificados, evitando con ello una considerable pérdida de tiempo y experiencia: "... la especulación de que los trabajadores cualificados podían reducir su tiempo de preparación mediante una ordenación secuencial de la tareas es pura fantasía, -... podrían pero no querían" (Landes, D., S., 1986, p: 591).

⁸⁹ Lo cual no es más que una manifestación de la táctica maquiavélica de *divide et impera*. "La organización jerárquica de la producción y la fragmentación de las tareas divide a los obreros en diferentes niveles, poniéndolos a unos contra otros,... Todo esto debilita la solidaridad (y, por tanto, limita el poder del grupo) de los obreros y sirve para convencerlos, a través de sus actividades diarias, de su incapacidad personal para controlar, o incluso para convencerles de la imposibilidad técnica de dicho control" (Bowles, S., Gintis, H., 1981, p: 111).

⁹⁰ La especialización vinculada a la división horizontal del trabajo aumenta la oferta de trabajo asalariado ya que desconocer el proceso de trabajo en su conjunto impide o dificulta operar

función del empresario como coordinador de la producción (Marglin, S., 1974, p: 70). Para que su tarea sea necesaria y para asegurar una recompensa lucrativa por ella, el empresario impone una forma de organización que lo convierte en algo esencial, ya que ser exclusivamente un rentista que aporta capital lo haría excesivamente vulnerable a la expropiación (Marglin, S., 1984, p: 150)⁹¹.

Con respecto al tránsito del *putting-out system* a la fábrica, S. Marglin considera que la razón fundamental⁹² radica en el deseo del empresario de obtener un mayor control sobre el proceso de trabajo. Concretamente, las mayores posibilidades de vigilancia directa y disciplina que comporta la fábrica tuvo, entre otras consecuencias, una que merece la pena destacar especialmente: suprime la libertad del trabajador para materializar la oferta de trabajo que considere, en cada momento, adecuada a sus intereses o deseos, tanto en términos de horas como de intensidad.

- Primero, desaparece la libertad del trabajador, propia del trabajo a domicilio, de decidir el número y sobre todo la distribución de las horas de trabajo. La empresa capitalista, con sus horarios rígidos, pone al trabajador ante la disyuntiva de “lo toma o lo deja”, sabiendo que si lo deja puede ocurrir que no encuentre trabajo o que encuentre otro cuyos hora-

por cuenta propia. “He aquí uno que, en una época apenas posterior al *putting-out system*, defiende abiertamente la especialización como forma de dominación: se trata de Henry Ashworth Jr... En su diario alaba a un competidor por no permitir a ninguno de sus empleados, ni siquiera a su director mezclar el algodón; añade que su director, Henry Hargeaves, desconoce totalmente las mezclas y el coste del algodón, a fin de que nunca pueda despojarle de sus negocios; cada vigilante tiene asignado un trabajo completamente separado del de los otros y nadie, salvo él mismo sabe exactamente lo que se hace en conjunto”. Citado por S. Marglin, (Marglin, S., 1974, p: 72). “En realidad, el carácter distintivo del *putting-out system*, era una especialización tan parcelaria que impedía al obrero aprovechar el mercado relativamente amplio (¡competitivo!) que existía para los productos, y le obligaba a ofrecerse en un mercado muy estrecho de un subproducto que, en una zona geográfica dada, podían controlar un reducido número de fabricantes” (Marglin, S., 1974, p: 91).

⁹¹ En palabras de D. S. Landes: “Marglin recurre a la historia para argumentar que el empresario, que no añade nada a la eficiencia técnica, hizo uso de la división del trabajo y de la especialización para imponerse como jefe, creando de esta manera un rol tan artificial como improductivo” (Landes, D., S., 1986, p: 585).

⁹² Como ya ha sido indicado, S. Marglin otorga también una considerable importancia en el tránsito del *putting-out system* a la fábrica a la reducción de las conductas oportunistas relacionadas con el fraude de los trabajadores. No obstante, hay que tener presente que para O. E. Williamson prevenir este tipo de conducta se encuentra directamente relacionado con la eficiencia, ya que supone eliminar los costes asociados con ella.

rios no sean sustancialmente diferentes. La disyuntiva es: el horario y la jornada ofertada por los empresarios o el paro. Como acertadamente indica S. Marglin, no deja de sorprender que el análisis micro-económico convencional explique la oferta de trabajo individual con base en las curvas de indiferencia entre numerario y ocio y con base en la recta de ingresos del trabajo. Este análisis da por supuesto que el trabajador puede decidir, en todo momento, cómo distribuye su tiempo de vigilia entre el ocio y el trabajo⁹³. La realidad es bien diferente ya que, salvo en contados trabajos, el empresario fija al trabajador el tiempo de trabajo y de ocio, teniendo este la libertad, siempre relativa, de aceptarlo o no.

- Segundo, la vigilancia directa y la disciplina que posibilita el trabajar bajo “un solo techo” permite la intensificación del trabajo, es decir, el desarrollo de jornadas menos “porosas” y más intensas en lo que se refiere al desarrollo de la actividad laboral. La disciplina permite al empresario la extracción de más trabajo por unidad de salario⁹⁴.

⁹³ “Es muy curioso que la aplicación del modelo de curva de indiferencia a uno de los problemas fundamentales de elección económica suponga una premisa que es incompatible con el capitalismo. Para que se pueda aplicar el modelo de curva de indiferencia a la decisión de si consumir bienes o disfrutar del ocio, es preciso que el obrero tenga el control de sus tiempos de trabajo” (Marglin, S., 1974, p: 92, cita 92). “En otras palabras, si los obreros optaban por trabajar menos cuando los salarios aumentaban (prevaleciendo el efecto renta sobre el efecto sustitución) daban pruebas de indisciplina. En palabras más neutras se puede decir que la pereza traducía simplemente una preferencia hacia el ocio. Lejos de ser un comportamiento económico poco racional, una curva de oferta de trabajo individual de pendiente negativa constituye un fenómeno de lo más natural cuando el obrero controla su oferta de trabajo” (Marglin, S., 1974, p: 92). S. Marglin afirma: “El éxito del capitalismo pre fabril contenía el germen de su propia transformación. Cuando el comercio interior y exterior de Gran Bretaña se expandió, los salarios aumentaron y los trabajadores se mostraron dispuestos a cambiar una parte de sus ganancias por un mayor tiempo de ocio. Por razonable que esta reacción pueda parecer no ayudaba al empresario capitalista a avanzar en aquellos momentos. El capitalista no aceptó sin reaccionar el funcionamiento de la mano invisible” (Marglin, S., 1974, p: 93). “Su primer recurso era la ley.... Pero se puso de manifiesto que era necesaria una acción más directa. La salvación del capitalista consistía en fijar él mismo las partes respectivas de trabajo y de tiempo libre. El interés del capitalista exigía que el obrero no tuviese otra opción que someterse al patrono o no encontrar trabajo; la fábrica no le dejaría otra salida” (Marglin, S., 1974, p: 93).

⁹⁴ J. S. Cohen considera que existen pruebas abrumadoras de que con la fábrica la velocidad del trabajo se intensificó, especialmente a medida que los empresarios y sus cuadros mejoraron sus capacidades en la gestión de la fuerza de trabajo (Cohen, J., S., 1981, p: 30). “La disciplina de la fábrica fue diseñada para forzar a los trabajadores a hacer más de lo que ellos podían hacer libremente si ellos hubieran mantenido el control sobre las horas y sobre la intensidad de trabajo” (Clark, G., 1994, p: 129).

La duda que surge como consecuencia de la argumentación de S. Marglin⁹⁵ es por qué en ese preciso lugar y momento histórico, Gran Bretaña a mitad del siglo XVIII, deciden los emprendedores que la fábrica comience a desplazar al *putting-out system*⁹⁶.

La respuesta de O. E. Williamson, al análisis de los economistas radicales, en general, y de S. Marglin, en particular, fue comparar desde la óptica de la eficiencia en materia de costes de transacción a la relación de autoridad, con el *putting-out system* y con otras formas de organización de las actividades económicas de producción, tales como la “contratación interna” o *marchandage* y el “grupo de compañeros”⁹⁷, entre otras⁹⁸.

Mediante el recurso metodológico *ceteris paribus* (Williamson, O., E., 1980, p: 12) y con base en una serie de supuestos, que tienen como objetivo centrar la atención en el mayor grado posible en los costes de transacción, O. E. Williamson establece comparaciones entre los diversos modos de organización. Para ello toma en consideración once factores de eficiencia y puntúa los diferentes modos con “0” o “1” en cada uno de estos factores⁹⁹.

⁹⁵ Argumentación a la que S. R. H. Jones no duda en calificar como generalizaciones vagas y mal fundadas (Jones, S., R., H., 1982, p: 121) y que D. S. Landes considera que tiene como base una lectura errónea de la historia de carácter esencialmente ideológico (Landes, D., S., 1986, p: 585).

⁹⁶ Como indica J. Mokyr el tránsito del trabajo en el domicilio a la producción centralizada durante la Revolución Industrial fue gradual pero incesante (Mokyr, J. 2001, p: 5).

⁹⁷ El “grupo de compañeros”, denominado también “organización entre iguales” o “grupo de colegas”, se caracteriza, de acuerdo con O. E. Williamson, por la propiedad común de los medios de producción y de los inventarios, por la toma democrática de decisiones, por retribuir a sus componentes de acuerdo con la productividad media del grupo y por no existir un agente central de contratación. Además, en el “grupo de compañeros” los trabajadores pueden rotar entre puestos o estaciones de trabajo o bien especializarse (Williamson, O. E. 1980, p: 16). O. E. Williamson considera compatible con la toma democrática de decisiones tanto la discusión y la toma de decisiones del grupo en pleno, como la existencia de líderes temporales que con carácter rotatorio tomen las decisiones de índole operativa, ya que las de carácter estratégico siempre se reservan al grupo en pleno. Este mismo autor considera que la forma de “organización interna” más sencilla y que aparece primero (se supone que históricamente) es el “grupo de compañeros” (Williamson, O., E., 1975, p: 41).

⁹⁸ Se puede afirmar que para responder a los economistas radicales, O. E. Williamson adopta un punto de vista menos abstracto y más cercano a la realidad histórica que en su explicación inicial acerca de las razones de la existencia de la “organización interna” y de la “empresa coasiana”.

⁹⁹ Los once criterios de eficiencia contemplados por O. E. Williamson son los siguientes:
- Criterios relacionados con el flujo del producto: gastos de transporte, inventarios de amortiguación y pérdidas que se producen entre las diversas fases del proceso de producción.

En la valoración realizada por O. E. Williamson, mientras que la relación de autoridad obtiene una puntuación de nueve, el *putting-out system* obtiene tan solo una puntuación de cinco¹⁰⁰, en ambos casos sobre once. El modo de organización con ventajas transaccionales más cercanas a la relación de autoridad (Williamson, O., E., 1980, pp: 22-30), es el “grupo de compañeros” con una puntuación de ocho, igualmente, sobre once¹⁰¹.

- Criterios relacionados con la asignación: eficiencia con la que se asignan los trabajadores a las diversas estaciones del proceso de producción, eficiencia con la que se asignan los trabajadores a las diversas tareas de liderazgo y posibilidades de contratar con especialistas para servir a las necesidades de las distintas estaciones de trabajo.

- Criterios relacionados con los incentivos: incentivos con respecto a la intensidad del trabajo; incentivos con respecto a la utilización cuidadosa del equipo; capacidad de respuesta ante los problemas locales tales como los paros debidos a averías, enfermedad, etc.; capacidad de respuesta ante los problemas de carácter general; y, por último, la innovación con vistas a la reducción de costes (Williamson, O. E. 1980, pp: 22-23).

¹⁰⁰ De los once criterios de valoración utilizados por O. E. Williamson, en seis puntúa más la relación de autoridad, en dos el *putting-out system* y en tres puntúan de idéntica forma. Las mayores debilidades del *putting-out system* con respecto a la relación de autoridad se encuentran sobre todo en los criterios relacionados con el flujo de los productos entre las diversas estaciones de trabajo. Las razones de esta mayor debilidad son las siguientes. De una parte, los mayores costes de transporte en los que incurre al tener que recoger los productos terminados o en curso de las diversas estaciones. De otra parte, los mayores costes derivados del mantenimiento de unos inventarios de amortiguación elevados, necesarios para asegurar un suministro regular. Finalmente, las mayores pérdidas que se producen como consecuencia de robos, adulteración y pérdidas de materias primas, debido a que el trabajo no se encuentra estrechamente supervisado. El *putting-out system* también puntúa menos en los criterios relacionados con la asignación, ya que la naturaleza dispersa de la producción hace más difícil para el *putting-out system* contratar con especialistas los servicios para el trabajador a domicilio (escasamente necesarios, al menos durante el siglo XVIII, ya que el trabajador mantenía y reparaba unos equipos que eran de su propiedad). Solo en el ámbito de los criterios relacionados con los incentivos el *putting-out system* puntúa al mismo nivel que la relación de autoridad, pero incluso en este aspecto, las puntuaciones son inferiores cuando se trata de cuestiones tales como las rupturas o los problemas en el equipo (capacidad de respuesta ante los problemas locales) o la adaptación a los cambios en los mercados o la tecnología (capacidad de respuesta ante los problemas globales) (Jones, S., R., H., 1982, p: 120).

¹⁰¹ Entre las diversas razones que O. E. Williamson esgrime para afirmar la superioridad de la relación de autoridad frente al “grupo de compañeros” destacan los mayores costes de comunicación y de toma de decisiones de este último. Si la decisión es grupal, estos costes son bastante evidentes y, si la jerarquía es rotatoria o temporal, también surgen problemas. Como existen importantes diferencias individuales en lo relativo a las capacidades y aptitudes naturales de las personas en materia de procesamiento de la información y toma de decisiones, se logra una mayor eficiencia cuando los puestos que comportan mayores exigencias en este terreno se reservan de forma permanente para los individuos en los que estas capacidades y aptitudes son mayores (Williamson, O., E., 1975, pp: 47-52). Igualmente, O. E. Williamson pone de manifiesto la superioridad de la “jerarquía simple” sobre el “grupo de compañeros” para atajar el oportunismo. En

De esta forma O. E. Williamson rebate el análisis de los economistas radicales y concluye que las relaciones de autoridad superan a otros modos alternativos de organización en todo un conjunto de dimensiones relacionadas con los costes de transacción. Además, considera que existe una relación aproximada entre la suma de puntos obtenidos por los diversos modos en los distintos factores y el orden con que han ido apareciendo a través de la historia, siendo especialmente significativo el tránsito del *putting-out system*, a la “contratación interna” (*marchandage*)¹⁰² y, de ésta, a la relación de autoridad¹⁰³.

este sentido conviene indicar que O. E. Williamson considera que, si se introduce una retribución o un control con base en la productividad individual, la estructura del “grupo de compañeros” se ve tan severamente comprometida que se produce una alteración de clase más que de grado, convirtiéndose de facto en una jerarquía (Williamson, O., E., 1975, pp: 49-54). Quiere esto decir que para O. E. Williamson, si existe una medida de la productividad individual y una retribución o un control de acuerdo con esta productividad, se está en presencia de una jerarquía, aunque realmente esta jerarquía no exista en sentido estricto.

¹⁰² O. E. Williamson analiza cómo la relación de autoridad subsana algunos de los inconvenientes transaccionales que caracterizan a la “contratación interna”, a la que denomina “jerarquía simple ampliada” (Williamson, O., E., 1975, pp: 95-102). R. Szostak considera que el *marchandage* constituye un modo de organización de transición entre el *putting-out system* y la fábrica que tiene su razón de ser en la escasez existente, en un determinado momento histórico, de supervisores y cuadros medios cualificados y de la confianza del empresario (Szostak, R., 1989, p: 353).

¹⁰³ “No resulta así sorprendente que tales formas tempranas de modos de organización fuesen sustituidas por otras que tenían mayores puntuaciones en los criterios de flujo de producto, asignación de tareas e incentivos. De nuevo, los cambios parece impulsados por la eficiencia; para llegar a tales resultados sin necesidad de la conjura diabólica de ‘dividir para reinar’” (Williamson, O. E. 1985, p: 231). “Aunque puede sostenerse que los modos de organización posteriores desplazaron a los anteriores porque existían ‘intereses’ para acabar con la autonomía de los trabajadores, una hipótesis alternativa es que los modos posteriores tienen propiedades de eficiencia superiores a los anteriores. La progresión del *putting-out system*, a la “contratación interna” y a la relación de autoridad resulta especialmente digna de mención en este sentido” (Williamson, O. E. 1980, p: 29). O. E. Williamson señala que “...Los economistas radicales no afirman sólo que la jerarquía carece de una justificación de eficiencia imperiosa, sino que también afirman que la historia de la jerarquía apoya la hipótesis alternativa, a saber, que surgió al servicio del poder del capitalista sobre los trabajadores” (Williamson, O., E., 1980, p: 10). Este autor critica la explicación radical de la jerarquía en los siguientes términos: “1) todos los propósitos legítimos de la organización en términos de la eficiencia pueden comprenderse por referencia a la teoría neoclásica de la empresa; 2) la teoría neoclásica no toma en cuenta la jerarquía; en consecuencia, 3) la hipótesis alternativa – que la jerarquía opera al servicio del poder – gana” (Williamson, O. E. 1985, p: 207). No obstante, O. E. Williamson termina su crítica del análisis de los economistas radicales señalando que, aunque existe algún mérito en todas las explicaciones que aumentan la comprensión de los fenómenos sociales complejos, el “...problema principal del poder es que el concepto se encuentra tan pobremente definido que puede utilizarse para explicar casi todo” (Williamson, O., E., 1985,

No obstante, el análisis de O. E. Williamson, al igual que sucedía con el S. Marglin, tampoco proporciona una respuesta precisa acerca de por qué es en Gran Bretaña a mitad del siglo XVIII cuando el *putting-out system* comienza a ser sustituido por la fábrica. Expresado en otros términos se plantea el interrogante de por qué el *putting-out system* fue capaz de supervivir tanto tiempo si la fábrica era mucho más eficiente (Jones, S., R., H., 1983, p: 66).

Las valoraciones realizadas por O. E. Williamson sobre los diversos modos de organización han sido criticadas por muy diversas razones¹⁰⁴. Entre estas críticas destaca especialmente la realizada por G. K. Dow, cuando señala que hubiera bastado con que O. E. Williamson incorporara a su análisis las disfunciones relacionadas con el oportunismo que tiene sus raíces en la autoridad, para que el denominado “grupo de compañeros” superara en ventajas transaccionales a la “empresa coasiana” (Dow, G., K., 1987, p: 21).

- El debate sobre el funcionamiento del principio de eficiencia. Si se admite que el principio de eficiencia constituye el motor del cambio, surge la segunda cuestión anteriormente planteada: comprender cómo opera este principio en la explicación del paso de la “empresa unipersonal”, o de otras formas de organización de las actividades económicas de producción, a la “empresa coasiana”. En el análisis de O. E. Williamson no queda claro si el proceso que explica el nacimiento y la posterior supervivencia de la “empresa coasiana”, es el producto:

- De una parte, de actuaciones calculadas de los individuos (“mano visible”), es decir, el resultado de operaciones conscientes de cálculo de costes de transacción.

- De otra, de una especie de proceso inconsciente de “selección natural” (“mano invisible”) similar al de la Teoría de la Evolución y donde el mercado y la competición desempeñan un papel similar al del entorno natural en la selección biológica¹⁰⁵.

pp: 231, 237 y 238). Se trata de un extraño reconocimiento por parte O. E. Williamson que puede ser interpretado de la siguiente forma: aunque el poder sea importante en la explicación de la existencia de la empresa es preferible no prestarle atención por tratarse de un concepto que no se encuentra bien definido.

¹⁰⁴ Véase en este sentido S., R., H., Jones (Jones, S., R., H., 1982, pp: 120, 124-125, 132-134).

¹⁰⁵ Aunque O. E. Williamson razona fundamentalmente en términos de estática comparativa

Lo cierto es que ambas alternativas plantean problemas:

- La primera experimenta, por razones obvias, un conflicto con el supuesto de la racionalidad limitada. Si los agentes económicos toman las decisiones sobre la forma de organizar las actividades económicas de producción con base en los costes de transacción, su determinación y medida resultan fundamentales¹⁰⁶. Sin embargo, los esfuerzos que se han desarrollado en esta dirección no han tenido éxito debido a la ambigüedad del concepto y a la dificultad que comporta valorar de forma adecuada determinados componentes de estos costes. En este sentido D. North y J. Wallis indican que las teorías que asignan un importante protagonismo en el cambio institucional a los costes de transacción deben necesariamente conformarse con hacer afirmaciones que rara vez pueden ser confirmadas o falsadas, ya que la variable en la que se basan resulta inobservable y con una fuerte carga de subjetividad (North, D., Wallis, J., 1994, p: 622). Aunque algunos autores consideran que es posible que los agentes económicos con base en la intuición o en la experiencia puedan vislumbrar el logro de importantes economías sin necesidad de complejos y detallados cálculos en materia de costes de transacción¹⁰⁷, otros muchos opinan que supone una clamorosa contradicción interna la coexistencia del agente racionalmente limitado con la necesidad de un cálculo de costes que bajo ningún punto de vista puede considerarse simple¹⁰⁸. La única forma de

también hace referencia a lo largo de su obra, aunque sin mucha profundidad, a una explicación evolutiva (Williamson, O., E., 1985, pp: 23-394).

¹⁰⁶ “Esencialmente, el tipo de análisis con base en los costes de transacción de Coase y Williamson comporta comparaciones estáticas entre diferentes tipos de estructuras de gobierno. Coase compara el mercado, considerado como una forma de estructura de gobierno desorganizada, con la empresa... En cada caso la referencia es una comparación de los costes de transacción a través de dos o más situaciones de equilibrio” (Hodgson, G., M., 1993, p: 85).

¹⁰⁷ O. E. Williamson señala a este respecto: “Aunque el concepto de costes de transacción tiene una gran aceptación, su medición plantea dificultades formidables. Estos problemas se atenúan de manera significativa al establecer comparaciones entre los costes de transacción que comportan las diversas formas de organizar la actividad económica.... lo que importa es la diferencia que existe entre los costes de transacción antes que su magnitud absoluta” (Williamson, O., E., 1996, p: 5; Williamson, O. E., 1985, pp: 21-22). En parecidos términos, S. G. Winter señala que “Una observación metodológica interesante es que este avance no se ha logrado por el desarrollo de técnicas para la medición directa de los costes de transacción sino por el establecimiento de hipótesis acerca de dónde es probable que surjan dificultades transaccionales severas” (Winter, S., G., “Coase, la Competencia y la Corporación”, 1996, p: 260).

¹⁰⁸ “Se argumenta que dada la sustancia informativa de los costes de transacción, el concepto no puede ir unido de forma simultánea a la idea de cálculo omnisciente, propio del pensa-

solucionar este problema es prescindir del agente calculador y situar el análisis en el plano de la evolución más que en el de la estática comparativa (Hodgson, G., M., 1993, p: 86). La “mano invisible” de un mecanismo evolutivo resulta plenamente compatible, no solo con una “racionalidad limitada”, sino incluso con una “racionalidad orgánica”, en la que la ignorancia funciona con mayor eficacia para el logro de ciertos fines que el conocimiento y la planificación (Williamson, O., E., 1985, p: 47)¹⁰⁹.

- La segunda posibilidad, por tanto, consiste en que la competición en el mercado se convierta en la “mano invisible” que conduce a la selección de las formas de organización más adaptadas a la supervivencia y que son superiores en términos relativos. De esta forma, la competición daría lugar al nacimiento de la “empresa coasiana” y al progresivo desplazamiento de la “empresa unipersonal” y de otras formas de organizar las actividades económicas de producción. En este sentido O. E. Williamson indica que el “...argumento descansa en general sobre la eficacia de la competencia para seleccionar entre los modos de organización más y menos eficientes, desplazando los recursos en favor de los primeros” (Williamson, O., E., 1985, pp: 22-23). Este enfoque evolutivo puede ser también objeto de críticas, tanto desde la perspectiva de su funcionamiento como desde la perspectiva de sus resultados:

- Desde la perspectiva de su funcionamiento, es cierto que en las últimas décadas han surgido aportaciones que tratan de trasladar al ámbito socio-económico teorías evolutivas que tienen su origen en la biología¹¹⁰.

miento neoclásico, y a la idea de racionalidad limitada, propia de H. Simon” (Hodgson, G., M., 1993, pp: 77-85). “Desafortunadamente, el argumento de la intencionalidad entra en contradicción con el énfasis que la escuela de los costes de transacción pone sobre la racionalidad limitada. Si los agentes no pueden hacer frente a las complejas contingencias de los contratos... no pueden conocer los costes de transacción objetivos a los que hacen frente. Tal conocimiento implicaría habilidades cognitivas suficientes para la contratación completa, lo que ha sido ya considerado inviable” (Dow, G., K., 1987, p: 27).

¹⁰⁹ “Un paradigma evolutivo proporciona una alternativa a la idea que constituye el ‘núcleo duro’ de la economía neoclásica: un mecanismo de maximización bajo restricciones estáticas” (Hodgson, G., M., 1991, p: 520).

¹¹⁰ G. Liagouras señala que si bien en siglos previos la economía ha sentido una profunda envidia por la física, en las últimas décadas la envidiada por parte de los economistas ha sido la biología (Liagouras, G., 2013, p: 1255). Alfred Marshall se refería a la economía como la Meca de los economistas (Watkins, J., P., 2010, pp: 991). Una buena prueba de ello ha sido el denomi-

Pero estas teorías se encuentran sometidas a intensas críticas, dadas las importantes diferencias que existen entre la evolución natural y la evolución socio-económica¹¹¹. Además, se trata de teorías que se orientan más hacia la explicación de la evolución de la “empresa coasiana”¹¹² que hacia la explicación de su nacimiento en el transcurso de un eventual proceso evolutivo¹¹³. Aun admitiendo, como parece sugerir O. E. Williamson, que la competencia sea la “mano invisible” que desplaza los recursos de los modos de organización de la producción menos eficientes (la “empresa unipersonal”, el “grupo de compañeros”, la “contratación interna”, el *putting-out system*...), a los más eficientes (las “empresas coasianas”), se trata de un argumento que ya da por supuesto la existencia de este último tipo de empresas, por lo que no explica el nacimiento de las mismas.

En el ámbito de la biología la síntesis “Neo-Darwiniana” explica cómo se produce la “variedad” que constituye la materia prima de la selección natural. Sin embargo, resulta extremadamente difícil utilizar esta misma lógica para explicar el nacimiento de la “empresa coasiana”. La selección natural se produce cuando las mutaciones y las combinaciones de los genes parentales dan lugar a una variación genética que aumenta la probabilidad de supervivencia o incrementa la capacidad reproductiva en un contexto o medio natural determinado. Las mutaciones que dan lugar a la variedad genética se producen de forma espontánea o súbita o por la acción de “mutágenos” de muy diverso tipo. Se trata de una variación que surge debido a causas que son independientes de los efectos

nado “Darwinismo Universal” o “Darwinismo Generalizado” propuesto por G. M. Hodgson (Hodgson, G., M., 2002, pp: 259-281) como una teoría general de la evolución que, reducida a sus principios básicos de “variación”, “herencia” y “selección”, se considera aplicable a campos muy diversos.

¹¹¹ “Mientras que no hay duda de que la especie humana es el resultado de la evolución natural, no se tiene claro cómo la economía moderna puede ser explicada en términos del modelo ‘Darwinista’ de evolución biológica” (Cordes, Ch., 2006, pp: 529-541).

¹¹² La perspectiva evolutiva parece más útil para explicar la evolución de la “empresa coasiana” que para explicar su nacimiento. No obstante, una vez que surge la empresa se plantea el problema, al igual que en biología, de determinar si la unidad natural de selección del proceso evolutivo son los individuos o los grupos, es decir, surge el dilema de si la “empresa coasiana” puede ser considerada una unidad de selección.

¹¹³ Es el caso del “Darwinismo Generalizado” en el que se produce una identificación de las “rutinas” de la “empresa coasiana” con la información genotípica y de la propia empresa con el fenotipo. La competición de mercado da lugar a que las rutinas menos eficientes desaparezcan debido, en unos casos, a la quiebra de empresa y, en otros, a su sustitución por otras rutinas más eficientes (Hodgson, G., M., Knudsen, T., 2004, pp: 281-307). La diferenciación entre el genotipo

que puede tener sobre el organismo¹¹⁴. Quiere esto decir que, descartada la elección racional, llevando el símil biológico hasta sus últimas consecuencias, se llega a la decepcionante conclusión de que la mutación que da lugar a la variante genética que se encuentra en el origen del fenotipo “empresa coasiana” resulta imposible de explicar, bien porque se produce de forma súbita o espontánea, o bien porque se desconoce el “mutágeno” que la provoca.

- De otra parte, si se analiza el proceso evolutivo desde la perspectiva de sus resultados, su congruencia con el principio de eficiencia como motor del cambio exige de alguna suerte de “Panglossianismo”. Sin embargo, las ideas “Panglossianas” de que el proceso evolutivo conduce a resultados óptimos o cercanos al óptimo y de que la supervivencia implica *per se* eficiencia han sido ampliamente cuestionadas¹¹⁵.

- En primer lugar hay que señalar que el proceso evolutivo no es un proceso de optimización, ya que tiene que haber siempre variedad para que la evolución opere. Sin variedad no hay selección (Hodgson, G., M., 1991, p: 522).

- En segundo lugar, la denominada “selección natural”, al menos en el ámbito socio-económico, no tiene por qué dar lugar forzosamente a

y el fenotipo es consecuencia de la síntesis moderna entre la biología Darwiniana y la genética Mendeliana, también denominada síntesis “Neo-Darwiniana” (Liagouras, G., 2013, p: 1257). El genotipo es el código que contiene las instrucciones acerca de cómo el organismo crecerá y se desarrollará. El fenotipo hace referencia al carácter real del organismo, incluyendo sus capacidades y su propensión a comportarse de una determinada manera. Cada fenotipo se desarrolla de acuerdo con las instrucciones de su genotipo y la influencia de las condiciones ambientales (Hodgson, G., M., Knudsen, T., 2006, p: 346).

¹¹⁴ En este sentido se afirma que es una variación que surge al azar con respecto a sus efectos.

¹¹⁵ El propio O. E. Williamson aclara su posición al respecto al indicar: “Esto puede expresarse diciendo que yo estoy de acuerdo con la selección de forma débil en lugar de la de forma más fuerte” (Williamson, O., E., 1985, p: 23, cita nº 14). G. M. Hodgson opina que O. E. Williamson intenta esquivar la acusación de un exceso de “Panglossianismo” a través de su insistencia en una forma de selección débil o imperfecta. Mientras que niega su adherencia a la proposición más “fuerte” de que “todo es para mejor en el mejor de los mundos posibles”. Tal como ha sido indicado, O. E. Williamson mantiene el punto de vista de que la competición lleva a cabo alguna clase de reorientación de recursos a favor de las formas más eficientes de organización (Hodgson, G., M., 1991, p: 521).

¹¹⁶ El ejemplo más citado a estos efectos es el caso del teclado QWERTY, diseñado para las máquinas de escribir mecánicas. Uno de sus objetivos principales era separar las letras más usadas

resultados más eficientes¹¹⁶. La existencia no es condición necesaria ni suficiente para justificar la eficiencia¹¹⁷.

Hay que tener presente que para Ch. Darwin la selección natural no toma solamente la forma de la “supervivencia del más apto”, sino también la forma de “lucha por la existencia”. El primer caso supone que el organismo tiene rasgos que le permite hacer frente a los cambios del entorno físico mejor que otros¹¹⁸. El segundo caso supone una competición directa entre organismos de la misma o de distinta especie, siendo la mayor fuerza, destreza, agilidad o inteligencia lo que le permiten prevalecer y supervivir en detrimento de otros. Se lucha directamente con otros y se gana o se pierde. La “lucha por la existencia” en el ámbito económico puede dar lugar a conductas y estrategias alejadas de la eficiencia tales como el desperdicio de recursos, el desplazamiento de costes sobre los trabajadores o el medio ambiente, el desarrollo de conductas orientadas a perjudicar la eficiencia de los rivales, el establecimiento de barreras de entrada, etc. (Watkins, J., P., 2010, p: 996). Como afirma J. Hirshleifer, la “mano invisible”, a la que hacía referencia A. Smith, requiere que se restrinjan de forma radical ciertas formas de competición (Hirshleifer, J., 1978, p: 240)¹¹⁹. También los

de la parte central del teclado para evitar que se atascaran las teclas de este tipo de máquinas. Desde finales del siglo XIX se han patentado diseños mucho más eficientes que permitirían una escritura mucho más rápida. Ninguno de estos diseños ha prosperado debido al temor a incurrir en los denominados costes de “desconexión”, cambio y aprendizaje (Palermo, G., 2007, cita nº 13, pp: 179-180; Grant, R., M., 2004, p: 426).

¹¹⁷ Como indica H. Simon, “el postulado tan a menudo utilizado en los estudios administrativos, de que una estructura es efectiva porque existe, es un argumento circular de la peor especie” (Simon, H., 1976, p: 247). En parecidos términos G. K. Dow indica que “...hasta que no se encuentre un mecanismo explícito capaz de generar estructuras eficientes de gobierno, la afirmación de que las estructuras observadas son eficientes no resulta persuasiva...” (Dow, G., K., 1987, p: 26).

¹¹⁸ El organismo no lucha directamente con otros, sino con el entorno físico. En general la mayoría de los economistas tienden a describir la competición como la “supervivencia del más apto”. La selección natural opera en estos casos por la incapacidad de algunas empresas para supervivir debido a la irracionalidad o la incertidumbre, pero no hay lucha, no hay conflicto, y la empresa es la única responsable de su propio éxito o fracaso (Watkins, J., P., 2010, p: 992).

¹¹⁹ “La referencia a una mano invisible tiene para muchos cierta resonancia mística: he aquí una fuerza espiritual que sostiene la búsqueda del interés propio y que guía a los hombres en el mercado hacia el más benigno de los fines. Esa creencia infringe a Smith una grave injusticia; en efecto, la mano invisible, la más famosa metáfora de la economía, sólo fue eso: una metáfora. Como hombre de la Ilustración, nuestro autor no trató de procurar para su argumento ningún apoyo sobrenatural...en nuestra época, el mercado llegó a adquirir realmente un aire de beneficencia teológica que Smith no habría aprobado” (Galbraith, J., K., 1993, p: 78).

estudios sobre la conducta política¹²⁰ han mostrado cómo formas ineficientes de organización superviven y prevalecen sobre las presiones del mercado, a la vez que otras más eficientes nunca llegan a ser seleccionadas¹²¹.

8. EL ÉNFASIS EN LOS COSTES DE TRANSACCIÓN

Tal como se ha indicado, O. E. Williamson centra su explicación sobre la existencia de la empresa en los costes de transacción. El principio de eficiencia opera mediante la reducción de este tipo de costes, ya sea a través de la “mano visible” del cálculo y la elección racional, ya sea a través de la “mano invisible” de un mecanismo evolutivo. Sin embargo, sin contradecir o cuestionar el principio de eficiencia, existen diversas aportaciones que ponen de manifiesto lo siguiente:

- Unas, que el *primum movens* del nacimiento de la “empresa coasiana” no radica en los costes de transacción.

- Otras, que enfatizan que, junto a los costes de transacción, hay que tomar en consideración toda una serie de factores que pueden tener tanto o más importancia que estos costes.

¹²⁰ J. Pfeffer teoriza sobre la institucionalización y la cristalización del poder en el seno de las organizaciones y su independencia relativa de las presiones del mercado (Pfeffer, J., 1981, pp: 289-292). El propio O. E. Williamson reconoce que “...las fuerzas de la selección natural no operan siempre con rapidez. Las empresas protegidas de la rivalidad en el mercado de productos...y de la disciplina del mercado de capitales,... pueden posponer el ajuste” (Williamson, O., E., 1985, pp: 129-130). No obstante O. E. Williamson señala al respecto “...los partidarios del poder no han demostrado que las innovaciones organizativas importantes – aquellas en las que están en juego importantes costes de transacción – sean regularmente derrotadas por los intereses establecidos. Hay abundantes pruebas de lo contrario” (Williamson, O., E., 1985, p: 124).

¹²¹ “Hay que resaltar que la doctrina evolutiva, que parecía en su nacimiento una amenaza para la religión establecida y para la idea dominante del orden social o natural, fue transformada en un arma utilizada contra el intervencionismo económico y el igualitarismo. Spencer, con su relevante y original contribución, fue uno de los primeros que puso la teoría evolutiva al servicio de este propósito apologético y su influencia todavía impregna en la actualidad la concepción popular sobre la evolución” (Hodgson, G., M., 1991, p: 520). A pesar de los llamamientos a la razón y la ciencia, G. H. Hodgson considera que ciertas versiones de la Teoría de la Evolución terminan apelando a una fuerza motivadora universal, misteriosa y cuasi religiosa para explicar su operativa (Hodgson, G., M., 1991, p: 522).

- **Hipótesis sobre el *primum movens***: Son diversos los autores que opinan, al contrario que S. Marglin, que la eficiencia es la razón última del predominio de la fábrica, pero que, en desacuerdo con O. E. Williamson, consideran que la “primera causa” no radica en los costes de transacción. Las hipótesis más significativas a este respecto son dos:

- De una parte, se encuentran aquellos autores que ven en el cambio tecnológico la explicación del predominio de la fábrica¹²². S. H. R. Jones, en su crítica al análisis de O. E. Williamson, señala que el *putting-out system*, a igualdad de tecnologías, era al menos tan eficiente económicamente como la fábrica y que, además, continuó siendo hasta mitad del siglo XIX el modo de organización dominante en aquellos sectores en los que no se había producido un cambio técnico de entidad (Jones, S., H., R., 1982, pp: 135-136). Los nuevos equipos generaron importantes economías en los *inputs*, especialmente en el *input* trabajo¹²³, a la vez que se adaptaban mal a su utilización en los hogares. Inadaptación que se explica por razones de espacio, por la necesidad de una fuente de energía central, por exigir operar a mayor escala y por comportar mayores costes fijos¹²⁴. También se argumenta que las nuevas tecnologías, al exigir un nivel de esfuerzo óptimo, al enfatizar los problemas de calidad y al aumentar la importancia y el número de tareas difícilmente controlables, incrementaron la conveniencia del salario por tiempo de trabajo y la supervisión en vez del salario por pieza, lo que coadyuvó a la centralización de la producción.

¹²² Ya en 1920 A. P. Usher escribió que “la maquinaria dio lugar a la fábrica como forma de organización... Su introducción obligó a al trabajador a aceptar la disciplina de la fábrica” (Usher, A., P., 1920, p: 350). P. Mantoux, por su parte, señala que el sistema de fábrica fue el resultado necesario de la introducción de nuevas máquinas (Mantoux, P., 1961, p: 252). D. Landes indica explícitamente que lo que hace que la fábrica tenga éxito en Gran Bretaña no fue la ‘voluntad’ sino el ‘músculo’: la máquina y los motores. No hubo fábricas hasta que las unas y los otros no estuvieron disponibles (Landes D., 1986, p: 606).

¹²³ También ayudó, en muchos casos, a través de la descalificación de los trabajadores, a erosionar las posiciones de monopolio de ciertos grupos de trabajadores cualificados (Cohen, J., S., 1981, p: 36).

¹²⁴ G. Clark también opina que el empresario solamente estuvo interesado en el ejercicio de la disciplina de la fábrica a partir del momento en que la tecnología supuso cantidades sustanciales de capital fijo por trabajador y cuando la mayor cantidad de trabajo por asalariado supuso ahorros sustanciales a través de un uso más intensivo de este capital (Clark, G., 1994, pp: 128-162).

- De otra parte, R. Szostak, sin cuestionar el principio de eficiencia, considera incorrecta la hipótesis tecnológica, argumentando que las primeras fábricas utilizaban la misma tecnología que el *putting-out system*¹²⁵. Los argumentos de este autor sin ser incompatibles con el análisis de O. E. Williamson basado en los costes de transacción, los desplaza como “primera causa”. R. Szostak trata explícitamente de dar respuesta con más precisión al interrogante de por qué las fábricas comienzan a surgir precisamente a mediados del siglo XVIII en Gran Bretaña, señalando que el *primum movens* radica en las mejoras que se producen, en torno a este periodo, en los medios de transportes fluviales y terrestres. Esta mejora dio lugar a que aumentaran las desventajas y disminuyeran las ventajas del *putting-out system* frente a la fábrica, destacando, entre otros, los siguientes cambios:

- Aumento de la diversidad de las materias primas empleadas en la producción, con el consiguiente incremento de las dificultades para combatir el fraude de los trabajadores en el *putting-out system*.

- Aceleración de los cambios en las modas, lo que generó la necesidad de una respuesta más rápida a las modificaciones en los mercados. La fábrica, con la agrupación de los trabajadores bajo “un solo techo”, permitía responder con mayor celeridad a este tipo de cambios.

- Aumento de la comercialización de los productos a través de vendedores con muestras y catálogos para que después, una vez recibidas las órdenes de venta, el fabricante distribuyera el producto a través de transportistas profesionales. Este cambio genera una nueva e intensa necesidad de estandarización de las mercancías, lo que es considerado por R. Szostak como la razón más importante del desplazamiento del *putting-out system* en beneficio de la fábrica. Esta última, al permitir la estrecha supervisión de los trabajadores, facilitó la necesaria estandarización de los productos (Szostak, R., 1989, pp: 349-356).

¹²⁵ Es más, R. Szostak sostiene no solo que la tecnología no se encuentra en el origen de la fábrica sino que fue esta última la que estimuló el desarrollo de una tecnología especialmente adaptada a la nueva realidad fabril (Szostak, R., 1989, p: 347).

La relevancia de otros factores además de los costes de transacción. El interés preferente de O. E. Williamson por la eficiencia en términos de costes de transacción no significa, desde luego, que ignore la relevancia de otros posibles factores tales como los costes de producción¹²⁶. Este interés preferente se puede explicar, según los casos, por las siguientes razones:

- En primer lugar, porque le otorga una relevancia especial frente a otros factores. Así, afirma: “Este libro postula que el propósito principal y el efecto de las instituciones económicas del capitalismo es el logro de economía en los costes de transacción. Pero el propósito principal no quiere decir que sea el único propósito” (Williamson, E., O., 1985, p: 17).

- En segundo lugar, porque se trata de un factor que ha sido tradicionalmente descuidado frente a otros. En este sentido indica: “El hincapié que hago en los costes de transacción no significa que el logro de economías en tales costes sea el único propósito que se pretende; pero su importancia ha sido minimizada y descuidada hasta ahora” (Williamson, E., O., 1985, pp: 2-103-135).

- En tercer lugar, porque elabora su explicación utilizando el método *ceteris paribus*.

Este último recurso metodológico, siendo legítimo y muy útil para ciertos propósitos, plantea problemas de relieve cuando lo que se pretende es explicar la evolución histórica real de los diversos modos de organización de las actividades económicas de producción. Así, S. R. H. Jones afirma que si lo que se compara es el *putting-out system* y la fábrica, en los siglos XVIII y principios del XIX en Gran Bretaña, existen pocas dudas acerca de que “el resto de los factores no eran iguales”. Este autor opina que, entre otras diferencias, el *putting-out system* permitía al emprendedor, en comparación con la fábrica, una curva de oferta de trabajo más elástica y más desplazada a la derecha, dando lugar a un salario de equilibrio más reducido, debido a la escasez de oportuni-

¹²⁶ “Estas diferentes alternativas contractuales son valoradas en términos de economías de costes, donde los costes incluyen elementos tanto de costes de producción como de transacción” (Williamson, O., E., 1975, p: 58). En otra parte de su obra afirma expresamente que prevalecerá aquella forma de organización de la actividad económica que minimice la suma de los costes de producción y de transacción (Williamson, O., E., 1985, pp: 18-33-93). El problema, tal como muestran P. Milgrom y J. Roberts, es que a veces resulta muy difícil diferenciar con claridad entre ambos tipos de costes (Milgrom, P., Roberts, J., 1993, p: 42).

dades de empleo en el medio rural. Como el *putter-outer* y el empresario de la fábrica operaban en mercados de trabajo diferentes (Jones, S., R., H., 1983, p: 65), aunque este último modo de organización fuera superior en términos de costes de transacción, el *putting-out system* era preferido como consecuencia de otras ventajas económicas (Jones, S., R., H., 1982, pp: 121-124).

Por último, cabe indicar que, si se admite, tal como hace O. E. Williamson, la preexistencia del mercado, es necesario tener presente que en el mercado no solamente se intercambia, sino que también se rivaliza o compete (Fourie, F., N., 1993, p: 45). Esta rivalidad no se desarrolla solamente en materia de costes de transacción, ni tan siquiera exclusivamente en términos de costes en general. En este sentido el modelo propuesto por A. Madhok (Madhok, A., 1996, pp: 577-590) para justificar la decisión por parte de la empresa de si fabricar o comprar, puede ser utilizado también para explicar por qué la “empresa coasiana” puede sustituir, si se dan ciertas condiciones, a otras formas alternativas de organizar las actividades económicas de producción, incluyendo a la “empresa unipersonal” o producción a través del mercado, caso al que se va a hacer referencia a continuación. Este autor, de acuerdo con la Teoría de los Recursos y Capacidades¹²⁷, toma en consideración los siguientes factores en su explicación:

- En primer lugar, los costes de transacción que surgen como consecuencia del desarrollo de los intercambios a través del mercado, es decir, entre trabajadores autónomos que establecen entre ellos relaciones mercantiles (CT_M).

¹²⁷ Aunque en la actualidad se considera que la primera aportación encuadrable dentro de esta teoría la realiza E. Penrose a finales de la década de los 50 (Penrose, E., 1959), su difusión no se produce hasta la década de los 90 con la publicación en 1991 del muy citado artículo de J. B. Barney sobre esta materia (Barney, J., B., 1991). Esta teoría puede ser interpretada como una extensión de la “economía ricardiana”, al considerar que existen factores de producción que son inelásticos desde el punto de vista de la oferta (D. Ricardo puso el énfasis especialmente en el carácter inelástico de la oferta de tierra dotada de una especial fertilidad). En el marco de esta aproximación se considera que la importancia de los recursos y capacidades de la empresa para lograr una superioridad competitiva depende de tres factores: de su potencial para generar esta superioridad, es decir, de su valor y escasez; de su potencial para mantenerla, es decir, de que estos recursos y capacidades sean inimitables y difíciles de transferir ; finalmente, de su potencial para que sea la empresa la que efectivamente se apropie de las rentas superiores que estos recursos y capacidades generan.

- En segundo lugar, los costes de transacción relacionados con el desarrollo de las transacciones en el interior de la empresa. Se trata de lo que A. Madhok denomina costes internos de gobierno ($CIGV_E$)¹²⁸.

- En tercer lugar, se toma en consideración la diferencia de los costes de producción entre la empresa y el mercado (DCP_{E-M}), lo que se explica, caso de ser esta diferencia negativa, por los superiores recursos y capacidades de la empresa.

- Finalmente, interviene la diferencia entre la empresa y el mercado en lo relativo al valor generado (CGR_{E-M})¹²⁹. Si la empresa tuviera una mayor capacidad para la generación de renta que el mercado, por una serie de factores relacionados con capacidades tales como la calidad, la marca, la imagen, la cultura, etc., esta diferencia sería positiva.

Con base en este conjunto de factores las ventajas de organizar las actividades económicas de producción a través de la institución empresarial o a través del mercado vendrían dadas por el signo de la siguiente expresión:

$$[(CGR_{E-M}) + (CT_M)] - [(DCP_{E-M}) + (CIGV_E)].$$

Si la diferencia en generación de rentas y en costes favorece a la empresa con respecto al mercado, (CGR_{E-M}) será positivo y (DCP_{E-M}) negativo, respectivamente. Por su parte, los costes de transacción internos ($CIGV_E$) y externos (CT_M) siempre serán positivos. Así, si el conjunto de la expresión anterior es positiva, prevalecerá la empresa, mientras que, si es negativa, prevalecerá el mercado. Lo que A. Madhok no aclara es por qué y cuándo la empresa puede ser capaz de alumbrar capacidades generadoras de rentas o reductoras de costes de producción que no puedan ser alumbradas en el contexto de unas relaciones en el mercado.

¹²⁸ Este autor siguiendo el modelo de los costes de transacción de J. F. Hennart (Hennart, J., F., 1993) y realizando un ejercicio de simplificación, identifica los costes internos de gobierno con los costes de la medida del esfuerzo productivo, para evitar la falta de compromiso de los empleados, más los costes de la falta de compromiso a que da lugar el grado inevitable de imperfección de la medida anterior.

¹²⁹ La diferencia de precio que están dispuestos a pagar los consumidores por el producto según sea fabricado por el mercado (interpretado como la producción de bienes y servicios desarrollada a través de un conjunto de trabajadores independientes que establecen entre ellos relaciones exclusivamente con base en el sistema de precios) o por la empresa.

9. CONCLUSIÓN

Como se ha mostrado a lo largo del trabajo, las suposiciones en las que O. E. Williamson se basa para justificar la existencia de la “empresa coasiana”, resultan muy controvertidas y han sido cuestionadas desde perspectivas muy diversas. Entre las más difíciles de aceptar de forma acrítica se encuentran las ideas de la preexistencia del mercado, que conduce a la indeterminación de la producción o a un análisis histórico carente de realismo, y de la libertad contractual, puesta en entredicho fundamentalmente por el pensamiento de tradición marxista. Por su parte, el protagonismo que O. E. Williamson concede en su argumentación al oportunismo ha sido cuestionado desde la perspectiva del Análisis de la empresa con base en el conocimiento y ha sido puesto bajo sospecha por no prestar atención al oportunismo que tiene su origen en la propia autoridad. El principio de eficiencia es desplazado por los economistas radicales por el poder como motor del cambio. Cuando este último principio se materializa a través de la decisión consciente de los agentes económicos, entra en clara contradicción con la idea de la “racionalidad limitada”. Cuando se materializa a través de la “mano invisible” de la evolución y de la metáfora biológica propia de la Economía Evolutiva, surgen igualmente importantes críticas. También parece insuficiente confiar exclusivamente a los costes de transacción el funcionamiento del principio de eficiencia. Existen otros muchos factores relevantes que pueden influenciar de forma determinante el tránsito de la producción a través del mercado a la producción a través de la “empresa coasiana”, tal como pone de manifiesto, entre otras, la Teoría de los Recursos y Capacidades. No obstante, el mayor problema de la indudable aportación de O. E. Williamson radica en usar las predicciones obtenidas fundamentalmente a través de una estática comparativa para explicar el desarrollo de acontecimientos históricos y, concretamente, para explicar un hecho histórico tan real como el nacimiento de la empresa capitalista.

10. BIBLIOGRAFÍA

Alchian, A., A., Demsetz H., (1972), “Production, Information Costs, and Economic Organization”, *The American Economic Review*, Vol. 62, N° 5, pp: 777-795.

Alchian, A., A., Demsetz, H., (1973), “The Property Right Paradigm”, *The Journal of Economic History*, Vol. 33, N° 1, Mar. pp: 16-27.

Ankarloo, D., Palermo, G., (2004), “Anti Williamson: A Marxian Critique of New Institutional Economics”, *Cambridge Journal of Economics*, Vol. 28, N° 3, pp: 413-429.

Barney, J., B., (1991), "Firm Resources and Sustained Competitive Advantage" *Journal of Management*, Vol. 17, pp: 99-120.

Blau, P., M., Scott, R., W., (1962), *Formal Organizations*, San Francisco. Chandler Publishing Company.

Bowles, S., Gintis, H., (1981), *La instrucción escolar en la América capitalista*, Siglo XXI.

Bratton, W., W., (1989), "The New Economic Theory of the Firm: Critical Perspectives from History", *Stanford Law Review*, July, 41, pp: 1471-1527.

Cella, G. P., (1972), *Divisione del Lavoro e Iniziativa Operaia*, Donato Editori.

Chassagnon, V., (2009), "The Theory of the Firms Revisited from a Power Perspective", Paper presented at the Summer Conference 2009 on CBS. Copenhagen Business School, Solbjerg Plads 3 DK2000 Frederiksberg, Denmark, June, pp: 1-28.

Clark, G., (1994), "Factory Discipline", *The Journal of Economic History*, Vol. 54, N° 1, Mar, pp: 128-162.

Coase, R., "La Naturaleza de la Empresa (1937)", pp: 29-49, en Williamson, O., E., Winter, S., G., (1996), *La Naturaleza de la Empresa*, Fondo de Cultura Económica.

Coase, R., "La Naturaleza de la Empresa: origen", pp: 49-66, en Williamson, O., E., Winter, S., G., (1996), *La Naturaleza de la Empresa*, Fondo de Cultura Económica.

Coase, R., "La Naturaleza de la Empresa: significado", pp: 66-84, en Williamson, O., E., Winter, S., G., (1996), *La Naturaleza de la Empresa*, Fondo de Cultura Económica.

Coase, R., "La Naturaleza de la Empresa: influencia", pp: 84-104, en Williamson, O., E., Winter, S., G., (1996), *La Naturaleza de la Empresa*, Fondo de Cultura Económica.

Coase, R., (1960), "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, Vol. III, October, pp: 1-44.

Cohen, J., S., (1981), "Managers and Machinery: An Analysis of the Rise of Factory Production", *Australian Economic Papers*, June, pp: 24-41.

Conner, K. R., (1991), "A historical comparison of resource-based theory and of thought within industrial organization economics: do we have a new theory of the firm?", *Journal Management*, Vol. 17, N° 1, pp: 121-154.

Conner, K., R., Prahalad, C. K. (1996), "A Resource-based Theory of the Firm: Knowledge Versus Opportunism", *Organization Science*, Vol. 7, N° 5, September- October, pp: 477-501.

Cordes, Ch., (2006), "Darwinism in economics: from analogy to continuity", *Journal of Evolutionary Economics*, Vol. 16, N° 5, pp: 529-541.

Dalton, G., (1961), "Economic Theory and Primitive Society", *American Anthropologist*, Vol.63, N° 1, pp: 1-25.

Demsetz, H, (1967), "Toward a Theory of Property Rights", *The American Economic Review*, Vol. 57, N° 2, May, pp: 347-359.

Demsetz, H., (1997), *La economía de la empresa*, Alianza Editorial.

Dow, G., K., (1987), "The function of authority in transaction cost economics", *Journal of Economic Behavior and Organization*, 8, pp: 13-38.

Fama, E., F., (1980), "Agency Problems and the Theory of the Firm", *Journal of Political Economy*, Vol. 88, N° 2, pp: 288-307.

Firth, R., (1974), *Temas de Antropología Económica*, Fondo de Cultura Económica.

Foss, N., J., (1996), "Knowledge-based Approaches to the Theory of the Firm: Some Critical Comments", *Organization Science*, Vol.7, N° 5, September-October, pp: 470-476.

Foss, N., J., (1996), "More critical comments on knowledge-based theories of the firm", *Organization Science*, Vol.7, N° 5, September-October, pp: 519-523.

Fourie, F., C., (1989), "The Nature of Firms and Markets: Do Transactions Approaches Help", *South African Journal of Economics*, Vol. 57, N° 2, pp: 142 y 160.

Fourie, F., C., "In the Beginning were Markets", Pitelis, Ch., (1993), *Transaction Costs, Markets and Hierarchies*, Blackwell, Cambridge.

Galbraith, J., K., (1993), *Historia de la Economía*, Ariel.

Ghoshal, S. (2005), "Bad Management Theories Are Destroying Good Management Practices", *Academy of Management Learning & Education*, Vol. 4, N° 1, pp: 75-91.

Ghoshal, S., Moran, P., (1996), "Bad for practice: a critique of the transaction cost theory", *Academy of Management Review*, Vol. 21, n° 1, pp: 13 a 47.

Grant, R., M., (2004), 4ª edición, *Dirección Estratégica*, Thomson Civitas.

Hart, O., D., (1989), "An economist's perspective on the theory of the firm", *Columbia Law Review*, 89, pp: 1757-1774.

Hart O.,D., "Los contratos incompletos y la Teoría de la Empresa", pp: 192-219, en Williamson, O., E., y Winter S., G., (1996), *La Naturaleza de la Empresa*, Fondo de Cultura Económica.

Hart, O. and Moore, J. (1990), "Property rights and the nature of the firm", *Journal of Political Economy*, vol. 98, n° 6, pp: 1119-1158.

Hennart, J.-F., (1993), "Explaining the swollen middle: why most transactions are a mix of 'Market' and Hierarchy", *Organization Science*, Vol.4, N° 4, November, pp: 529-547.

Hirshleifer, J., (1978), "Competition, Cooperation and Conflict in Economics and Biology", *The American Economic Review*, Vol. 68, N° 2, pp; 238-243.

Hodgson, G., M., (1991), "Economic Evolution: Intervention Contra Pangloss", *Journal of Economic Issues*, Vol. XXV, N° 3, June, pp: 519-533.

Hodgson, G., M., "Transaction Costs and the Evolution of the Firm", En Pitelis, Ch., Ed., (1993), *Transaction Costs, Markets and Hierarchies*, Blackwell Publishers.

Hodgson, G., M., (1999), *Evolution and Institutions: On evolutionary Economics and the Evolution of Economics*, Cheltenham Edward Elgar.

Hodgson, G., M., (2002), "Darwinism in Economics: From Analogy to Ontology", *Journal of Evolutionary Economics*, Vol. 12, N° 2, pp: 259-281.

Hodgson, G., M., (2004), "Opportunism is not the only reason why firms exist: why an explanatory emphasis on opportunism may mislead management strategy", *Industrial and Corporate Change*, Vol. 13, N° 2, pp: 401-418.

Hodgson, G., M., Knudsen, T., (2004), "The firm as an interactor: firms as vehicles for habits and routines", *Journal of Evolutionary Economics*, Vol. 14, N° 3, pp: 281-307.

Hodgson, G., M., Knudsen, T., (2006), "Dismantling Lamarckism: why descriptions of socio-economic evolution as Lamarckian are misleading", *Journal Evolutionary Economics*, Vol. 16, N° 3, pp: 343-366.

Hymer S., H. "La Internacionalización del Capital", Hymer S., H., (1982), *La Compañía Multinacional. Un enfoque radical*, H. Blume Ediciones.

Jensen, M. C., Meckling, W., H., (1976), "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Capital Structure", *Journal of Financial Economics*, N° 3, pp: 305-360.

Jensen, M., C., Meckling, W., H., (1994), "The Nature of Man", *Journal of Applied Corporate Finance*, Summer, Vol. 7, N° 2, pp: 4-19.

Jones, S., R. H., (1982), "The Organization of Work: A Historical Dimension", *Journal of Economic Behavior and Organization*, 3, pp: 117-137.

Jones, S., R., H., (1983), "Technology and The Organization of Work: A Reply", *Journal of Economic Behavior and Organization*, N° 4, pp: 63-66

Khalil, E., L., (1997), "Is the Firm an Individual?", *Cambridge Journal of Economics*, Vol. 21, N° 4, pp: 519-544.

Kogut, B., Zander, U., (1992), "Knowledge of the firm, combinative capabilities, and the replication of technology", *Organization Science*, Vol. 3, N° 3, pp: 383-396.

Kogut, B., Zander, U. (1996), "What Firms Do? Coordination, Identity and Learning", *Organization Science*, Vol.7, N° 5, September-October, pp: 502-518.

Landes, D., S., (1986), "What do bosses really do?", *The Journal of Economic History*, Vol. XLVI, September, N° 3, pp: 585-623.

Langlois, R., N., (2006), “The Secret Life of Mundane Transaction Costs”, *Organization Studies*, 27, pp: 1389-1410.

Liagouras, G., (2013), “Lost in Translation: Why Generalized Darwinism is a Misleading Strategy for Studying Socioeconomic Evolution”, *American Journal of Economics and Sociology*, Vol. 77, N° 5, November, pp: 1255-1286.

Madhok, A., (1996), “The Organization of Economic Activity: Transaction Costs, Firm Capabilities, and the Nature of Governance”, *Organization Science*, Vol.7, N° 5, September-October, pp: 577-590.

Maitland, I., Bryson, J., Van de Ven, A. (1985), “Sociologists, Economists and Opportunism”, *Academy of Management Review*, 10, 1, pp: 59-65.

Mantoux, P., (1961), *The Industrial Revolution in the Eighteenth Century*, London, J. Cape (re.)

Marginson, P., “Power and Efficiency in the Firm”, Pitelis, Ch., (1993), *Transaction Costs, Markets and Hierarchies*, Blackwell, Cambridge.

Marglin, S., (1974), “What do Bosses do? The origins and Functions of Hierarchy in Capitalist Production”, *The Review of Radical Political Economics*, Vol. 6, N° 2, Summer, pp: 60-112.

Marglin, S., (1984), “Knowledge and Power”, Stephen, F., H., (ed.) *Firms, Organization and Labour: Approaches to the Economics of Work Organization*, London, pp: 146-164.

Marx, K., (1973), *El Capital*, Vol. I, Fondo de Cultura Económica.

Marx, K., (1973), *El Capital*, Vol. II, Fondo de Cultura Económica.

Marx, K., Engels, F. (1975), “Trabajo Asalariado y Capital”, En *Obras Escogidas*, Akal Editor.

Meramveliotakis. G., Milonakis, D., (2010), “Surveying the Transaction Cost Foundations of New Institutional Economics: A Critical Inquiry”, *Journal of Economics Issues*, Vol. XLIV, N° 4, December, pp: 1045-1071.

Milgrom, P., Roberts, J., (1993). *Economía, Organización y Gestión de la Empresa*, Ariel Economía.

Mokyr, J., (2001), “The rise and fall of the factory system: technology, firms, and households since the industrial revolution”, *Carnegie- Rochester Conferences Series on Public Policy*, Vol. 55, pp: 1-45.

Moore, J., (1992), “The Firm as a Collection of Assets”, *European Economic Review*, nº 36, (2-3), pp: 493-507.

Nickerson J. A., Zenger, T. R., (2004), “A Knowledge-based Theory of the Firm – The Problem-Solving Perspective”, *Organization Science*, Vol.15, N° 6, November-December, pp: 617-632.

North, D., Wallis, J., (1994), “Integrating Institutional Change and Technical Change in Economic History: A Transaction Cost Approach”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Vol. 150, N° 4, pp: 609-624.

Palermo, G., (2000), “Economic Power and the Firm in New Institutional

Economics: two conflicting problems”, *Journal of Economic Issues*, Vol. XXXIV, N° 3, September, pp: 573-610.

Palermo, G., (2007) “Misconceptions of power: From Alchian and Demsetz to Bowles and Gintis”, *Capital & Class*, July, pp: 147-185.

Palermo, G., (2007), “The ontology of economic power in capitalism: mainstream economics and Marx”, *Cambridge Journal of Economics*, Vol. 31, N° 4, pp: 539-561.

Palermo, G., (2014), “The economic debate on power: a Marxist critique”, *Journal of Economic Methodology*, Vol. 21, N° 2, pp: 175-192.

Penrose, E. (1959). *The Theory of the Growth of the Firm*. Oxford: Basil Blackwell and New York: John Wiley & Sons.

Penrose, E., (2008), “Strategy/Organization and the Metamorphosis of the Large Firm”, *Organization Studies*, 29, N° 8 y 9, p: 1117- 1124.

Pfeffer, J., (1981), *Power in Organizations*, Pitman Publishing INC.

Pitelis, C., N., (1998), “Transaction Costs and the Historical Evolution of the Capitalist Firm”, *Journal of Economic Issues*, Vol. XXXII, N° 4, December, pp: 999-1017.

Polanyi, K., (1992), *La gran transformación: Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*, Fondo de Cultura Económica.

Porter, L. W., Lawler, E., E., Hackman, J., R., (1975), *Behavior in Organizations*, McGraw- Hill.

Putterman, L., (1994), “La Naturaleza Económica de la Empresa: Perspectiva General”. En Putterman, L., (1994), *La Naturaleza Económica de la Empresa*, Alianza Editorial.

Robertson, D., H., (1923), *The Control of Industry*, Nisbet & Co. LTI, Cambridge, At the University Press.

Sawyer, M., C., “The Nature and Role of the Market”, Pitelis, Ch., (1993), *Transaction Costs, Markets and Hierarchies*, Blackwell, Cambridge.

Simon, H., (1976), *Administrative Behavior*, Third, ed., Free Press, New York.

Simon, H., (1991), “Bounded rationality and organizational learning”, *Organization Science*, N° 2, pp: 125-134.

Stone, K., (1974), “The origins of job structures in the steel industry”, *Review of Radical Political Economics*, Summer, pp: 113-173.

Szostak, R., (1989), “The Organization of Work: Te Emergence of the Factory Revisited”, *Journal of Economic Behavior and Organization*, N° 11, pp: 343-358.

Taylor F. W., (1969), *Management Científico*, Oikos-Tau.

Usher, A. P. (1920), *An Introduction to the Industrial of England*, Boston: Houghton Mifflin.

Verbeke, A., Greidanus, N., S., (2009), “The end of the opportunism vs trust debate: Bounded reliability as a new envelope concept in research on MNE

governance”, *Journal of International Business Studies*, Vol. 40, N° 9, pp: 1471-1495.

Watkins, J., P., (2010), “Mainstream Efforts to Tell a Better Story - Natural Selection as a Misplaced Metaphor: The Problem of Corporate Power”, *Journal of Economic Issues*, Vol. XLIV, N° 4, december, pp: 991-1008.

Williamson, O. E. (1975), *Markets and Hierarchies: Analysis and Anti-trust Implications: A Study in Economics of Internal Organization*, Free Press, New York.

Williamson, O. E. (1979), “Transaction-cost economics: the governance of contractual relations”, *Journal of Law and Economics*, 22, pp: 233-261.

Williamson, O., E., (1980), “The Organization of Work: A Comparative Institutional Assessment”, *Journal of Economic Behavior and Organization*, N° 1, pp: 5-38.

Williamson, O., E., (1983), “Technology and The Organization of Work: A Reply to Jones”, *Journal of Economic Behavior and Organization*, N° 4, pp: 57-62.

Williamson, O., E., (1985), *The Economic Institutions of Capitalism*, Free Press, New York.

Williamson, O., E., (1991), “Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives”, *Administrative Science Quarterly*, Vol. 36, pp: 269-296.

Williamson, O., E., (1993), “Opportunism and its critics”, *Managerial and Decision Economics*, Mar/Apr, Vol. 14, N° 2, pp: 97-107.

Williamson, O., E., (1994), “Visible and Invisible Governance”, *Papers and Proceedings of the Hundred and Sixth Annual Meeting of the American Economic Association*, May, pp: 323-326.

Williamson, O., E., (1996), *The Mechanisms of Governance*, Oxford University Press.

Winter, S., G., “Coase, la Competencia y la Corporación”, pp: 248-270, en Williamson, O., E., Winter, S., G., (1996), *La Naturaleza de la Empresa*, Fondo de Cultura Económica.

LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN EN EL DERECHO DEL TRABAJO*

JESÚS CRUZ VILLALÓN

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

EXTRACTO

Palabras clave: Investigación jurídica, método, Derecho del Trabajo

El presente estudio pretende diseccionar el método de investigación jurídica, en general, destacando las especialidades que se presentan en el proceso de investigación en el campo jurídico laboral. Se diferencian las diferentes tareas, funciones o finalidades de la investigación en el ámbito del Derecho del Trabajo: identificación de la norma aplicable, delimitación de su alcance y contenido, causas contextuales determinantes de la misma, estudio de la efectividad de la norma laboral, así como resultados en el ámbito de las propuestas de reforma legislativa. Se discurre igualmente acerca de la especial metodología de investigación en los análisis de Derecho comparado en materia laboral.

ABSTRACT

Key words: Legal research, method, Labour Law

The present study aims to dissect the method of legal research, in general, highlighting the specialties which arise in the process of investigation in the legal field. Differentiate the different tasks, functions or purposes of research in the field of the labour law: identification of the applicable standard, delimitation of its scope and content, causes contextual determinants of it, study of the effectiveness of the labour standard, as well as results in the field of legislative reform proposals. It runs equally about the special methodology of research in comparative labour law analysis.

* El presente trabajo reproduce el estudio elaborado por encargo de la Pontificia Universidad Católica del Perú para su colección "Lineamientos metodológicos para la investigación jurídica". Se ha optado por su publicación en España a través de la revista *Temas Laborales* en su versión íntegra, sin adaptaciones a la específica investigación en nuestro ordenamiento jurídico.

ÍNDICE:

1. OBJETO, FINES Y MÉTODO DE INVESTIGACIÓN: INVESTIGACIÓN GENERAL Y JURÍDICA
2. ESPECIALIDADES COMUNES Y DIVERSIDAD EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA
3. LA TRANSVERSALIDAD COMO RASGO DEFINITORIO DEL DERECHO DEL TRABAJO
4. LA TÉCNICA EXEGÉTICA: CONCURRENCIA NORMATIVA Y PRINCIPIOS INFORMADORES
5. EL ANÁLISIS DE DIAGNÓSTICO DE LA REALIDAD SOCIAL SOBRE LA QUE SE ACTÚA
6. LA INVESTIGACIÓN DE DERECHO COMPARADO
7. EFECTIVIDAD, EFICACIA Y EFICIENCIA DE LA NORMA LABORAL
8. LA LABOR PROPOSITIVA DE ACTUACIÓN

1. OBJETO, FINES Y MÉTODO DE INVESTIGACIÓN: INVESTIGACIÓN GENERAL Y JURÍDICA

El método de investigación adoptado por quien efectúa una labor de esta naturaleza, cuando menos en el campo de las ciencias sociales y, particularmente, en el ámbito de las ciencias jurídicas, es el resultado de un proceso de acumulación de experiencia a lo largo del tiempo; y, especialmente, de reflexión personal respecto del cómo se ha efectuado dicha investigación y del modo como la misma ha ido evolucionando con el transcurrir de los años. Por ello, coincido con quienes han defendido que los métodos de investigación tienen más de hallazgo que de invención; son antes reflexión introspectiva sobre una base empírica que pensamiento prospectivo¹. Dicho de otro modo, que los estudios metodológicos tienen un carácter indicativo y direccional, siendo, en todo caso, la experiencia personal la que ayudará a tomar conciencia plena de la bondad o de la maldad de una determinada posición metodológica². Con lo anterior no se pretende, ni mucho menos, desmerecer de la notable trascendencia que han tenido en la construcción de nuestra cultura jurídica todas las reflexiones y construcciones en torno a los métodos teóricos de investigación jurídica y de interpretación del Derecho y de la identificación de las diversas posiciones filosóficas, de cultura jurídica e incluso ideológica que subyacen tras esos decisivos debates. Resultan de enorme relevancia los grandes debates en torno a las dualidades entre formalismo y realismo jurídico, entre positivismo y filosofía de los valores, o discusiones acerca del historicismo, de la legitimación política o social de las norma o relativas al uso alternativo del Derecho³. No obstante, debe

¹ A. Hernández Gil, Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica, Madrid 1976, pg. 118.

² T. Sala Franco, El realismo jurídico en la investigación del Derecho del Trabajo, en AA. VV.; El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político. I Coloquio sobre relaciones laborales, Zaragoza 1978, pg. 41.

³ Sobre el particular, con carácter general, K. Larenz, Metodología de la Ciencia del Derecho, Barcelona 1980, pg. 236. A. Hernández Gil, Problemas epistemológicos de la Ciencia

advertirse que con el paso del tiempo predominan las posiciones eclécticas o mejor dicho de pluralismo metodológico, donde domina la integración de los diferentes métodos y de las funciones de la investigación y de los métodos al efecto, a la vista de la complejidad que hoy en día adquiere la Ciencia jurídica, incluso la pluralidad de especialidades científicas llamadas a actuar sobre la realidad jurídica⁴. A tenor de ello, estimo que el enfoque del presente trabajo puede hacer innecesario entrar en este tipo de posiciones o tesis de enfoque más en el plano de lo estrictamente teórico. La orientación ante todo contemporánea requiere de un enfoque a nuestro juicio de orden más práctico, de abordaje de las diversas técnicas de investigación en lo concreto y de la experiencia acumulada en el desarrollo en el ámbito de lo laboral de los métodos de investigación. Con tal premisa de partida, el estudio que sigue constituye esencialmente una reflexión propia de intento de sistematización de la concepción que personalmente me he ido formando con el transcurrir de los años, como resultado de la experiencia de investigación llevada a cabo a lo largo del tiempo en el ámbito del Derecho del Trabajo.

A estos efectos debe partirse de una consideración de neta simplicidad relativa al objeto y fines de la investigación jurídica y, en particular, de la que se desarrolla en el ámbito de lo laboral. Así, comenzaría señalando que la investigación constituye un proceso intelectual de análisis y valorativo que tiene notables elementos en común para el conjunto de las ciencias, pero que también encuentra sus peculiaridades en cada una de ellas. Las identidades y diferencias provienen tanto del objeto de estudio como, sobre todo, de la finalidad buscada con la investigación.

Jurídica, Madrid 1976. A. Latorre, Introducción al Derecho, ed. Ariel, Barcelona 1972. M. Ackerman, Del realismo al constructivismo jurídico, Barcelona 1988. J. B. Vallet de Goytisolo, Metodología jurídica, Madrid 1988. Complementariamente a ello, en la concreta perspectiva jurídico laboral, cfr. M. Alonso García, El método jurídico y su aplicación al Derecho del Trabajo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia 1959. A. Baylos Grau, Anotaciones sobre los problemas de método de investigación en el Derecho del Trabajo y sus repercusiones en la función del jurista laboral, Revista jurídica de Castilla – La Mancha nº 13 (1991). J. Cabrera Bazán, Método jurídico y función del jurista, en AA. VV., Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo, Salamanca 1978. J. J. Gil Cremades, Discusión metodológica sobre la base del Derecho del Trabajo, en AA. VV., El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político. I Coloquio sobre relaciones laborales, Zaragoza 1978. J. M. Göerlich Peset, Consideraciones sobre el método en el Derecho del Trabajo, Revista de Ciencias Jurídicas nº 2 (1997). J. Rodríguez de la Borbolla Camoyán, Algunas reflexiones sobre metodología de investigación en Derecho del Trabajo, Temas Laborales nº 31 (1994).

⁴ Sobre el particular, J. Rodríguez de la Borbolla Camoyán, Algunas reflexiones sobre la metodología de investigación en Derecho de Trabajo, en Temas Laborales nº 31 (1994), pgs. 21 ss.

Lo común a toda investigación puede deducirse de la definición aportada por el Diccionario de la Real Academia Española, respecto del significado de la acción de investigar. En su primera acepción sería “hacer diligencias para descubrir algo”; con mayor precisión a los efectos de lo que nos interesa destacar a nosotros en su segunda acepción se trataría de “realizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático con el propósito de aumentar los conocimientos sobre una determinada materia”. De este modo, lo que tiene en común la actividad de investigación en todos los campos del saber es el consistir en una labor que pretende aproximarse al conocimiento de la realidad en sus muy diferentes facetas. A su vez, como se ha expresado con acierto, la metodología de cada ciencia es ante todo “la reflexión de esta ciencia sobre su propio proceder, sobre los modos de pensamiento y medios de conocimiento de que se sirve”⁵.

Al propio tiempo, en lo que se difiere es en que la realidad que se pretende conocer es distinta en cada campo científico y, sobre todo, por ello mismo, que la finalidad buscada con ese proceso de investigación también puede diferir; diferencias unas y otras (objeto y finalidad) que, por efecto derivado, determinan el método igualmente diverso a través del cual se desarrolla la investigación.

Así, resulta clave comenzar por marcar esas diferencias entre la investigación de las ciencias de la naturaleza y las ciencias sociales (entre las que se encuentran las ciencias jurídicas) en atención a la realidad sobre la que se actúa. A diferencia de lo que sucede en el campo de las ciencias de la naturaleza, donde existe una realidad material que constituye el objeto de la ciencia correspondiente y el método no es sino el camino “científico” de descubrimiento de las leyes que determinan dicha realidad, por el contrario, en el campo de las ciencias sociales —entre ellas el Derecho—, las cosas funcionan de modo opuesto: su valor no se encuentra sólo en descubrir una realidad, sino en la capacidad de formular una comprensión abstracta de dicha realidad, que no es otra que las relaciones sociales. Gráficamente se ha dicho que, mientras que las ciencias de la naturaleza pretenden la “explicación” de su objeto, las ciencias sociales aspiran a la “compresión” del suyo; compresión que dará como resultado final la elaboración de un concepto para el cual es necesario, al propio tiempo, partir de una

⁵ K. Larenz, *Metodología de la Ciencia...*, op. cit., pg. 236. O bien o bien “el camino dado al conocimiento para la consecución de un objeto determinado, actuando como el modo o manera mediante la cual se obtiene la validez de unas conclusiones cuyo contraste con la realidad prueba su correspondencia entre los conceptos expresivos de sectores de la realidad y estos mismos”, M. Alonso García, *El método jurídico...*, op. cit.

noción previa conceptual del objeto de análisis⁶. Por ello, hay un constante viaje de ida y vuelta. Se produce, así, una paradójica, pero en igual medida imprescindible, simultaneidad en la operación conceptual de elaboración del método y de apropiación del objeto de la ciencia en cuestión. Se ha indicado por ello que “la ciencia jurídica, al igual que cualquier otra ciencia, no se yuxtapone desde el exterior a un objeto originariamente definido...al contrario, es el fundamento constitutivo del objeto, es uno de los instrumentos que concurren a realizar el derecho y a hacerlo positivo”⁷. Mientras que quien investiga en el campo de las ciencias de la naturaleza actúa sobre un campo acotado de la realidad preexistente de modo que, salvo en perspectivas marginales, no se cuestiona por cual sea su objeto de estudio, en el terreno de las ciencias sociales constituye una temática de inexcusable tratamiento, de forma que no hay rama del saber jurídico que se precie que no proceda a reflexionar sobre sí misma.

Pero, además, existe una diferencia de esencia entre el resultado del objeto descubierto en la investigación de las ciencias de la naturaleza y el correspondiente a las ciencias sociales, entre ellas, a las jurídicas, que afecta a las causas y a los fines. Dicho con cierta simplificación, toda investigación tiene como finalidad común lograr definir las reglas conforme a las cuales funciona la realidad cuyo conocimiento se pretende. El conocimiento de esa realidad se materializa al final identificando las reglas conforme a las cuales funciona el campo del saber objeto de investigación. Ahora bien, la premisa de partida generalizada en la investigación de las ciencias de la naturaleza reside en que el descubrimiento de la regla de funcionamiento conduce al convencimiento de que la misma rige la realidad de manera inmutable; dicho en sentido negativo, el científico de la naturaleza actúa sobre la convicción de que la regla descubierta tiene todo su valor por cuanto que la misma no se puede cambiar, con lo cual el descubrimiento de la regla tiene un valor en sí mismo de primera entidad y, en muchas ocasiones, la investigación se agota en el mismo resultado de descubrimiento de la regla.

Por el contrario, lo que define a las reglas de las ciencias sociales es su carácter histórico, en el sentido de que no son inmutables, que en el pasado han podido ser diferentes y del mismo modo pueden ser distintas en el futuro. Con ello, en el campo de las ciencias sociales la investigación tiene un contenido

⁶ Para la diferenciación de los conceptos de “comprensión” y explicación, cfr. M. Weber, *Economía y sociedad*, México 1984, pgs. 6 ss.

⁷ D. Corradini, *Storicismo e politica del diritto*, Bari 1976, pg. 92

mucho más amplio y presenta finalidades igualmente diferentes: no se agota en la identificación de la regla, sino que tiene que ir más allá de la misma. Y, a tenor de ello, el método de investigación en las ciencias sociales igualmente difiere no sólo por la realidad objeto de conocimiento, sino también en atención a la finalidad que persigue.

De un lado, a la vista de que en las ciencias sociales las reglas son históricas y, por tanto, mutables, el método de investigación, además de identificar la regla que rige, tiene que indagar la causa o causas que explican por qué en un momento dado impera esa regla y no otra, así como la hipótesis de cómo evolucionaría la sociedad de regir reglas diferentes. El científico de la naturaleza descubre la regla y, salvo en la investigación primaria, no suele preguntarse por qué existe esa regla y desde cuando existe, porque presume que funciona desde el origen de la vida; si se quiere ser más matizado, la búsqueda de la causa de la regla, aunque pueda estar entre las preocupaciones del científico de la naturaleza, no suele ser el centro de su atención. Por el contrario, en la investigación de las ciencias sociales resulta de todo punto imprescindible preguntarse e identificar las causas de las reglas actuales.

Ello incorpora a la metodología de las ciencias sociales un enfoque adicional, que debe tenerse muy presente a los efectos de saber cómo enfocar la investigación.

Por ejemplo, ello introduce en muchas ocasiones la necesidad de llevar a cabo un enfoque de carácter histórico, para detectar cuáles eran las reglas precedentes y las razones que provocan su evolución para poder explicar por qué rigen las actualmente vigentes. Asimismo ello exige, en otras ocasiones, comprobar si las reglas identificadas son las mismas existentes en otras sociedades actuales o bien si en otros territorios, culturas, economías, o países rigen reglas diferentes y, por ende, igualmente preguntarse por las razones de esas diferencias.

Igualmente, al no ser reglas inmutables, en las ciencias sociales la investigación requiere incorporar una perspectiva valorativa. Mientras que para las ciencias de la naturaleza la regla es la que es, no siendo necesario preguntarse si la misma es digna de ser considerada como “buena” o como “mala”, en el ámbito de las ciencias sociales no siendo inmutable la regla y, por tanto, siendo posible su alteración, es necesario que la investigación jurídica analice cuáles son los efectos que produce esa regla y, por tanto, si la misma por sus resultados debe compartirse y defenderse su permanencia o, por el contrario, produce resultados negativos y, por tanto, debe aventurarse su cambio.

Finalmente, derivado de lo anterior, la metodología en el ámbito de las ciencias sociales tiende necesariamente a incorporar una prospección de futuro. Tiene entre sus finalidades las de proyectar un posible cambio de reglas. En el ámbito de las ciencias de la naturaleza a lo más que se llega es a identificar el modo de actuar para corregir o frenar los efectos del funcionamiento de la realidad a partir de determinadas reglas que producen ciertos efectos; la actuación puede ser de acelerar los efectos o frenarlos, pero siempre sobre la premisa, insistimos, de que la regla es inalterable. Por el contrario, comoquiera que en el ámbito de las ciencias sociales la regla resulta alterable, la investigación debe intervenir en el terreno del futuro, para preguntarse cómo funcionaría la sociedad de no existir dicha regla o bien como funcionaría caso de que la regla fuese parcial o sustancialmente diversa.

En definitiva, todo lo anterior implica que la actividad de investigación en el campo de las ciencias sociales es mucho más amplia que en otros terrenos, abarca actividades diversas y tiene finalidades igualmente diversas, todo lo cual desemboca en que sea más rica la metodología de investigación, aunque en igual medida mucho más compleja e igualmente mucho más incierta.

2. ESPECIALIDADES COMUNES Y DIVERSIDAD EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Dentro del campo de las ciencias sociales, a su vez, el Derecho presenta sus propias peculiaridades, de las que derivan igualmente formas propias de desarrollo de la investigación.

Y de entre las diversas peculiaridades del Derecho la, a mi juicio, más destacada reside en que la búsqueda de la regla, tan ardua en otros procesos de investigación tanto de las ciencias de la naturaleza como incluso del resto de las ciencias sociales, de principio resulta fácil de localizar, cuando menos en los ordenamientos jurídicos de corte continental, basados en la atribución al poder legislativo o en su caso al poder ejecutivo de la capacidad de establecimiento de tales reglas. Si acaso, en el Derecho del Trabajo los posibles sujetos creadores de normas son más amplios, pero en todo caso, la operación de identificación de la norma no resulta tan ardua al modo como sucede en otras disciplinas⁸. Ello se

⁸ Por todos, J. Neves, *Introducción al Derecho Laboral*, Colección Textos Universitarios, PUCP 2000. E. G. Arce Ortiz, *Teoría del Derecho*, fondo Editorial PUCP; Lima 2013.

condensa en el conocido aforismo latino “*da mihi factum, dabo tibi ius*”: dame los hechos, yo te daré el derecho.

Ciertamente, al igual que en el resto de las actividades de investigación, la primera labor que corresponde al investigador jurídico es la de identificación de la regla aplicable. Sin lugar a dudas, tal como describiremos con mayor detalle en el apartado relativo a la técnica exegética tradicional, la complejidad que presenta hoy en día el ordenamiento jurídico en algunos modelos nacionales puede dificultar notablemente esa labor de identificación de la norma aplicable. Esa es una labor que debe llevar a cabo cualquier profesional del Derecho, realice o no investigación jurídica. Lo debe hacer el juez cuando aplica el ordenamiento jurídico a un caso concreto, por cuanto que en muchos sistemas legales rige el principio “*iura novit curia*”: los jueces conocen el Derecho⁹. Por idénticos motivos lo debe llevar a cabo el abogado en su labor de defensa judicial. Así como lo debe efectuar cualquier funcionario público en la actividad administrativa que gestiona, al decidir acerca de la regla aplicable.

Y en ese terreno, ciertamente, al investigador en el campo del Derecho le corresponde desarrollar una tarea de colaboración en facilitar el trabajo que deben llevar a cabo los profesionales del Derecho: jueces, abogados, funcionarios, etc. Desde ese punto de vista, y a semejanza de lo que corresponde a la investigación en otros campos del conocimiento, la primera tarea que le corresponde al investigador es precisamente la de identificar la regla aplicable en cada caso concreto, determinando cuál es el concreto mandato contenido en la regla identificada. Siendo esta la primera tarea a realizar, es aconsejable que en la formación del jurista que por primera vez en su carrera profesional se aproxima a la investigación jurídica arranque por esta labor, que, por sencilla que pueda parecer a primera vista, como tendremos ocasión de señalar en el apartado correspondiente a la técnica exegética, no está exenta de dificultades. Es también aconsejable comenzar por esta labor por cuanto que en todo caso es la más genuinamente propia del jurista como especialista en el conocimiento del Derecho.

Ahora bien, como hemos dado a entender en el apartado precedente, con ello no se agota la labor de investigación jurídica, por cuanto que la misma se

⁹ A. Meroi, *Iura novit curia y decisión imparcial*, *Ius et Praxis*, n° 2 (2007). G. Calvino, *El brocardo jurídico iura novit curia*, *Revista de Derecho Procesal* n° 1 (2009). E. Cobrerros Mendazona, *Iura Novit Curia*, en AA. VV., *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, ed. La Ley, Madrid 2010. F.J. Ezquiagas Ganuza, “*Iura novit curia*” y aplicación judicial del Derecho, ed. Lex Nova 2000.

debe ir enriqueciendo progresivamente con otras labores de investigación adicionales, que van completando el resultado de la labor investigadora, requiriendo de herramientas o métodos de investigación igualmente adicionales. Así, avanzando en el proceso de investigación jurídica, como decíamos, la primera de las tareas de investigación consiste en la identificación de la regla aplicable seguida de la comprensión del contenido del mandato recogido en la misma, y, a partir de la constatación del hecho de que la reglas en Derecho no son inmutables, es preciso indagar en las razones determinantes de que en un momento dado la regla que rige sea una concreta o bien la misma haya cambiado. Desde esta segunda perspectiva el método de investigación jurídica debe proceder a la contextualización de la norma: sus antecedentes históricos, su evolución, las razones del cambio legislativo, la evolución del contexto social, económico o político que determina los cambios de las reglas jurídicas, etc. Se trata esta otra de una labor especialmente necesaria cuando la investigación jurídica consiste en una tarea de análisis de una determinada reforma legislativa de una concreta materia o institución. Más aún, no se trata ni siquiera de bloques estancos, de todo punto independiente, en el sentido de que esta segunda labor de contextualización permite sucesivamente volver a la primera fase de la investigación exegética para enriquecerla y perfeccionarla.

Las precedentes suelen ser las labores de investigación más clásicas y comunes en todos los campos de la investigación jurídica, si bien hoy en día no las agotan, cuando menos en algunas especialidades del Derecho.

Así, como tercera labor en el campo de la investigación jurídica, en tiempos recientes aparece un nuevo e importante cometido, que desde luego es ajeno al ámbito de las ciencias de la naturaleza y, en muchas ocasiones, también lo es al ámbito de otras ciencias sociales. Me refiero en concreto a la circunstancia de que identificada la norma aplicable, la misma no se cumple en la realidad social. Este escenario es inconcebible en el campo de las ciencias de la naturaleza, pues de detectarse el resultado sería que se ha errado en la identificación de la regla y es otra la que funciona; mientras que en el ámbito de lo jurídico sí que es posible, derivado de una cierta constancia de ineffectividad de la norma jurídica, dado que la misma existiendo no es cumplida por la ciudadanía o por las organizaciones públicas o privadas destinatarias de las mismas; o bien no es cumplida en ciertos ámbitos o sectores. Una cosa es que el sistema político haya otorgado a determinadas instancias el poder creativo de las normas jurídicas y otra bien distinta es que tales instancias tengan la capacidad real de imponer que las normas por ellas creadas sean cumplidas por sus destinatarios. A tenor de ello, el investigador en el campo de lo jurídico hoy en día no debe quedarse en el terreno de lo formal de identificar la norma aplicable al caso y cuál es su

mandato, sino comprobar las bolsas sociales donde efectivamente se aplica y en cuáles no se aplica. Más aún, es posible que tal labor de comprobación le corresponda más al sociólogo del Derecho que al investigador jurídico, pero en todo caso al jurista en su investigación sí que le corresponde analizar y explicar las causas determinantes de la ineffectividad de la norma, a qué es debido su incumplimiento. En la metodología jurídica clásica existiría una primera labor de investigación consistente en el estudio de las sanciones previstas por el ordenamiento jurídico frente a los incumplimientos, pero en clave más moderna resulta imprescindible ir más allá de ello para comprender y explicar las razones de que esas sanciones pudieran ser ineficientes para eliminar las bolsas de incumplimiento jurídico¹⁰.

Más aún, allá donde se detecte la presencia de un incumplimiento de las normas jurídicas acordadas formalmente por las instancias contempladas formalmente por el sistema político establecido, deberían identificarse cuáles son las conductas materiales que se verifican en la realidad social, o si se quiere cuáles son las “reglas” o “normas” alternativas que rigen de facto en la realidad social, así como quienes son las instancias que como poder fáctico establecen las mismas y logran que se cumplan. Esta tarea adicional no puede escapársele tampoco al investigador en el campo de las ciencias sociales y, por extensión, no puede convertirse en una tarea ajena al propio investigador jurídico.

Finalmente, en una primera aproximación de las labores comunes hoy en día a la metodología de investigación jurídica, habría que hacer mención a las tareas que llamaríamos bajo la alocución latina “*de lege ferenda*”, es decir, entrar en el terreno propositivo de futuras reformas legislativas. Una vez más, como la premisa de partida es que el investigador en Derecho trabaja sobre reglas mutables, es posible cambiarlas y en esa labor del investigador está también valorar la oportunidad de hacerlo y en qué dirección llevarlo a cabo. Si en la primera de las labores de análisis jurídico de carácter exegético, dijimos que el investigador jurídico se convierte en un colaborador de los profesionales del Derecho (jueces, abogados, funcionarios públicos), ahora el investigador jurídico se presenta como un colaborador del responsable político. Qué duda cabe que al final es a

¹⁰ Por todos, J. Cruz Villalón y P. Rodríguez Ramos Velasco, Técnicas normativas y efectividad jurídica en la calidad en el empleo, en AA. VV., Eficacia de las normas laborales desde la perspectiva de la calidad en el empleo, Valencia 2011. AA. VV. (Ph. Auvergnon dir.), L'efficacité du Droit du travail: à quelles conditions, ed. Comptresec, Burdeos 2006. M. E. Casas Baamonde, La eficacia y la eficiencia del Derecho del Trabajo: reflexiones sobre un Derecho cuestionado por la economía y el desempleo, Relaciones Laborales n° 10 (2014), pgs. 15 ss.

este último a quien corresponde adoptar la decisión de mantenimiento o modificación de las reglas existentes, del mismo modo que es al juez a quien corresponde dictar la sentencia. Sin embargo, en igual medida que el investigador jurídico puede llevar a cabo una labor previa de análisis y estudio de todos los elementos de la exégesis jurídica que aporten herramientas de trabajo al juez, al abogado o al funcionario público que asume funciones aplicativas de la norma jurídica, similar tarea puede efectuar el investigador jurídico aportando propuestas fundadas de modificación legal a valorar en su momento por el responsable político, naturalmente si bien ello lo lleve a cabo por medio de otros métodos de investigación diferentes a los que acometen en su labor de colaboración con el juez. De este modo, el investigador jurídico, habiendo realizado una previa labor valorativa de la bondad o negatividad de la regla vigente, del cambio del contexto social o económico o político determinante de la regla aprobada en el pasado y vigente en estos momentos, de efectividad o ineficiencia de la regla vigente, puede disponer del conocimiento más pleno de la realidad que le permite efectuar esas propuestas “*de lege ferenda*”, yendo más allá del análisis “*de lege data*”.

Las consideraciones precedentes, de principio, podrían ser referibles al conjunto de la metodología de investigación jurídica, aplicable por tanto a cualquiera de sus ramas y especialidades. Es cierto que todo el Derecho es un ordenamiento único, que responde a pautas de técnica jurídica similares y, por tanto, al que le resulta posible aplicar todas y cada una de las facetas de la investigación previamente mencionadas. A todas ellas resulta aplicable en similares términos, en la medida en que se trabaja sobre reglas jurídicas a identificar, a determinar su alcance y con posibilidad de ser cambiadas.

Eso sí, a pesar de que todo ello sea común al conjunto del ordenamiento jurídico, algunas ramas son más resistentes a la posibilidad de incluir toda la riqueza de las labores de investigación previamente descritas, mientras que otras ramas son más maleables y, como tales, más propensas a incorporar el cúmulo de facetas de investigación antes descritas.

Pues bien, sin necesidad de entrar en estos momentos en mayores precisiones, y refiriéndonos ahora por primera vez a la investigación concreta en el ámbito del Derecho del Trabajo, cabe anticipar que esta rama del ordenamiento jurídico presenta como primera especialidad justamente la de pertenecer al grupo de las especialidades jurídicas más maleables en el sentido antes referido, es decir, es la más propensa a la utilización de todas y cada una de las tareas de investigación previamente descritas. Más aún, casi afirmaríamos que con el Derecho del Trabajo nos enfrentamos a una disciplina que requiere por necesidad, no sólo

como mera posibilidad, para ser completa y plena en sus resultados el abordaje de todas y cada una de las técnicas de investigación apuntadas.

En efecto, uno de los primeros rasgos caracterizadores del Derecho del Trabajo, cuando menos en los momentos actuales, es el de su permanente estado de reforma y modificación de las reglas que lo rigen, es decir su intensa mutabilidad. Siendo ello así, adquiere mucha mayor relevancia la investigación jurídica que tiende a abarcar todas las vertientes previamente descritas. Y, precisamente por ello, aunque las consideraciones precedentes respecto de las diferentes funciones y finalidades de la investigación jurídica se hayan referido al conjunto del Derecho, adquieren particular relevancia en la descripción de la metodología de investigación en el campo del Derecho del Trabajo. Procuraremos desarrollar con mayor precisión esta primera conclusión aquí avanzada.

3. LA TRANSVERSALIDAD JURÍDICA COMO RASGO DEFINITORIO DEL DERECHO DEL TRABAJO

El criterio referencial para determinar el objeto de estudio por parte del Derecho del Trabajo, como rama especializada del Derecho, determina no sólo el conjunto de normas a tomar en consideración, sino que además tiene como efecto derivado un decisivo resultado sobre las especialidades o ausencia de éstas en el método de investigación en el campo jurídico laboral.

En efecto, lo que caracteriza al Derecho del Trabajo desde esta perspectiva de la delimitación de su objeto de estudio es que el mismo toma como referencia una determinada parcela de la realidad social como referente de especialización, que no es otro que el estudio de la intervención de la norma jurídica sobre las relaciones laborales¹¹.

A diferencia de otras ramas del ordenamiento jurídico¹², que toman como referencia a un determinado tipo de personas (por ejemplo, el Derecho Mercantil o el Derecho Administrativo), una categoría de actos jurídico (por ejemplo, el Derecho Penal) o relaciones jurídicas (por ejemplo, el Derecho Civil), una clase

¹¹ Por todos, J. Cruz Villalón, El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado, en AA. VV. Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo, ed. Tecnos, Madrid 1999, pgs. 169 ss.

¹² Con carácter general sobre las distintas ramas del ordenamiento jurídico, A. Latorre, Introducción al Derecho..., op. cit., pgs. 185 ss.

de bienes (por ejemplo el Derecho Patrimonial), o bien una relación singular de normas (por ejemplo, el Derecho Constitucional o el Derecho Internacional), en el caso del Derecho del Trabajo debe atenderse a una determinada realidad social subyacente al mismo, por cuanto que esta rama del ordenamiento no hace otra cosa que actuar sobre una concreta parcela de las relaciones sociales, que son precisamente las singulares circunstancias que rodean a este segmento de las relaciones sociales las que, en última instancia, van a provocar el nacimiento y consolidación de la autonomía del Derecho del Trabajo. Ciertamente, de la consolidación histórica de una determinada realidad social, con caracteres singulares propios y diferenciados de otros fenómenos sociales, va a derivar el surgimiento paralelo de unos concretos sujetos —trabajador, empleador, sindicatos, comités de empresa, asociaciones empresariales, Administración laboral, Tribunales de trabajo— e igualmente el desarrollo de una serie de principios jurídicos propios de esta rama del ordenamiento jurídico. Sin embargo, lo segundo no es sino el efecto o la consecuencia de la toma en consideración de una determinada realidad social autónoma.

Lo importante derivado de todo lo anterior, por lo que afecta a la perspectiva metodológica de la investigación jurídica en el ámbito del Derecho del Trabajo, es que, al tomarse como referencia esta parcela de la realidad social, el Derecho del Trabajo comporta una intervención transversal del conjunto del ordenamiento jurídico sobre las relaciones laborales. Se trata de aplicar multiplicidad de instituciones de otras ramas del ordenamiento jurídico al específico campo de las relaciones laborales. Por tanto, desde esta perspectiva, más que la presencia de un método exclusivo o diferenciado de investigación en lo que afecta al Derecho del Trabajo, lo que sucede es que esta rama del ordenamiento jurídico aúna al propio tiempo todas y cada una de las especiales metodologías de investigación propias de cada una de las ramas del ordenamiento jurídico.

De este modo, el Derecho del Trabajo se integra tanto en el ámbito del Derecho Privado como del Derecho Público, pues se trata de las normas de uno y otro campo aplicadas a lo laboral. Es Derecho Privado, en la medida en que aborda unas relaciones entre trabajadores y empresarios, entre sindicatos y asociaciones empresariales que tienen el carácter de sujetos privados y establecen entre ellos relaciones contractuales privadas. De este modo, la impronta metodológica propia del Derecho Civil y Mercantil resulta inexcusable para el iuslaboralista. Pero, cuando menos por lo que se refiere a los ordenamientos jurídicos de impronta de la Europa continental, el Derecho del Trabajo es en igual medida Derecho Público, por cuanto que esas relaciones laborales entre nosotros se desarrollan con un fuerte intervencionismo y protagonismo por parte de los poderes públicos, en particular de la Administración laboral, lo que determina la

presencia de influyentes normas públicas en la materia. Desde esta otra perspectiva, por tanto, las orientaciones metodológicas propias del Derecho Administrativo influyen igualmente en la investigación propia del Derecho del Trabajo.

Al mismo tiempo, es tanto Derecho sustantivo como procesal o procedimental, pues se trata de un ordenamiento que analiza tanto la perspectiva sustantiva de las normas que atribuyen derechos subjetivos y deberes jurídicos a las partes, como la perspectiva adjetiva de los reglas de garantía procesal o administrativa de cumplimiento de las mismas. En esa medida, el estudio del proceso laboral deberá necesariamente beber de las fuentes metodológicas del Derecho Procesal, mientras que de nuevo el intervencionismo de control por parte de la Administración laboral deberá atender de nuevo a las técnicas jurídicas propias del Derecho Administrativo.

El Derecho del Trabajo es igualmente una rama del ordenamiento jurídico que contempla todo el abanico imaginable de mecanismos de reacción legal frente al incumplimiento jurídico, de modo que prevé tanto reglas de sanción civil al incumplimiento contractual, como mecanismos de sanción administrativa, incluidas tipificaciones penales de las conductas más patológicas en esta rama del ordenamiento jurídico. Y, una vez más, desde cada una de estas intervenciones la metodología de investigación tendrá que adaptarse a las bases sobre las que se construyen los respectivos mecanismos reactivos frente al presunto incumplimiento.

Es igualmente una rama del ordenamiento jurídico que se construye sobre la base de múltiples intervenciones de los poderes normativos, de modo que, cuando menos por lo que se refiere a las legislaciones laborales de los Estados europeos, integra tanto Derecho Internacional, Derecho de la Unión Europea, como Derecho interno; tanto Derecho Constitucional como legislación ordinaria, tanto normativa estatal como negocial por vía de los convenios colectivos.

En los mismos términos, en sede de ejecución de esa legislación, como particularidad del Derecho español y en general de otros ordenamientos con Estados de corte federal o cuasi federal, aparece tanto la intervención del poder estatal o central como el correspondiente autonómico o descentralizado comoquiera que se denomine en cada uno de los sistemas políticos que se tomen como referencia.

En definitiva, el Derecho del Trabajo constituye un crisol en el que vemos en la práctica aplicándose todo el ordenamiento jurídico a una concreta parcela

de las relaciones sociales. Todo ello aporta una especial riqueza, pero al propio tiempo una singular complejidad a la metodología de la investigación jurídica en el campo del Derecho del Trabajo.

Ante todo, como ya hemos anticipado, esa transversalidad de disciplinas jurídicas presentes en el Derecho del Trabajo, obliga a utilizar todas las técnicas de investigación propias de cada una de las ramas del ordenamiento jurídico que confluyen en el campo de las relaciones laborales: Derecho Constitucional, Derecho Internacional público y privado, Derecho de la Unión Europea, Derecho civil y mercantil, Derecho Administrativo, Derecho procesal, Derecho sancionador privado y público, etc. Desde ese punto de vista, cabría afirmar que al investigador en el campo del Derecho del Trabajo se le requiere que asuma todas esas perspectivas metodológicas de investigación, permítasenos la expresión, se convierta en un investigador transversal del Derecho, para lograr un resultado coherente, comprensible y acertado de su método de investigación.

Pero es más, no se trata exclusivamente de la utilización en cada caso, según la concreta investigación que se acometa, de la perspectiva de una concreta rama del ordenamiento jurídico, sino que precisa de un esfuerzo metodológico adicional. Esfuerzo adicional que consiste en una doble labor de convergencia y adaptación.

De convergencia, en el sentido de que debe proceder a elaborar un método de investigación que concilie y logre aplicar de modo integrado todas y cada una de las especialidades metodológicas propias de cada una de las ramas del ordenamiento jurídico, no meramente una utilización autónoma y separada de cada una de ellas. No se trata de una mera yuxtaposición de técnicas, acudiendo a un “traje” metodológico diferenciado y autónomo en función de la materia que en cada ocasión sea objeto de investigación, sino que en las más de las ocasiones deberá efectuar un análisis integrado de las diversas metodologías aplicadas a la realidad social propia del Derecho del Trabajo, que implique la confesión de un “traje” propio que integre los diversos “paños” de cada método propio de cada rama del ordenamiento jurídico.

De adaptación, por cuanto que no se trata de una mera traslación automática de las técnicas de investigación específicas de cada una de las ramas del ordenamiento jurídico al ámbito de la intervención jurídica en el campo de las relaciones laborales, sino, por añadidura, con una labor de procesamiento metodológico de adecuación a la propia realidad social sobre la que se investiga. Dicho de otro modo, no un uso mecánico de las diferentes metodologías, sino una adicional labor de técnica de investigación ecléctica, por medio de la cual se

maticen esas diferentes técnicas de investigación, moldeándolas a lo que de particular y diferente tiene el Derecho del Trabajo como rama autónoma del ordenamiento jurídico.

4. LA TÉCNICA EXEGÉTICA: CONCURRENCIA NORMATIVA Y PRINCIPIOS INFORMADORES

Ya avanzamos que la primera de las técnicas de investigación, la más clásica y tradicional, consiste en la exegética o hermenéutica consistente en la determinación de la concreta regla aplicable para regular una determinada situación de hecho o relación social, así como la labor de interpretación del contenido y significación de la regla jurídica previamente identificada¹³.

El grado de perfeccionamiento técnico o de complejidad normativa de un determinado ordenamiento jurídico determina que esta labor exegética pueda resultar más sencilla o más ardua, de modo que, según los casos, la intervención del investigador jurídico sea más simple o más relevante. En una primera aproximación, cabría pensar que con el paso del tiempo, el avance de la ciencia jurídica y el desarrollo de la técnica jurídica, las leyes progresivamente tenderían a lograr un mayor perfeccionamiento en su confección y, por tanto, el profesional del Derecho tendría una mayor facilidad en esta labor exegética y, por ende, requeriría de un menor apoyo de colaboración por parte del investigador jurídico. Si esto fuese así, la labor del investigador sería más sencilla y superficial, consistente esencialmente en una tarea descriptiva de la norma y del modo cómo la misma se viene aplicando por parte de los Tribunales de justicia y la práctica administrativa. Principio informador común al conjunto de los ordenamientos jurídicos contemporáneos es el de garantizar la seguridad jurídica, de modo que los destinatarios de las normas conozcan con la suficiente precisión el Derecho vigente, su contenido y, por tanto, el conjunto de derechos y obligaciones establecidos por el ordenamiento jurídico¹⁴.

Pues bien, cuando menos por lo que se refiere al Derecho del Trabajo, y a pesar del indudable desarrollo que éste ha tenido tanto desde el punto de vista normativo como aplicativo, el mismo progresivamente ha venido adquiriendo

¹³ Latorre, Introducción, op. cit., pgs. 83 ss. M. Segura Ortega, Sobre la interpretación del Derecho, Universidad de Santiago de Compostela 2003. M. L. Balaguer Callejón, Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico, ed. Tecnos 1997.

¹⁴ Por todos, A. E. Pérez Luño, La seguridad jurídica, ed. Ariel, Barcelona 1991.

una dosis tan elevada de complejidad que esta primera labor exegética y hermenéutica adquiere una notable relevancia, de modo que la investigación jurídica en esta vertiente presenta una trascendencia de primer orden.

Los elementos que, a nuestro juicio, determinan esa progresiva complejidad de la legislación laboral, de modo que redundan en dosis de incertidumbre interpretativa que hacen relevante la investigación en este terreno, se pueden resumir del modo siguiente.

Para empezar, indicábamos que, a diferencia de las ciencias de la naturaleza, donde el esfuerzo principal del investigador consiste en el lograr descifrar las reglas conforme a las cuales funciona el campo objeto de análisis, en el Derecho de principio la regla debe ser clara, pues ha sido establecida por el poder público con capacidad normativa, de modo que se debe conocer con certeza cuál es la regla aplicable a cada caso concreto, en base en el aforismo latino “*da mihi factum, dabo tibi ius*”, o bien “*iura novit curia*”.

Pues bien, algo inicialmente sencillo como la identificación de la norma aplicable se convierte en una primera tarea nada fácil de resolver en muchas ocasiones en el ámbito del Derecho del Trabajo.

Ante todo, la principal dificultad en la determinación de la regla aplicable en materia de Derecho del Trabajo, deriva de la habitual pluralidad de fuentes del Derecho reguladoras de una misma institución laboral, con evidente efecto de concurrencia normativa, lo que provoca una indudable dificultad en la determinación de cuál de las reglas previstas en cada una de las normas resulta aplicable en un concreto caso de tratarse de una situación de concurrencia conflictiva, o bien si resulta viable la aplicación conjunta y simultánea de varias reglas en la medida en que nos encontremos ante una situación de concurrencia no conflictiva¹⁵. A diferencia de otras ramas del ordenamiento, que tienden a desarrollarse a través de una norma básica, con vocación de regulación total, o bien que otorga primacía a una concreta fuente, por el contrario, en el caso de la legislación laboral, no existe una norma central o fuente prevalente de regulación. Piénsese lo que ocurre con el Derecho Constitucional en su relación con el texto constitucional, el Derecho Internacional con los correspondientes Tratados, el Derecho de la Unión Europea y sus Reglamentos y Directivas, el Derecho Civil y su correlativo Código, el propio Derecho Administrativo y la centralidad que

¹⁵ Por todos, AA. VV., J. García Murcia coord., El sistema de fuentes de la relación laboral. Estudios ofrecidos al profesor Martín Valverde, Universidad de Oviedo, Oviedo 2007.

en el mismo tiene el Reglamento y así sucesivamente. Frente a ello, en el Derecho del Trabajo están presentes todas y cada una de las fuentes antes mencionadas para cada una de las otras ramas y, además, están presentes no a título meramente testimonial, sino cada una de ellas con un rol de influencia significativo nada desdeñable. Además, por añadidura, en algunos sistemas laborales el convenio colectivo tiene un papel protagonista de primer orden, atribuyéndosele igualmente la eficacia correspondiente a la de una norma jurídica y, con ello, añadiéndose al ya de por sí amplísimo listado de fuentes que interactúan en el ámbito de las relaciones laborales.

Más aún, en ese contexto de pluralidad de fuentes tampoco se llega a efectuar un reparto de materias, de modo que formal o materialmente cada institución laboral venga a estar regulada por una concreta fuente. Por el contrario, lo habitual es que una misma materia la encontremos regulada simultáneamente por diversas fuentes, no siendo extraño encontrarnos con regulaciones divergentes cuando no directamente contradictorias. A la postre, este panorama nos aboca a un resultado de recurrentes situaciones de concurrencia normativa, que acentúa la trascendencia de las reglas de resolución de estos solapamientos normativos. En definitiva, una labor que en ocasiones resulta de tono menor en otras ramas del ordenamiento jurídico de identificación de la regla aplicable, viene a presentarse de especial dificultad en ciertos sistemas jurídicos laborales, donde el método de investigación es clave a la hora de identificar los principios de resolución de este tipo de reglas de concurrencia. En definitiva, el método de investigación es clave a la hora de identificar el principio o los principios a considerar a los efectos de determinar la regla aplicable en cada caso: jerarquía normativa, suplementariedad, norma mínima o norma más favorable, complementariedad, supletoriedad, reserva normativa o delegación legislativa, especialidad, modernidad, territorialidad, etc¹⁶.

Una vez superado el escollo de la identificación de la regla aplicable, en el método de investigación exegético procedería entrar en el análisis del concreto mandato legal en sus diferentes aspectos; en esencia, presupuesto de hecho, régimen jurídico aplicable, efectos derivados del posible incumplimiento. En este terreno la metodología jurídica proporciona herramientas en gran medida comunes al conjunto del ordenamiento jurídico para acometer esta tarea interpretativa. Particularmente aquellos sistemas legales que pretenden responder al modelo clásico de la pirámide kelseniana, donde de ordinario en la cúspide viene

¹⁶ Por todos, A. Martín Valverde, Concurrencia y articulación de normas laborales, *Revista de Política Social* n° 119 (1978).

situarse el texto constitucional, de aplicación uniforme al conjunto de las ramas del ordenamiento jurídico, dicho texto entre otras funciones procede a unificar y positivizar los Principios Generales del Derecho conforme a los cuáles se ha de proceder a efectuar la labor de interpretación jurídica por parte de los profesionales del Derecho, comenzando por los investigadores del mismo¹⁷.

Se trata de principios asentados con el paso del tiempo en la ciencia jurídica, que vienen a ser incorporados con carácter referencial vinculante bien en el texto constitucional o bien en un texto legal de desarrollo general para todo el ordenamiento jurídico, tal como sucede en España, donde además de precisos criterios constitucionales de interpretación de las normas integrados en el texto constitucional (función y rol de las diferentes fuentes del Derecho, principio de igualdad y no discriminación, promoción de la igualdad material, principio de legalidad, jerarquía normativa, publicidad, seguridad jurídica, irretroactividad de las normas sancionadoras e interdicción de la arbitrariedad, etc.), adicionalmente se recogen otros principios de común aplicación en el título preliminar del Código Civil (vigencia normativa, interpretación de las normas conforme a criterios gramaticales, contextuales, históricos y en atención a la realidad social de las normas, el juego de la equidad en la aplicación de las normas, aplicación analógica de las normas, validez de la renuncia de derechos, interpretación de los derechos conforme al principio de buena fe, prohibición del fraude de ley y del abuso de derecho). A su vez, en aquellos sistemas legales donde se instituye un órgano de control supremo de la constitucionalidad en la actuación tanto de los poderes públicos como de los poderes privados, como viene a ser el Tribunal Constitucional, se desarrolla todo un aparato jurisprudencial que perfila el alcance y significado de todos los principios precedentes, con aportación de criterios orientativos en cuanto al modo de articularlos en la aplicación práctica de las normas, teniendo en cuenta los condicionamientos derivados del respeto a los derechos fundamentales constitucionalizados, a los principios de razonabi-

¹⁷ Entre la multitud de autores que han tratado la materia cabe destacar, I. Álvarez Sacristán, *Los principios generales del Derecho*, Gomylex, Bilbao 2010; J. Arce Flórez-Valdés, *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid 1990; M. C. Díaz de Terán Velasco, *Los principios generales del Derecho en la interpretación*, en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho nº 23 (2011), pgs. 181 ss.; A. Pérez Luño, *Los principios generales del Derecho: ¿un mito jurídico?*, Revista de Estudios Políticos nº 98 (1997), pgs. 9 ss.; S. E. Rodríguez Boente, *Los principios Generales del Derecho*, Universidad de Santiago de Compostela, 2008; J. A. Tardío Pato, *Los principios generales del Derecho*, Bosch, Barcelona 2011; G. Del Vecchio, *Los principios generales del Derecho*, Bosch, Barcelona 1933; AA. VV. (F. Reinoso Barbero, coord.), *Principios del Derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Aranzadi, Madrid 2014.

lidad y proporcionalidad en el ejercicio de los derechos y el mutuo equilibrio en la garantía de los diferentes derechos y bienes jurídicos constitucionalizados.

Todo lo anterior aporta indiscutibles herramientas de trabajo al método jurídico tradicional de interpretación jurídica, aportándole una lectura de cada regla jurídica inserta dentro del conjunto del ordenamiento jurídico. A tal efecto, resulta clave que el investigador se familiarice y domine el alcance de cada uno de los principios jurídicos precedentes, a los efectos de poder acometer con solvencia su labor de exégesis normativa. A mayor abundamiento, el hecho de que todo el conjunto de principios previamente enumerados, junto a la interpretación de los mismos venga precisada por parte del Tribunal Constitucional, aporta una cultura jurídica común a todos los profesionales del Derecho, particularmente al método de investigación, que en gran medida se convierte en común para todas las ramas del ordenamiento jurídico.

Eso sí, lo anterior no está reñido con el hecho de que algunas, por no decir todas, las ramas del ordenamiento jurídico, en la medida en que van adquiriendo cierta autonomía y especialización, con su consolidación vayan identificando principios propios que matizan o enriquecen los precedentes comunes al conjunto del ordenamiento jurídico. Ejemplo paradigmático de ello sucede con el ordenamiento laboral, cuya madurez como rama autónoma del Derecho se asienta precisamente en la conformación de ese tipo de principios generales, que acaban siendo integrados en la propia norma positiva para otorgarle plena vinculabilidad jurídica y no constituya un mero elemento implícito derivable de la voluntad del legislador a la hora de la aprobación de las normas laborales. Así tradicionalmente se han ido asentando en ciertos ordenamientos laborales diversos principios informadores, que en gran medida para algunos modelos se pueden resumir esencialmente en dos: el principio tuitivo por medio del cual se proporciona una protección acentuada del contratante débil, así como el principio de autonomía colectiva de fomento de la actividad de defensa de sus intereses respectivos por parte de las representaciones de trabajadores y empresarios¹⁸.

¹⁸ Por todos, AA. VV. (L. E. De la Villa Gil y L. López Cumbre directores), *Los principios del Derecho del Trabajo*, Centro de Estudios Financieros, Madrid 2003; AA. VV. (J. García Murcia coord.), *El sistema de fuentes de la relación laboral*. Estudios ofrecidos al profesor Martín Valverde por el área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo, 2007. M. R. Alarcón Caracuel, *La vigencia del principio "pro operario"*, en AA.VV., *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1990; J. M. Almansa Pastor, *Los principios generales del derecho ante la jurisprudencia constitucional*, en AA. VV.,

La aplicación de los principios precedentes ha ido proporcionando a ciertos sistemas jurídico-laborales cierta certeza en cuanto al método de interpretación jurídica, del ordenamiento en su conjunto, así como del laboral en particular.

Ahora bien, cuando menos por lo que se refiere a la evolución del ordenamiento laboral en ciertos países, en las últimas décadas se han producido importantes transformaciones en el ámbito económico, social, cultural y particularmente en el político, que han determinado ciertos cambios en las orientaciones y en las técnicas jurídicas. Cambios que han provocado una superior dificultad en la aplicación de los precedentes principios informadores, de modo que la labor exegética deviene notablemente más compleja y no tan sencilla como en el pasado, sin que la investigación jurídica pueda desconocer tales transformaciones, pues de lo contrario erraría en los resultados de método empleados. Sin poder entrar en estos momentos en mayores detalles respecto de los cambios producidos, baste con identificar los nuevos enfoques normativos, que hacen más compleja la tradicional labor hermenéutica.

Ante todo, muchos ordenamientos laborales han ido evolucionando en su funcionalidad y finalidad normativa, en términos tales que los principios tuitivos y de promoción de la autonomía colectiva dejan de ser las señas de identidad exclusiva del ordenamiento laboral. En efecto, con el paso del tiempo, los cambios económicos y políticos, junto a los precedentes principios, que desde luego no desaparecen, emerge también la toma en consideración por parte del legislador laboral de la necesidad de establecer un sistema legal acorde con los requerimientos de flexibilidad empresarial y de atención al principio de libertad de concurrencia empresarial¹⁹. Así, el legislador laboral tiende cada vez más a ser sensible a estas otras finalidades de atención a los intereses de la economía en su conjunto y de la empresa en particular, a los efectos de moderar la intensidad de la tutela laboral, o bien de compensarla con la toma en consideración igualmente de los

Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, vol 4, Civitas, Madrid 1996; M. Alonso Olea, Las fuentes del Derecho: en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución, Civitas, Madrid 1982. J. Mercader Uguina, Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo, Tirant lo Blanch, Valencia 2014; J. M. Quirós Lobo, Los principios generales del Derecho en la doctrina laboral, Aranzadi, Pamplona 1984; J. A. Sagardoy Bengoechea, Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo, ACARL, Madrid 1991.

¹⁹ Por todos, M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Flexibilidad: ¿un debate interesante o interesado?, Relaciones Laborales, 1987 (I), pgs. 14 ss; Flexibilidad, juridificación y desregulación, Relaciones Laborales 1987 (I), pgs. 26 ss; flexibilidad: el debate europeo en curso, Relaciones Laborales 2007 (II), pgs. 113 ss. M. E. Casas Baamonde, La eficacia y la eficiencia..., op. cit. AA. VV. A. Lyon-Caen y J. Affichard coord.), *L'évaluation du Droit du Travail: problèmes et methods, Rapport de synthèse*, IPEEC, Paris, 2008.

requerimientos de flexibilidad empresarial. De este modo, junto a los dos principios tradicionales, históricamente definitorios del Derecho del Trabajo, van emergiendo otros principios como son los propios de la protección de la productividad y flexibilidad empresarial, que acaban corrigiendo o matizando los tradicionales.

A tenor de ello, el método de investigación jurídica en esa labor de interpretación exegética en materia laboral se vuelve considerablemente más compleja, por cuanto que la misma ya no puede estar orientada unilateralmente hacia un único objetivo de tutela, que en el pasado simplificaba enormemente la interpretación finalista de la norma, la voluntad del legislador y, a la postre, la opción por las diversas alternativas interpretativas que podría ofrecer la redacción gramatical de la norma laboral. Ahora, el método exegético no puede eludir esa doble cara, en ocasiones contradictoria, que puede presentar la norma laboral, de simultánea voluntad de tutela del trabajador y de atención a los requerimientos de flexibilidad empresarial. En algunos ordenamientos el cambio resulta profundo y las reformas legislativas necesariamente deben interpretarse en atención a las claves que las determinan, bien exclusivamente en una sola dirección o en otras ocasiones con un valor ambivalente, ambiguo y siempre mucho más difícil de deducir, a diferencia de lo que sucedía en el pasado.

Un segundo elemento que viene a introducir mayor complejidad en el método exegético de las normas deriva de ciertas transformaciones que se observan en la técnica normativa de actuación. Me refiero en particular a la emergencia, frente a las clásicas reglas de *hard law*, a las cada vez más extendidas reglas de *soft law*²⁰. En efecto, en ciertos ordenamientos emergen con cierta intensidad reglas jurídicas que no establecen como tales precisos derechos subjetivos o cargas legales sobre sus destinatarios, sino que se limitan a establecer reglas de procedimientos de actuación, o bien contemplan finalidades dirigidas a la actuación de los poderes públicos, o bien perfilan un marco legal sin sanción frente a su incumplimiento. En esta clave, una nueva dificultad metodológica para la investigación jurídica es la de lograr identificar la naturaleza y alcance de la regla de referencia, para marcar si realmente la misma se encuentra en clave de *hard law* o meramente de *soft law*. A su vez, caso de que se deduzca que nos encontramos ante una regla típica de *soft law*, es difícil

²⁰ Por todos, B. Caruso, Il diritto del lavoro tra hard law e soft law: nuove funzioni e nuove tecniche normative, en 1998, en WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", INT - 39/2005. M. Barbera, Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche social, ed. Giuffrè 2006. J. Cruz Villalón, El impacto de la nueva gobernanza europea sobre las reformas nacionales de la legislación laboral y políticas laborales, Gaceta Sindical nº 18 (2012), pgs. 225 ss.

cuando no imposible proceder a interpretar el sentido y contenido del mandato legal conforme a las técnicas tradicionales de la hermenéutica jurídica; difícil cuando no imposible en la medida en que los precedentes principios y las técnicas tradicionales de interpretación se conforman sobre la premisas de la estrictas reglas de *hard law*, de modo que sólo limitadamente son útiles para la investigación interpretativa de este nuevo tipo de técnica jurídica. En definitiva, constituye, por tanto, tarea novedosa en la metodología jurídica efectuar una construcción dogmática y de herramientas interpretativas que sirvan de referente para analizar, estudiar y valorar el alcance de las normas laborales de *soft law*.

Un último y tercer elemento a apuntar, aunque sea someramente, reside en el hecho de que el jurista del trabajo no solo debe trabajar con reglas provenientes del poder público, sino necesariamente de normas emanadas de la negociación colectiva. La complejidad en estos casos deriva del hecho de que los protagonistas de una y otra norma presentan un perfil de especialización y conocimientos técnicos bien diversos. Mientras que la norma laboral emanada del poder público se presume que ha venido precedida de un proceso de decantación técnica en su elaboración por parte de profesionales con mínimos conocimientos jurídicos que permiten presumir una mayor corrección técnica de la regla laboral, ello no sucede con tal intensidad en el caso de los textos de los convenios colectivos. Desde este punto de vista, el método de investigación hermenéutica de la norma convencional no puede ser idéntico al propio de la norma pública, debiendo cuidarse mucho de no efectuar lecturas estrictamente gramaticales de las cláusulas de los convenios colectivos, que son siempre la primera aproximación de seguridad en la lectura de la norma pública y que no lo puede ser tanto en la lectura de la norma convencional.

5. EL ANÁLISIS DE DIAGNÓSTICO DE LA REALIDAD SOCIAL SOBRE LA QUE SE ACTÚA

En parte como un instrumento más de la tradicional interpretación exegética, en parte como elemento adicional a la misma, la superación del método de investigación más tradicional exige hoy en día al investigador del Derecho, en especial al investigador en el ámbito del Derecho del Trabajo, proceder a evaluar y diagnosticar la realidad social sobre la que actúa la norma laboral²¹.

²¹ Sobre el particular, cfr. M. E. Casas Baamonde, Reflexión sobre las preocupaciones y corrientes metodológicas en el Derecho del Trabajo de la crisis, en AA. VV., El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica. I Jornadas de la Facultad de Derecho. Madrid 1984.

Evaluación y diagnóstico que implica la disección del contexto en el que se aplica la norma, que puede tener un enfoque ciertamente complejo: escenario histórico en el que se desarrolla y por tanto los cambios evolutivos que se han producido en la realidad social, contexto político determinante de la actuación normativa, condicionantes económicos que actúan sobre la norma laboral, valores sociales, culturales e ideológicos imperantes que igualmente determinan en contexto en el que se desenvuelve la norma, actitudes de los destinatarios de la norma jurídica, etc.

Este análisis de la realidad social sobre la que actúa la norma laboral puede tener una funcionalidad plural, que debe destacarse. Así, en primera aproximación nos permite explicar mejor las causas determinantes de la intervención legal, las razones que han podido determinar una determinada regulación de la norma y, a la postre, la finalidad que pretende el legislador mismo con ese tipo de regulación; dicho de otro modo, dicho análisis se produce con vistas a alcanzar un mejor conocimiento de las posibles causas determinantes de que el legislador haya regulado una institución laboral de una determinada forma o bien para poder captar cuál puede llegar a ser la funcionalidad práctica de una determinada regulación. A resultas de ello, en segundo lugar, nos puede servir como instrumento de contextualización de la norma y, por ende, dar cumplida cuenta del mandato legal de que la norma debe ser interpretada conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas; es decir, desde esta perspectiva, el análisis de la realidad nos sirven como útil instrumento de interpretación de la norma y, por tanto, como avanzamos antes, como un instrumento más y complementario de la labor hermenéutica. Finalmente, el análisis social constituirá una oportuna herramienta de base para acometer la labor relativa a la investigación relativa a la efectividad, eficacia y eficiencia de la norma jurídica, en particular de la norma laboral, que desarrollaremos en apartado sucesivo. Naturalmente en todo este análisis de la realidad social no podremos eludir la imprescindible perspectiva axiológica, en el sentido de valorativa de la bondad o negatividad de la normativa objeto de investigación.

Cuando el jurista acomete tal perspectiva metodológica de análisis de la norma ciertamente deja de utilizar las herramientas estrictas tradicionales de la hermenéutica jurídica, salvo que se recuerde que en ciertos ordenamientos jurídicos se precisa que las normas han de interpretarse conforme al contexto y a “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas” (art. 3.1 Código Civil español).

En el momento en el que el jurista aborda esta nueva tarea metodológica en su labor de investigación cuando menos no puede limitarse a utilizar las técnicas

propias de la argumentación jurídica, sino que, adicionalmente, debe transformarse en un investigador general de las ciencias sociales, acudiendo, por tanto, a los métodos de investigación propios de otras especialidades próximas a lo estrictamente jurídico. Aunque pueda serlo en manera rudimentaria, el investigador del Derecho debe acometer una tarea de investigación multidisciplinar, donde necesariamente ha de acudir a referentes metodológicos propios de la sociología del Derecho, de la economía del trabajo, de la estadística y contabilidad, de la psicología social, de la política del Derecho, de la antropología social, incluso a la teoría de juegos para lograr un conocimiento acabado del contexto general en el que se sitúa la norma objeto de análisis²².

En este terreno el jurista se puede sentir algo más inseguro, en la medida en que no puede utilizar las técnicas argumentativas y métodos de investigación a los que está acostumbrado, pero resulta cada vez más imprescindible que el jurista adquiera una mínima formación en estos otros campos del saber de las ciencias sociales, en la medida en que, de lo contrario, se encontraría considerablemente limitada su capacidad de acometer el análisis interpretativo que el propio legislador le encomienda de comprensión de la norma conforme a la realidad social del momento en el que han de ser aplicadas. Posiblemente ello aconsejaría que en los propios planes de estudios jurídicos en las Universidades se proporcionasen al alumno unos primeros conocimientos básicos de las técnicas de análisis propias de esas otras ciencias sociales, para dotarles de herramientas útiles en la necesaria contextualización de la norma jurídica.

En todo caso, si ese análisis transversal de la norma se convierte cada vez más en un cometido inexcusable del investigador del Derecho en todas sus ramas del conocimiento, lo es de manera mucho más acentuada para el jurista del trabajo, a la vista de la indiscutible incidencia de todos esos otros factores y elementos en la conformación de la norma laboral. Posiblemente ello explique que algunos juristas prefieran mantenerse en el terreno exclusivamente exegético clásico, de básica interpretación formalista tradicional, conforme a las categorías propias de la ciencia jurídica, sin dar el paso sucesivo de enriquecimiento del método de investigación, para adentrarse en este otro terreno, ciertamente más resbaladizo, pero cada vez más inexcusable para el investigador del Derecho del Trabajo, a los efectos de que su tarea sea integral y completa. La norma laboral no está llamada sólo a ser aplicada por los jueces a través de sus sentencias y de la Administración laboral a través de sus resoluciones administrativas, sino también en el uso cotidiano de las mismas que se hace por parte de

²² J. Rodríguez de la Borbolla, *Algunas reflexiones...*, op. cit., pg. 30.

las empresas, así como de la actividad sindical que se despliega en el terreno de la exigencia de su cumplimiento. Por tanto, la labor del investigador laboral no es plena si toma en consideración exclusivamente la labor aplicativa de la norma por parte de Tribunales y Administración, y no también el resultado que la misma provoca sin necesidad de acudir a la vía judicial o administrativa; ciertamente en este terreno un conocimiento rudimentario de las técnicas de análisis de las otras ciencias sociales antes mencionadas resulta de enorme utilidad para acometer esta labor axiológica que le corresponde desarrollar igualmente al jurista del trabajo.

Posiblemente, en ocasiones, el grado de complejidad metodológico a estos efectos resulta tan elevado que el jurista, con la formación de la que dispone, no se puede bastar para acometer una investigación que en ocasiones sin exageración podría calificarse de titánica. A la vista de ello, una labor metodológica completa no puede llevarse a cabo de manera plena de forma individual, sino que puede requerir de la conformación de una investigación de carácter colectiva. Investigación colectiva en la que se integren expertos provenientes de campos diversos de especialización, que proporcionen mayor rigor científico al método de investigación, necesariamente pluridisciplinar para acometer la tarea de diagnóstico completo de la realidad social sobre la que actúa la norma laboral de referencia.

6. LA INVESTIGACIÓN DE DERECHO COMPARADO

Dentro de las diferentes metodologías de investigación jurídica, una de las más útiles, pero al propio tiempo de las más complejas de abordar, es la correspondiente a la perspectiva de análisis de Derecho comparado. La misma permite complementar de forma muy provechosa los análisis precedentes contextuales, en la medida en que facilita llevar a cabo el contraste del modo como en otros ordenamientos nacionales se da respuesta a problemas relativamente similares. Más aún, en la actualidad adquiere una trascendencia enorme cuando multitud de reformas laborales encuentran sus raíces en la toma en consideración del funcionamiento de modelos legales alternativos presentes en otros países.

Con cierta semejanza a lo que sucede cuando se efectúa un análisis comparativo diacrónico de evolución histórica de una determinada institución laboral, que permite conocer cómo los cambios económicos, políticos y sociales han ido determinando modificaciones de las normas reguladoras de las diversas instituciones laborales, la comparación sincrónica de esa misma institución en su vigencia actual en diversos sistemas legales nacionales aporta igualmente la

capacidad de comprobar similitudes y diferencias en la respuesta jurídica a una realidad social similar.

No obstante, conviene destacar la importancia de la precisión inicial de “con cierta semejanza”, por cuanto que en esta materia el análisis diacrónico tiende a resultar de más fácil abordaje por el jurista nacional, donde una previa formación cultural e histórica personal de base le puede permitir controlar con relativa solvencia las claves del cambio, mucho más compleja resulta la técnica del análisis de Derecho comparado, motivo por el cual éste en muchas ocasiones se queda en un plano eminentemente superficial, de carecerse de las claves necesarias, que en esta ocasión resultan mucho más complejas.

En efecto, cabe una primera aproximación al estudio de Derecho comparado de una determinada institución por vía del simple expediente de contraste del texto legal en su literalidad en cada uno de los países. Ello tiene un indiscutible valor informativo o de acopio de datos, que permite un primer contraste de identidades y divergencias. Sin embargo, ha de advertirse y llamarse la atención especialmente que esa primera labor de pura acumulación informativa en lo formal aporta poco valor a la investigación, especialmente cuando se lleva a cabo por medio de un método tan rudimentario como es el del mero contraste literal de los textos legales. Dicho de otro modo, el método de investigación en el ámbito del Derecho comparado, a pesar de su notable utilidad, implica un dominio de conocimiento y el empleo de herramientas metodológicas de singular dificultad, que deben tenerse muy presentes, pues ello determina que la profundidad del análisis comparado puede resultar bien diverso según las ocasiones. Especialmente importante resulta esta advertencia hoy en día, pues en muchas ocasiones cierto tipo de reformas legislativas toman como referentes regímenes ya establecidos en otros países, o bien se pretende legitimar política o científicamente determinada reforma legislativa en atención a los buenos resultados derivados de su implementación en otros países de una muy concreta fórmula legal. Especiales cautelas a estos efectos por cuanto que en ocasiones no es tan cierto que cuando se afirma esto realmente se esté acudiendo a la incorporación en todos sus elementos del modelo referencial que se toma como ideal, o bien porque en las más de las ocasiones se pierde de vista el funcionamiento contextual de una determinada regulación laboral que trasladada “*tout court*” a otro modelo nacional produce efectos o funcionalidades bien diversas.

Más aún, en ocasiones llega a producirse el sorprendente uso de la legislación de otro país como herramienta interpretativa de la normativa propia, técnica exegética que no requiere explicar su carencia de fundamento como criterio hermenéutico aceptable por parte de los diferentes ordenamientos nacionales.

Por ello mismo, resulta obligado ser rigurosos en el uso de la doctrina extranjera, detectándose en ocasiones —igualmente a veces de manera más que sorprendente— la utilización, a efectos de la interpretación de la normativa de otro país, de las opiniones de ciertos autores que reflexionan y desarrollan su argumentación con estricta interpretación de un concreto y específico Derecho nacional. Incluso, más llamativo aún si cabe, que se pueda encontrar como argumento de autoridad, en determinadas sentencias referencias a autores que están describiendo o interpretando la normativa laboral vigente en otro modelo nacional diverso al que debe aplicar el órgano judicial de referencia. Diferente es que esa doctrina de autor de reconocido prestigio se haya elaborado en clave de evolución histórica general de los ordenamientos jurídicos, de Derecho comparado o de los condicionantes derivados del Derecho internacional, en cuyo caso su construcción sí puede ser tomada en consideración con mayor fundamento; incluso su mayor valía puede encontrarse cuando tales trabajos doctrinales se sitúan en el terreno de la valoración contextual de las causas determinantes de determinada regulación o bien de la toma en consideración de la eficacia o eficiencia de determinadas regulaciones, pero en absoluto cuando se sitúan en el estricto terreno exegético de interpretación de una normativa interna nacional.

Por todo lo anterior, y sin desmerecer de la enorme aportación que pueden proporcionar los estudios de Derecho comparado, conviene destacar cuáles son sus condicionantes y especialmente el complejo bagaje metodológico que comporta el mismo. En términos enumerativos estos referentes de dificultad en la metodología comparada se podrían resumir del modo siguiente.

Ante todo, no se puede perder nunca de vista que la regla jurídica y, en particular, la norma laboral, no puede nunca leerse de manera formal y aislada respecto del contexto económico, social, cultural y político en el que se desenvuelve y aplica. Cada regulación responde a unos precisos antecedentes históricos y a una específica realidad social, que es no sólo la que determina al legislador a regular de esa manera las relaciones laborales, sino que, por añadidura, una vez vigente un determinado modelo legal su aplicación práctica, eficacia y eficiencia depende notablemente del contexto de referencia. Por ello, la mera lectura de un texto laboral puede provocar errores notables de comprensión cuando se pretende interpretar desde la clave de un país diferente al que corresponde. A estos efectos resulta bastante evidente que el esfuerzo de dominio de las claves no sólo jurídicas, sino del conjunto de la realidad social de ese otro país al que se acude a efectos de la comparación jurídica, resulta de primer orden en su importancia, no siendo nada fácil acometer esta tarea por parte del jurista, de ordinario situado en clave de norma nacional y, por ende, en clave del contexto igualmente nacional. Mientras que la formación complementaria del jurista nacional le permite un

conocimiento suficiente de la historia de su país, que le facilita notablemente los análisis diacrónicos de evolución histórica y de contextualización de los antecedentes normativos, mucho más complejo se le presentan los análisis sincrónicos donde por necesidad debe sumergirse, no sólo en la cultura jurídica del otro país, sino por añadidura en la realidad social sobre la que se asienta esa concreta cultura jurídica. Baste con referirnos a un dato nada anecdótico a estos efectos como es la comparación entre modelos nacionales en cuyos países se utiliza una lengua diversa, sea lengua diversa en los textos legales como en el uso por la ciudadanía: a la ya de por sí dificultad de traslación de culturas jurídicas se adiciona la complejidad de la mera comprensión lingüística del sentido de las instituciones jurídicas reguladas por cada uno de los países.

Correlativamente a lo anterior, resulta de capital trascendencia la selección de los modelos nacionales alternativos a comparar, pues no resulta cuestión menor, ni debe efectuarse de manera arbitraria o casual, la elección de los modelos nacionales a comparar. No se trata ya sólo, en referencia a lo antes dicho, de que se proceda a identificar países respecto de los cuales el investigador comparatista tiene un cierto dominio personal de las claves de esos modelos nacionales no sólo desde la perspectiva jurídica. Se trata especialmente de valorar por anticipado la virtualidad de la comparación a realizar y la finalidad pretendida con la misma. En efecto, las dificultades en el desarrollo de un método de comparación jurídica se acrecientan a medida que son mayores las divergencias de cultura jurídica, de evolución económica, de estructura social, de conformación del mercado de trabajo, de contexto político general, de las claves del sistema político, etc. Por ello, cuando menos en un primer ensayo de investigación en el campo del Derecho comparado del trabajo, se debe comenzar por llevarlo a cabo respecto de los modelos laborales nacionales más próximos, lo sea por razones históricas, políticas, sociales económicas o culturales. Incluso modelos nacionales que parecen tener notables similitudes, sucesivamente se comprueban las grandes diferencias tanto jurídicas como contextuales de las mismas. Un Derecho como es el laboral, tan influido en su diseño y evolución por el contexto político, social y económico en el que se inserta, debe tener muy en cuenta las precedentes consideraciones a los efectos de acertar en la selección de los modelos nacionales a comparar.

A estos efectos, puede resultar de enorme utilidad en la clave de la investigación jurídica comparada cuando se puede trabajar sobre algún instrumento de referencia jurídica común a los diversos Estados objeto de comparación en sus modelos nacionales.

Por poner un ejemplo paradigmático a estos efectos, con todas sus dificultades, la comparación en el ámbito jurídico-laboral ha progresado notablemente

entre los países europeos a partir de su integración en la Unión Europea; especialmente ha avanzado notablemente conforme se ha profundizado en el proyecto europeo de construcción de una importante política de armonización legislativa a partir de la aprobación de importantes Directivas en materia laboral. El referente de la Directiva en la Unión Europea, aunque no sea de principio norma directamente aplicable en el ordenamiento interno, permite una específica comparación entre los diferentes modelos nacionales de cada uno de los Estados miembros. Eso sí, una comparación mucho más fácil de llevar a cabo respecto de las instituciones para las que se ha producido ese esfuerzo de armonización legislativa, donde cada uno de los Estados miembros debe proceder a la transposición de las mencionadas Directivas, por mucho que en múltiples ocasiones la específica regulación de transposición presente intensas diferencias en cada uno de los Estados miembros, a la vista de que no se trata de una mera traslación mecánica de mandatos precisos, sino de adecuación a la cultura jurídico laboral de cada uno de tales Estados miembros. En todo caso, insistimos, la clave se encuentran en que se tiene un modelo normativo de referencia común, con el que deben trabajar todos los países, a pesar de lo cual cada uno de ellos conserva su legislación laboral propia, que, por ende, requiere de una labor comparatista no menor. Incluso en ese terreno con el paso del tiempo va adquiriendo notable relevancia el hecho de que, junto a las Directivas de referencia, se irán produciendo intervenciones interpretativas por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, resolviendo acerca de la conformidad o no de concretas regulaciones nacionales respecto de los mandatos contenidos en la Directiva. De este modo, en muchas ocasiones, los estudios de análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia requieren de una metodología de trabajo singular, en la medida en que ni se trata propiamente de un órgano judicial nacional que interpreta y aplica normativa interna ni tampoco de un órgano judicial internacional que interpreta y aplica Tratados de tal ámbito. Es una labor en cierto modo de Derecho comparado la que se debe realizar cuando se estudian las sentencias del Tribunal de Justicia que resuelven asuntos relativos a la regulación en un determinado Estado miembro, porque no es una interpretación en abstracto de la Directiva; especialmente investigación comparada cuando se pretende valorar el alcance que esas sentencias pueden tener respecto del régimen laboral de otros Estados miembros que no son el objeto directo del fallo del Tribunal, pero que, en igual medida, están obligados a trasponer la Directiva objeto de interpretación.

Saliendo fuera del ámbito europeo, esa referencia a la posible presencia de un texto normativo de referencia común a efectos de la investigación comparada puede desarrollarse igualmente en otras zonas geográficas, no sólo por el hecho de que tengan formas embrionarias o más desarrolladas de integración regional a semejanza de la Unión Europea, sino, sobre todo, por cuanto que se pueda

trabajar con los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo. Especialmente allí donde se trate de Convenios con cierto grado de concreción en el contenido de sus mandatos y allí donde podamos identificar Estados que los han ratificado formalmente y, finalmente, donde la ratificación ha provocado un perceptible impacto sobre la concreta regulación laboral del país. Una vez más, la ratificación de un Convenio de la OIT puede tener muy diverso impacto en cada uno de los Estados que la llevan a cabo y, especialmente, el cumplimiento de las prescripciones contenidas en el mismo puede articularse y materializarse de manera diferente, con regulaciones no idénticas. Eso sí, no cabe la menor duda, que ese referente normativo común y su impacto efectivo en la normativa laboral de concretos países, puede ser una herramienta utilísima a los efectos de facilitar el desarrollo de una labor de investigación en el terreno del Derecho comparado.

Debe advertirse que no estamos refiriéndonos a la labor de estudio de la relación entre Convenio OIT y derecho nacional, en clave estrictamente de análisis de Derecho internacional, sino de utilizar los textos de la OIT como excusa para facilitar la comparación entre ordenamientos nacionales diversos que es una perspectiva metodológica bien diferente; es seguir en el terreno del método de Derecho comparado, pero utilizando el Convenio de la OIT como mecanismo indirecto de trabajo. En los mismos términos, cuando antes nos referíamos al Derecho de la Unión Europea no queríamos situarnos tampoco en el diálogo entre el Derecho europeo y el nacional de cada uno de los Estados miembros, sino al método comparado entre las legislaciones laborales de los diferentes Estados europeos, si bien tomando como excusa de enganche, como herramienta de trabajo, a la Directiva, que permitiría trabajar sobre un a modo de triángulo normativo.

7. EFECTIVIDAD, EFICACIA Y EFICIENCIA DE LA NORMA LABORAL

El siguiente enfoque que corresponde abordar desde el punto de vista metodológico al investigador en el campo jurídico laboral es el relativo al diagnóstico y valoración del impacto material de la regla jurídica objeto de estudio. Ya no se trata ni del mero análisis exegético de lo que dice la norma, ni de cuál es el contexto de la realidad social que determina la presencia de esa específica regla, sino de llegar a conocer cuál es la funcionalidad material que despliega una determinada norma en el devenir de las relaciones laborales. El jurista del trabajo no puede quedarse en el plano de lo que el legislador “dice” y “pretende” a través de la norma laboral, sino lo que “resulta” de su aplicación práctica.

Como indicaba Bobbio, al jurista le corresponde hacer una valoración de la norma jurídica desde una triple perspectiva: si es justa o injusta, si es válida o inválida, así como si es eficaz o ineficaz, sin olvidar que en ocasiones estas tres valoraciones son interdependientes entre sí²³. Pues bien, en este apartado, corresponde analizar la última de las valoraciones, que nos adentra en una nueva metodología de trabajo, relacionada no sólo con la perspectiva formal del cumplimiento de la norma, sino también sobre los “output” que la norma laboral provoca.

Como ya indicamos, a diferencia de la regla identificada por el investigador de las ciencias de la naturaleza, que sólo es aceptada como existente en la medida en que se materializa en la realidad y por tanto funciona siempre, en el ámbito de las ciencias jurídicas la existencia de una determinada regla no presupone de por sí su aplicación en la realidad social y tampoco que la misma provoque los resultados esperados. Por ello, el jurista debe necesariamente acometer esta labor metodológica adicional de contrastar resultados, evaluar la aplicación de la norma y de los logros obtenidos por la misma a lo largo de su proceso aplicativo.

Esta labor, que de principio tiende a tener cierta importancia en casi todas las ramas del ordenamiento jurídico, adquiere una trascendencia de primer orden en el caso específico de la legislación laboral. Bien es conocida la presencia, cuando menos en cierto tipo de países de cultura jurídica latina, del intenso incumplimiento de la legislación laboral o de efectos sorprendentes de la misma respecto con impacto práctico bien diverso de lo inicialmente programado. Ante todo, bien es conocida la preocupación, tanto por parte de los economistas del trabajo como de los juristas laborales, por la presencia en ciertos países de elevadas bolsas de empleo irregular, que se definen precisamente porque las relaciones laborales en las mismas discurren en paralelo, al margen o en contra de los designios de la norma laboral. Tal situación no sólo repercute sobre el desarrollo equilibrado de las relaciones laborales, sino que tiene un alcance general en la distribución de la riqueza y en la marcha de la economía.

Ello necesariamente conduce a que esa preocupación evidente se traslade al campo de la investigación laboral en una triple vertiente, preguntándonos: 1) por el alcance real del fenómeno de bolsas de irregularidad en el empleo con identificación de sus efectos; 2) por qué se produce con particular fuerza en

²³ N. Bobbio, *Teoría General del Derecho*, Madrid.

ciertos ámbitos este escenario de incumplimiento; 3) para desembocar en qué medidas serían las oportunas para evitar o cuando menos paliar tales resultados; en otros términos, diagnóstico, causas y reacción. Precisamente por ello, todo este nuevo enfoque metodológico valorativo de las disposiciones jurídicas y de sus sucesivas modificaciones está alcanzado hoy en día un creciente interés, no solo a nivel interno sino también en el ámbito internacional. Bajo la sincrética expresión de evaluación de las políticas públicas en general, y de la política legislativa, en particular, se condensa todo un conjunto de operaciones y mecanismos de medición del impacto que determinaciones acciones públicas tienen sobre la vida de los ciudadanos.

A los efectos de acometer este nuevo enfoque metodológico, conviene comenzar por diferenciar tres perspectivas diferentes del asunto, que hemos tipificado sobre la base de la diferenciación terminológica entre efectividad, eficacia y eficiencia, todo ello referido a la norma laboral. Efectividad en el sentido de si la norma se cumple o no; eficacia en el sentido de si la norma, a partir de su cumplimiento, logra o no los fines perseguidos por la misma respecto de lo que se supone constituye la voluntad del legislador; eficiencia en el sentido de si la norma, logrando sus fines, lo hace con costes o efectos colaterales marginales o elevados. Desgranemos cada uno de estos aspectos por separado.

Así, **la efectividad de la norma laboral** se vincula con su aplicación práctica, con su cumplimiento real por sus destinatarios. La efectividad presupondría la validez de la norma y mediría el nivel o frecuencia de su cumplimiento y respeto. Las manifestaciones de la ineffectividad pueden ser heterogéneas y ser expresión, de una fuga, de una violación o de una ignorancia de la norma establecida sea por el poder público o por la negociación colectiva. En estos términos la ausencia de efectividad se produce en todos los casos en los que las relaciones laborales no se atienen a las precisas reglas contenidas en la norma formalmente establecida, con independencia de que ese incumplimiento provoque o no sanciones.

Desde el punto de vista de la efectividad o ineffectividad de la norma laboral, conviene deslindar adecuadamente el fenómeno que se toma como referencia, pues a veces se confunde con realidades próximas pero que no siempre son idénticas. Así, por ejemplo, en ocasiones se identifica como si fuesen lo mismo economía sumergida con empleo irregular, concepto éste último que viene a ser sinónimo de incumplimiento de la legislación laboral. Sin embargo, la economía sumergida no siempre es igual a empleo irregular, pues la primera es un fenómeno más amplio que abarca escenarios de incumplimientos de la norma jurídica muchos variados, que desbordan lo estrictamente laboral; de este

modo, la economía sumergida puede comportar, entre otros, incumplimientos de la legislación fiscal y tributaria, de la normativa urbanística, de la reglas de protección del medio ambiente, de la normativa sanitaria y de garantía alimentaria, de desarrollo de prácticas empresariales y comerciales respecto de productos prohibidos, de transgresiones en materia de Seguridad Social, así como, obviamente, también de incumplimientos de la propia legislación de laboral, incluidas entre ellas las reglas sobre política de inmigración. En estos términos, las prácticas economía sumergida en ocasiones pueden coincidir con el empleo irregular, pero en otras ocasiones no, pues pueden identificarse bolsas de economía sumergida que no comporten necesariamente empleo irregular, del mismo modo que pueden detectarse prácticas empresariales de empleo irregular que en las otras vertientes se someten a un pleno cumplimiento del resto de los imperativos legales.

De otro lado, también en ocasiones se utiliza el término empleo informal con un valor ambiguo que no siempre se puede identificar con el empleo irregular; mejor dicho que en la mayoría de las ocasiones no responde a un fenómeno estricto de empleo irregular. En efecto, en algunos países el concepto de empleo informal se refiere a actividades económicas por parte de trabajadores autónomos que pueden desarrollarse de manera poco controlada por parte del poder público, pero que no se refieren a actividades que se desarrollen por parte de trabajadores asalariados; desde luego, una de las manifestaciones típicas de la ineficacia de la norma laboral se produce en el caso de los llamados “falsos autónomos”, que se someten formalmente a un régimen de contratación civil o mercantil por cuenta propia cuando materialmente se encuentran prestando servicios para un empleador en régimen de subordinación, lo que constituiría un ejemplo típico de empleo irregular; pero igualmente hay supuestos de auténticos trabajadores autónomos que realizan su actividad en la denominada economía informal o sumergida, que no son propiamente manifestaciones de empleo asalariado irregular, salvo que el término “empleo” se quiere referir tanto al trabajo asalariado como al autónomo.

Especialmente importante resulta la advertencia de que en una primera aproximación cuando se conecta la inefectividad de la norma laboral con el empleo irregular es pensar que éste comporta una huida del Derecho del Trabajo, en el sentido de que nos encontramos frente a un escenario de incumplimiento pleno de la legislación laboral. Evidentemente, estas son las manifestaciones más graves de inefectividad de la norma laboral, pero ni son las únicas ni siquiera en algunos sistemas nacionales son las más extendidas desde el punto de vista cuantitativo. Por el contrario, en muchos países la situación generalizada no es la frontera entre el negro y el blanco en la inefectividad de la norma

laboral, sino la intensa extensión de los grises. Los grises vendrían a representar situaciones de incumplimiento parcial y, por ende también, cumplimiento parcial de la norma laboral; o bien, dicho en otros términos escenarios de ineffectividad parcial de la norma laboral. Ello determina un amplio abanico de posibilidades, con intensidades diversas en la ineffectividad de la norma laboral y, por tanto, también situaciones de mayor licitud o ilegalidad del empleo. Así, a mero título ejemplificativo podríamos efectuar una enumeración de las manifestaciones más típicas tanto del empleo irregular generalizado como del parcial. Respecto del primero, como manifestaciones de incumplimiento contractual generalizado cabría mencionar la inmigración irregular, la ausencia de formalización de la contratación bajo formas diversas: prácticas no laborales, becas de formación; el ocultamiento de la contratación: situaciones de trabajadores perceptores de prestaciones de Seguridad Social incompatibles con la realización de un trabajo; la formalización como contratación no laboral ficticia: falsos autónomos. A su vez, como manifestaciones más significativas de incumplimiento laboral parcial cabría citar la contratación parcial para la realización de trabajos a tiempo completo; la ausencia de declaración de la realización de horas extraordinarias; la declaración oficial de salario inferior al real, o bien la declaración como percepciones extrasalariales; la contratación temporal para la ejecución de actividades de carácter permanente en la empresa; el incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales; el incumplimiento de las condiciones laborales previstas en la negociación colectiva; el incumplimiento de la normativa fiscal y de cotizaciones sociales. Desde el punto de vista metodológico, lo más importante es que las técnicas tradicionales de control del cumplimiento de la norma laboral son mucho más impactantes respecto de las situaciones de empleo irregular pleno (por cuanto que resultan más fáciles de detectar), mientras que son mucho menos respecto del empleo irregular parcial (más fáciles de eludir tales controles).

Desde una perspectiva más estrictamente jurídica, suscita cierta dificultad encajar dentro del concepto de ineffectividad de la norma las situaciones en las que los mecanismos del control del cumplimiento detectan situaciones de empleo irregular, actuando con la imposición de la correspondiente sanción prevista en el ordenamiento jurídico, sea ésta penal, administrativa o contractual según la gravedad del ilícito detectado. Según la perspectiva desde la que se analice, tal fenómeno se situará en el terreno de la efectividad o el de la ineffectividad de la norma laboral. Ciertamente la plena efectividad de la norma laboral se produce cuando ésta se cumple de manera fisiológica, sin intermediación de sanción alguna. Por ello, la aplicación de sanciones por propia definición presupone incumplimientos y, por ende, ineffectividad de la norma. Más aún, es obligado tener presente que en las decisiones de los destinatarios de las normas labo-

rales en ocasiones juegan cálculos de coste-beneficio, en el sentido de que se opta por el incumplimiento de la norma considerando que le compensa asumir el riesgo de los costes derivados de la sanción legal derivada de la detección del incumplimiento; por lo que la sanción en estos casos no posee el valor de lograr la efectividad de la norma que se busca con ella. No obstante, también es cierto que, de por sí, la aplicación de la sanción es una manifestación de efectividad de la propia norma sancionadora; que en ocasiones, a resultas de la sanción impuesta, a partir de ese instante, se cambia la conducta y se procede a dar efectivo cumplimiento a la norma hasta ese instante incumplida; y, sobre todo, en muchas ocasiones, la norma sancionadora cumple un relevante función profiláctica de incentivo al cumplimiento, una amenaza que juega en clave preventiva a favor de la efectividad de la norma laboral. En el análisis metodológico de la efectividad de la norma laboral se trata, por tanto, de acometer la tarea de comprobar hasta qué punto prima en la efectividad de la norma sancionadora el juego de coste-beneficio, o bien su función profiláctica.

Finalmente, en el tratamiento de la efectividad de la norma, debe tenerse en cuenta que en ocasiones frente a situaciones generalizadas de ineffectividad de la norma, el legislador no reacciona buscando los medios para hacerla más efectiva, sino reduciendo los niveles de protección, degradando los estándares y, a la postre, convirtiendo en legal lo que hasta ahora era ineffectividad de la norma. En estos casos, se cambia por completo la orientación, desaparece el enfoque de efectividad y pasaríamos a otro terreno, es decir, el correspondiente a la valoración de si la nueva norma resulta justa o injusta.

La eficacia de la norma laboral, más allá de lo anterior, representaría la aptitud de la norma para alcanzar los fines u objetivos por ella previstos. Efectivamente, las normas contienen concretos mandatos de respeto por parte de sus destinatarios que en la mente del legislador van orientados a un determinado fin u objetivo. Es cierto que en ciertas ocasiones el mero cumplimiento de la norma (efectividad) desencadena con automaticidad la satisfacción de la finalidad de la norma (eficacia). Sin embargo, en otras ocasiones, la regla jurídica es instrumental, en el sentido de que la finalidad de la norma es que de manera mediata el cumplimiento del mandato logre un determinado resultado en el desarrollo de las relaciones sociales, resultado que presenta cierta independencia respecto de la concreta regla contenida en la norma.

Desde luego, la eficacia así definida requeriría de manera inexcusable como presupuesto previo el previo cumplimiento de la norma (efectividad). Como matización a lo anterior se debe señalar que en ciertas ocasiones la finalidad de la norma laboral puede ser múltiple, de modo que cuando se actúa sobre

la ineffectividad de la norma laboral para unos preocupa más la pérdida de eficacia de unos determinados objetivos y para otros preocupan otros, sin descartar que en ocasiones se es sensible a todos ellos. Así, por ejemplo, a estos efectos, según la perspectiva que se analice la preocupación frente al incumplimiento de la legislación laboral puede ser diverso, por cuanto que para unos el acento se pone en los efectos que produce respecto de la reducción de los ingresos públicos para atender al gasto del Estado (economía irregular), mientras que para otros el acento se sitúa en los riesgos respecto de la tutela de los derechos de los trabajadores (empleo irregular), sin olvidar que también suele estar bien presente la preocupación respecto de la concurrencia desleal entre empresas dentro de una economía de mercado (combinación de ambas perspectivas).

Ahora bien, lo que desde el punto de vista metodológico conviene destacar como más decisivo es que el fenómeno inverso no siempre se produce, a la vista del posible juego a diversos planos de la concreta regla jurídica y el objetivo perseguido. Dicho de otro modo, en materia laboral son muy acusadas las situaciones de efectividad de la norma sin resultados de eficacia de la misma: puede suceder que la norma se cumpla de manera estricta, pero sin que ello produzca los resultados esperados de logro de la finalidad perseguida por el legislador. Así, a mero título de ejemplo, puede que en ciertos escenarios se cumplan las reglas relativas al respeto a la causalidad que justifica legalmente la celebración de contratos de trabajo temporales y se cumplan igualmente las reglas legales de preferencia a favor de la contratación por tiempo indefinido, sin que ello dé como resultado una garantía de la estabilidad en el empleo de los trabajadores que se supone es el objetivo final de la norma; es posible que se respeten las reglas formales establecidas legalmente en relación con la seguridad y salud en el trabajo y, sin embargo, en la práctica se sigan produciendo un elevado número de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales.

Todo lo anterior desemboca en indicar que en este frente de análisis metodológico en ocasiones no basta con detectar si la norma laboral se cumple, de identificar cuáles son los instrumentos más hábiles para lograr su efectividad, sino que debe llevarse a cabo una operación adicional; preguntarse hasta qué punto, cumpliéndose la norma laboral, gozando la misma de efectividad, es idónea al logro de sus fines o, por el contrario, los mismos se ven truncados por razones diversas. Se trataría, así, de evaluar si la norma que realmente es aplicada y cumplida alcanza o no el propósito vinculado a dicho cumplimiento. Por tanto, se trata de analizar si los objetivos de la norma son posibles lograrlos con mayor eficacia a través de otros medios y alternativas, a través de otras reglas diferentes. En este terreno, por ejemplo, aparece todo un intenso debate acerca

de la falta de eficacia de algunas típicas normas laborales de *hard law*, valorándose por algunos que a pesar de sus imperfecciones desde la perspectiva de la efectividad cierto tipo de reglas de *soft law* pueden resultar mucho más eficaces en sentido que le estamos dando a ambos términos en este trabajo.

Por otra parte, a los efectos de efectuar esa labor de control de la eficacia de la norma laboral, a veces pasa inadvertida la necesidad de efectuar una previa identificación de cual en materialmente el objetivo, resultado o finalidad perseguidos con la correspondiente regulación. Algo que en muchas ocasiones puede resultar obvio o indiscutible, en la actualidad no siempre es tan evidente, incluso al investigador en ocasiones le corresponde a nada fácil tarea de desentrañar el objetivo real que se esconde tras una determinada regulación que pretende presentar como finalidad una que sólo es aparente o formal. Tradicionalmente a estos efectos suele acudir a diversos instrumentos o documentos que presentan de principio la voluntad del legislador: las exposiciones de motivos de las normas, los debates producidos a lo largo de la elaboración de la norma en cuestión, afirmaciones que pueden llegar a recogerse en el propio texto articulado de la norma, etc. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que a veces, por razones de diverso tenor, la finalidad real de la norma no coincide realmente con la declarada oficialmente en los mencionados textos. Dicho de otro modo, puede ocurrir que por motivos estrictamente políticos, de justificación pública de la norma, el legislador prefiera ocultar la finalidad real de la regulación y, por tanto, sea obligada desentrañar ésta. Por ejemplo, a veces hay una finalidad de atención a determinados intereses que no se atreve a hacer explícitos, con actitudes vergonzantes de ocultamiento de los fines últimos de la norma. De este modo, se puede errar en el diagnóstico de la eficacia de la norma cuando la misma se pretenda comprobar en atención a la finalidad formal o aparente de la misma cuando la auténtica valoración de la eficacia o no de la misma depende en último extremo de la finalidad real o materia; especialmente decisivo en aquellas ocasiones cuando una y otra perspectiva no coinciden: se materializa la finalidad aparente pero no la material, o bien a la inversa.

Asimismo, con ciertas concomitancias a lo anterior, en la labor metodológica de identificación de la eficacia de las normas suele tener cierta trascendencia una labor hermenéutica bastante clásica de identificación de la naturaleza o delimitación conceptual de la institución jurídica objeto de regulación por parte de la norma laboral. En efecto, en la técnica más tradicional propia del Derecho continental la dogmática jurídica es bastante propensa a construir la naturaleza o delimitación conceptual de una determinada figura jurídica a partir de una abstracción de su régimen jurídico, para identificar cuáles son sus señas de identidad, que de ordinario implica presentar cuál es la funcionalidad de la

institución de referencia, de lo cual a la postre no deriva otra cosa que adivinar cuál es la finalidad de la correspondiente institución. Así, por ejemplo, tradicionalmente se ha indicado que el período de prueba al inicio del contrato tiene la funcionalidad y, por tanto, la finalidad de que las partes y especialmente el empleador constate las aptitudes y actitudes del trabajador para adaptarse a las necesidades de las tareas que se le encomiendan; por tanto, se presenta como una excepción a las reglas de estabilidad en el empleo, justificada por precisos intereses empresariales de comprobación de la adecuación del trabajador a sus necesidades. Eso sí, conforme se generalizan los objetivos de flexibilidad empresarial, el legislador puede que extienda, amplíe o universalice la finalidad de la institución, con progresivo alejamiento de la estricta conexión con la prueba del trabajador, para convertirse a secas en un instrumento de flexibilidad. De este modo, en muchas ocasiones con esa operación legal se puede llegar a afirmar que se ha producido una “denaturalización” de la institución, como si las mismas tuviesen una existencia teórica más allá de las normas que le dan vida, o como si el legislador no pudiese proceder a alterar la finalidad de las instituciones tal como surgieron en su origen. Lo que sucede es que en ocasiones ese rediseño de la institución, de su naturaleza y de su finalidad se hace de manera vergonzante, de forma oculta, con lo cual la labor metodológica se convierte en más ardua, pues debe efectuar la comprobación oportuna; naturalmente sin dejar de tener presente que esa reorientación normativa pudiera en ciertas ocasiones entrar en contraste o conflicto con imperativos jurídicos superiores previstos en normas superiores. En todo caso, más allá de lo anterior, lo decisivo a los efectos que nos interesa destacar aquí es que esos procesos de alteración institucional de las figuras laborales hoy en día tiene a emplearse de manera recurrente por parte del legislador, dificultando notablemente la identificación de la finalidad real o material de la nueva regulación, diferente a la tradicional, y con ello también desorientando en la comprobación sucesiva del resultado de eficacia o ineficacia de la regulación en cuestión.

Finalmente, en relación a la definición de **la eficiencia**, ligada a una visión más economicista de la norma y el ordenamiento jurídico en general, la misma vendría determinada por un cálculo en términos coste-beneficio entre el mecanismo previsto para alcanzar un concreto fin y las utilidades o provechos derivados de la efectiva consecución de aquél. En estos análisis de eficiencia la referencia al binomio coste-beneficio apela de manera inmediata a lo económico y, por tanto, llama a un análisis en este orden de las consecuencias que tiene una determinada medida contenida en la norma. En ocasiones, la aprobación de determinadas norma requiere que la misma venga acompañada de un estudio de coste económico, tanto en el sentido positivo de los buenos resultados que ello provocará en clave económica como en el sentido negativo del

montante económico que supondrá su puesta en práctica y aplicación sea directo o indirecto.

Pero desde el punto de vista del análisis jurídico tal perspectiva en muchas ocasiones resulta insuficiente. Cabe también que el análisis de la eficiencia de la norma no se efectúe exclusivamente en términos de beneficios y costes económicos, sino que cabe una concepción más amplia de tal binomio, en el sentido de que cabe igualmente un análisis de beneficios y costes desde una perspectiva cualitativa; por ejemplo, de beneficios y costes sociales o de beneficios y costes colaterales negativos en otras vertientes diversas a las tomadas en consideración por la norma como fines u objetivos de la misma. Así, en ocasiones los costes económicos entran en contraste con los beneficios sociales y viceversa.

Adicionalmente, el cálculo de costes puede efectuarse a diversos niveles, pues los mismos pueden diferir según el ángular que se tome como referencia y, por tanto, diversa puede ser la consideración de la eficiencia de la norma desde perspectivas distintas; en concreto, aplicándose la norma laboral en el ámbito de una concreta empresa, cabe efectuar el análisis de costes en dicha empresa, pero igualmente cabe llevarlo a cabo en ámbitos más amplios, generales macroeconómico o sociales, de afectación a los intereses generales de la comunidad. Ello puede llevar a una valoración dispar, de menor eficiencia en la empresa pero mayor en el ámbito económico o social general, y viceversa.

Evidentemente aquí, a diferencia de lo que acontece en el mundo de la eficiencia económica, donde existe una común opinión acerca de lo que son costes y beneficios, aquí los términos de la comparación son relativos y la tarea de calcular la eficiencia exige una previa determinación de qué se entiende y sobre quién recae el hipotético coste y cuál es o a quién aprovecha el pretendido beneficio.

En todo caso, la perspectiva de análisis efectuada en relación con la eficiencia de la norma consiste ahora en preguntar si, cumpliéndose la norma (efectividad) y logrando sus objetivos (eficacia), puede suceder que los costes derivados de este resultado sean elevados, valorándose en estos términos la norma como ineficiente. Puede suceder desde esta perspectiva que la norma se cumpla, que, por añadidura, con la misma se logren los fines perseguidos por el legislador, pero adicionalmente sea preciso o no proceder a realizar una comprobación de los costes requeridos para el logro de tal resultado, tanto en el plano del logro de la efectividad como el de la eficacia. En suma, significaría evaluar tanto si existen otras opciones o instrumentos normativos que con menor coste lograrían idéntico resultado, como si es posible manteniendo la misma regula-

ción reducir o paliar en parte los costes negativos derivados de la aplicación de la norma.

A estos efectos conviene anticipar que la valoración en estos casos no puede ser idéntica: mientras que la efectividad y eficiencia de la norma se debe considerar como un valor positivo de partida en todo caso, aunque la eficiencia de principio igualmente debe entenderse en esa clave, la misma no debe considerarse desde la perspectiva de los valores jurídicos un elemento a considerar siempre como inexcusable en la norma jurídica. En efecto, en todos los ordenamientos jurídicos tienden a establecerse valores superiores del mismo, que se consideran de tutela primordial al margen del efecto negativo que los mismos puedan provocar sobre la eficiencia.

Así, la tutela y garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas dentro de un Estado democrático y de derecho constituyen un valor superior del ordenamiento jurídico a defender en todo caso, al margen de los cálculos de eficiencia que puedan derivar de los mismos. Por introducir todos los matices necesarios al efecto, ello no implica en modo alguno que el dato de la eficiencia deba ser de todo punto ajeno a la garantía de tales valores superiores, comenzando por la efectividad y eficacia de los derechos fundamentales y libertades públicas en las relaciones laborales. Afirmación o conclusión que se realiza en una doble perspectiva: primera, su consideración como valor superior del ordenamiento no impide que su garantía sin merma de eficiencia pueda lograrse a través de métodos o procedimientos diversos, de modo que pueda resultar lícita la consecución de la misma a través de mecanismos que, al propio tiempo puedan resultar más eficientes; de otro lado, que en la jurisprudencia constitucional de algunos países, partiéndose de la premisa de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y, por tanto, de la expansión de los mismos al ámbito de las relaciones laborales, no se deja de admitir que su traslación a lo laboral puede experimentar ciertos matices, o bien dicho con menor eufemismo puede someterse a ciertos condicionamientos o mayores límites que en las relaciones jurídico-públicas; y, precisamente, tales matices derivan a juicio de tal jurisprudencia a results del necesario intento de búsqueda del equilibrio entre disfrute de los derechos fundamentales y el logro igualmente de la productividad empresarial como bien jurídico igualmente protegido por la Constitución; a la postre, esa apelación a la productividad empresarial no es otra cosa que la toma en consideración también de la eficiencia de la norma y no sólo de su efectividad y eficacia.

Por lo demás, insistimos que en la comprobación de la eficiencia de la norma laboral, la perspectiva del análisis económico del Derecho resulta clave,

pero no es la única posible por cuanto que de manera adicional se deben acometer otras comprobaciones de estudio; análisis estos adicionales que enriquecen y hacen mucho más compleja la metodología de investigación desde la perspectiva de la norma laboral.

Así, en esta materia resulta igualmente clave la comprobación de ciertos efectos colaterales negativos que puede producir una norma laboral, que debiliten su eficiencia, por cuanto que pueden lograr la eficacia mediata pero no la final. Dicho de otro modo, el análisis de eficiencia puede introducir también la comprobación de la causa eficiente motivadora de la intervención legal. Por poner un ejemplo explicativo de lo que se quiere decir, a medio camino entre la eficacia y la eficiencia, a veces determinadas normas laborales provocan un efecto boomerang, de modo que a pesar de ser eficaces sólo logran los fines inmediatos de la norma (eficacia), pero con resultados negativos sobre la eficiencia de la misma que, a la postre, pueden dañar el objetivo final de la norma. Por mencionar un caso típico al efecto, ciertas medidas de acción positiva, que comportan reconocimiento de un tratamiento preferente en el seno de la empresa a los trabajadores con responsabilidades familiares (permisos retribuidos, suspensión de la relación laboral, ayudas económicas para atención a la familia), logran sus resultados de facilitar la conciliación familiar de esos trabajadores; sin embargo, una análisis más en el medio y largo plazo de efectos colaterales y de eficiencia de la norma, provocan sucesivamente la constatación de que ello acaba desencadenando un comportamiento empresarial refractario o reticente hacia la contratación de trabajadores con responsabilidades familiares por las superiores cargas que ellos comportan. A la vista de ese resultado, el análisis de la eficiencia de la norma debe acometerse en una doble perspectiva: de un lado, preguntarse hasta qué punto cabría adoptar medidas complementarias que redujesen o paliasen esos efectos boomerang colaterales sin suprimir las reglas de tutela preferente que se advierte son eficaces; de otro lado, explorar si cabría otro modelo diferente de promoción de la conciliación laboral y familiar menos expuestos a riesgos de ineficiencia y, por tanto, de efectos boomerang como los referidos.

Efectuadas las consideraciones aclaratorias de la significación y alcance de los conceptos de efectividad, eficacia y eficiencia, y avanzando en el discurso, desde la perspectiva de análisis metodológico resulta clave identificar cuáles son los factores que pueden resultar determinantes de la efectividad o ineffectividad de la norma laboral, pues los mismos pueden ser de muy diversa proveniencia y alcance. Así, para empezar, cabe distinguir entre los condicionantes que resultan intrínsecos al propio proceso de creación y aparición de la norma jurídica, de aquellos otros que actúan como condicionantes externos a aquél, aunque, lógi-

camente relacionados con el Derecho. Entre los intrínsecos, a su vez cabría identificar la vertiente subjetiva, objetiva y la procedimental.

La vertiente subjetiva afectaría a la influencia de la naturaleza y caracteres del poder creador de la norma sobre su grado de respeto social. No se trataría tanto de valorar la legitimidad “jurídica” de la fuente material de quien emana la disposición, cuestión que condicionaría la propia validez de la norma, sino más bien de examinar lo que podríamos denominar la legitimidad “social” de sus autores. En lo que afecta a lo laboral viene a resultar clave el procedimiento de elaboración normativa y, en particular, el desarrollo previo de un proceso de concertación social, especialmente si una determinada reforma laboral ha obtenido el previo apoyo o consenso por parte de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas; incluso si sucesivamente una intervención legislativa estatal viene o no implementada por la negociación colectiva.

La vertiente objetiva vendría referida al contenido de la norma, tanto desde la perspectiva material como desde la formal. Desde esta perspectiva, la conexión entre lo estipulado por la norma y la realidad social sobre la que incide resulta una variable esencial, singularmente cuando se trata de ramas del ordenamiento tan conectadas con el contexto económico, político y social como el Derecho del Trabajo. Es justamente ésta dependencia la que, al tiempo que puede ocasionar problemas de legitimidad sustancial de la norma en determinados momentos, favorecería cierta connivencia general hacia su incumplimiento, obliga a una permanente actualización en el contenido de sus normas so pena que éstas queden obsoletas y se favorezca con ello su inobservancia. De otra parte, la complejidad de las relaciones laborales y, sobre todo, la contraposición de intereses presente en cualquiera de sus instituciones hacen que la consecución del respeto normativo sea una tarea más ardua que en otras ramas del ordenamiento jurídico. De este modo, el cálculo de costes-beneficios se suele convertir en el barómetro común de la decisión final sobre el cumplimiento de la norma, lo que explica que a veces se produzca una natural tendencia de huida de las normas laborales. Desde el punto de vista formal, un correcto uso del lenguaje favorece enormemente la cognoscibilidad de la norma y, por ende, la aptitud de respeto de sus destinatarios: claridad, simplicidad, correcta técnica jurídica y ausencia de ambigüedades son elementos menos marginales de lo que en principio pudiera pensarse en el logro de la efectividad normativa. En lo que respecta a la coyunturalidad del Derecho del Trabajo, la sucesiva y constante aparición de normas laborales que se suceden unas a otras, provoca en ocasiones indiscutibles dificultades no sólo de conocimiento de la regla aplicable en un momento dado, sino de efectividad de una norma cuyo impacto no es sólo puntual sino progresivo por su presencia continuada en el ordenamiento jurídico.

En tercer lugar, desde la perspectiva procedimental resulta influyente en qué medida el proceso legislativo venga acompañado de un ropaje institucional de informes y consultas previas con organismos e instancias representativas de los futuros destinatarios de la norma, lo que no solo puede contribuir a su enriquecimiento y mejora sino que, además, se convierte en un interesante instrumento de valoración del estado de opinión general acerca de lo prescrito y su grado de aceptación entre los sujetos afectados.

En todo caso, parece razonable pensar que hoy en día los condicionantes más relevantes en orden a la efectividad de la norma laboral son los de carácter externo. El primer análisis metodológico se trata de identificar cuáles son estos condicionantes externos y, a partir de ahí, se trata de articular instrumentos y mecanismos que refuercen desde fuera la voluntad de observancia de la norma por parte de los sujetos obligados.

De manera telegráfica, los condicionantes externos que pueden dañar la efectividad de la norma laboral se centrarían sobre todo en los siguientes. Ante todo, no puede desconocerse que la norma laboral en clave de tutela de la posición jurídica del trabajador comporta, como cara opuesta, ciertas cargas para las empresas, que pueden llegar a repercutir en sus costes, al menos en el corto plazo; por ello, en la raíz del incumplimiento laboral y, por ende, en su ineficacia, existe la pulsión empresarial a la reducción de sus costes económicos. Al mismo tiempo, resulta también palmario que en ciertas ocasiones las reglas de tutela laboral provocan limitaciones cualitativas en clave de rigideces de gestión de los recursos humanos; por ello, en la base del incumplimiento laboral y, por tanto, de la ineficacia de la norma, concurre la tendencia natural por parte de la empresa a la búsqueda de dosis superiores de flexibilidad empresarial por la vía de la huida plena o parcial de la legislación laboral. En ese terreno, debe tomarse en consideración el diferente impacto que puede tener en el cálculo de costes empresariales el cumplimiento de la norma laboral comparativamente entre pequeña empresa y gran empresa; como regla general, ese coste tiende a resultar de superior intensidad para la micro y pequeña empresa respecto de la mediana y gran empresa; por tanto, las dimensiones de las organizaciones empresariales viene a constituir hoy en día un factor indiscutible condicionante de la efectividad y eficacia de las normas laborales. En tiempos recientes, las transformaciones organizativas de las empresas provocan igualmente un debilitamiento de la capacidad de los poderes públicos, así como de los representantes de los trabajadores en su capacidad de control del cumplimiento de la legislación laboral, especialmente, como indicamos, por lo que afecta a los escenarios de empleo irregular en manifestaciones parciales de la misma.

Frente a ello, cometido final en este terreno será el correspondiente a identificar en cada caso, cuáles son los factores condicionantes externos de mayor impacto y, por ende, como indicamos, a partir de ahí, identificar las medidas de corrección que podrían hacer frente a los mismos. Incluiríamos aquí no solo la propia existencia de la norma que configura la sanción, como tal externa a la norma sobre cuyo incumplimiento actúa, sino también, y quizás con mayor propiedad, la presencia de dispositivos varios encaminados a controlar y vigilar el cumplimiento de la normativa. La mejora de los medios de control públicos y privados del cumplimiento de la norma laboral, en todas sus manifestaciones judiciales, administrativa, sindicales y de resolución extrajudicial de conflictos.

Avanzando más allá de lo anterior, en la hipótesis de que se logre el efectivo cumplimiento de la norma, ello no garantiza en cualquier caso que los fines buscados con la aprobación de aquella se alcancen. Entra en juego en tales casos el problema de la eficacia normativa, que significa que la norma formalmente respetada, observada y aplicada provoca los efectos y consigue los objetivos pretendidos con su creación. La tradicional ambivalencia del Derecho del Trabajo, su naturaleza contradictoria y las lógicas antagónicas que en su seno se equilibran, dejan sentir su presencia, como no podía ser de otra forma, en la búsqueda de la razón última que puede estar detrás de cualquiera de sus normas, por lo que un mal diagnóstico en este sentido puede provocar importantes errores de valoración.

Más allá de la determinación de los fines de la norma, también se convierte en importante desde el punto de vista metodológico acertar en los instrumentos adecuados de medición del logro de los objetivos buscado. Parece evidente que allí donde identifiquemos fines de naturaleza, digamos, cuantitativa (reducir la tasa de temporalidad o de desempleo, disminuir el índice de siniestralidad, aumentar el número de contratos a tiempo parcial, frenar el desarrollo de la subcontratación...) la comprobación de resultados es más sencilla o, al menos, más asequible a la medición. Los instrumentos habitualmente utilizados por la economía laboral serán un arma fundamental en esta tarea. Más complicado será determinar si la norma goza de eficacia cuando estemos ante objetivos de carácter cualitativo como pudieran ser favorecer la paz social, incentivar la conciliación de la vida laboral y familiar o dotar de mayor flexibilidad a la gestión de personal por las empresas. Aquí la sociología social y jurídica deberán ser nuestras principales aliadas.

8. LA LABOR PROPOSITIVA DE ACTUACIÓN

Para concluir con el proceso metodológico de argumentación jurídica e investigación en el campo de las relaciones laborales corresponde desembocar en la posible actuación de resultados en el terreno propositivo. Terreno propositivo que no resulta imprescindible acometer en todo proceso de investigación, pues por el objeto de la materia de tratamiento y, sobre todo, por el enfoque que ésta requiera, la misma no exige necesariamente concluir con propuestas de actuación.

En atención a elementos variados, sobre todo conectados con el objeto material de la investigación y materia referencial de tratamiento, el proceso de investigación es autosuficiente con el acotamiento de una de las facetas previamente contempladas o bien requiere para su plenitud abordar las fases sucesivas previamente descritas y analizadas. Así, en algunos casos el proceso de investigación puede concluir con la fase meramente exegética, siendo con ello pleno y acabado en sí mismo; en otros supuestos, junto a la tarea exegética, el método de investigación requiere incorporar adicionalmente consideraciones contextuales, de análisis de la realidad social sobre la que se desenvuelve la norma, así como de delimitación de las causas determinantes de la opción del legislador a favor de una determinada regulación; en otros supuestos, esa labor de contextualización aconseja incorporar la perspectiva metodológica de Derecho comparado para una mejor comprensión de la materia objeto de investigación. Asimismo, en otros casos, resulta ineludible entrar en la comprobación de los aspectos relacionados con el impacto de resultados aplicativos de la norma laboral objeto de investigación, en la perspectiva de comprobación de su efectividad, eficacia y eficiencia. Y, finalmente, algunos supuestos, requieren desembocar en las tareas propositivas, de valoración de la necesidad de adopción de medidas adicionales o diversas con vistas al logro más eficaz de los fines pretendidos con la intervención legislativa sobre las relaciones laborales.

Eso sí, hago esta recapitulación de las diferentes facetas que integra o debe integrar, según los casos, la metodología de investigación para advertir que en muchas ocasiones se trata de fases sucesivas inexcusables, en el sentido de que algunas de ellas no pueden acometerse por sí solas sin la realización de otras previas. Qué duda cabe que un modelo de investigación perfecto se presentaría allí donde se abordaran todas y cada una de las facetas precedentes, pero ello no es premisa imprescindible en todos los casos. No obstante, en lo que sí debemos insistir es en que las facetas más avanzadas en nuestra secuencia descriptiva difícilmente se pueden llevar a cabo de manera aislada y sin la previa realización de las facetas precedentes. Naturalmente todo ello sin perjuicio de que en ocasiones

los procesos previos no queden reflejados en los resultados materiales de la investigación, pues los mismos pueden ser resultado implícitos de trabajos de investigación precedentes que hacen innecesaria su reiteración.

Por lo que se refiere en concreto a esta última faceta, la propositiva, constituye el ejemplo más emblemático de imperiosa necesidad de venir precedida de las facetas previas, si no de todas ellas, de su mayoría: sin una comprensión previa del contenido y alcance de una determinada regulación, en clave de utilización de las herramientas de exégesis normativa, difícilmente se puede acometer con solvencia la vertiente propositiva de cualquier investigación; igualmente, sin una previa mínima delimitación de la realidad social sobre la que actúa como contexto la posible intervención normativa laboral, difícilmente se puede aventurar con solvencia la vertiente propositiva; asimismo, sin la disección del impacto de resultados materiales de la norma vigente en clave de efectividad, eficacia y eficiencia, difícilmente se puede acertar en la solidez y viabilidad de lo propositivo. A la postre, lo propositivo siempre es el resultado de un conocimiento previo de la realidad jurídica dada en un momento determinado, con valoraciones de insuficiencias o resultado negativos que hacen aconsejable la adopción de las medidas que, en su caso, se pudieran proponer. Pero al mismo tiempo, exigencias de coherencia metodológica, incluso si se quiere de honestidad intelectual, deben conducir a que si como resultado del proceso de investigación se acaba identificando un escenario con carencias o ineficacias, debe desembocarse en el ensayo de medidas propositivas de mejora.

Qué duda cabe que en esta vertiente de lo propositivo, el método de investigación jurídico se aproxima de manera notable al ámbito de lo estrictamente político, por cuanto que al final la adopción de las posibles medidas en este terreno de lo propositivo comporta indudables decisiones de carácter político, en ocasiones por decirlo con simplicidad de estricta decisión política.

Bien es cierto que la afirmación precedente puede tener intensidades diferentes, en el sentido de que lo propositivo efectuado desde la investigación jurídica puede tener en ocasiones un alcance casi exclusivamente técnico. Se trataría de vertientes propositivas que pueden actuar sobre premisas de una intervención legal en las relaciones laborales que goza de un amplio consenso político, trabajando sobre normas laborales especialmente clásicas, en las que el contraste de intereses encuentra asentado un equilibrio sólido desde hace décadas y, por tanto, donde la intervención propositiva tendría un carácter básicamente de actuación en ese terreno del perfeccionamiento técnico. Ello se produciría especialmente en aquellos enfoques de investigación primordialmente en el terreno de lo exegético y de diálogo casi exclusivo entre la norma vigente y la interpre-

tación judicial, del que pueden aflorar ciertas lagunas jurídicas o insuficiencias regulativas que pueden abrir paso a puntuales propuestas de mejora técnica.

Eso sí, tampoco se puede ocultar, y lo hemos advertido ya en alguna ocasión, que la intervención jurídica en el campo de las relaciones laborales actúa en la mayoría de las ocasiones sobre un contexto de constatable conflicto de intereses entre sus protagonistas. Contraste de intereses que por necesidad aboca a diferentes opciones de política del Derecho, donde, por tanto, resulta especialmente difícil eludir la estrecha imbricación entre las opciones estrictamente políticas y las que puedan derivar de análisis desde el plano de la investigación jurídica.

Pero, igualmente, con ello no debe orillarse la vertiente propositiva dentro de la metodología de la investigación jurídico laboral, en la medida en que una y otra (proposición jurídico-laboral y decisión política *stricto sensu*) pueden actuar desde perspectivas parcialmente diferenciadas y, como tales, complementarias.

En efecto, recordando como premisa que en la investigación jurídica la labor propositiva ha de venir precedida del previo abordaje de las fases previas antes referidas, la misma tiene un basamento de partida no exclusivamente político, sino asentado sobre un precedente conocimiento de la realidad social y jurídica sobre la que se asienta la intervención institucional sobre el ámbito de las relaciones laborales. Dicho quizás con cierta simplificación o contundencia, son esfuerzos propositivos realizados sobre bases científicas de investigación. Eso sí, no pretendiendo utilizar el término “científico” en términos de absoluta objetividad que conduce a la realidad objetiva única y, por tanto, a la propuesta única racionalmente defendible. Pero sí afirmando que no se trata en ningún caso de propuestas apriorísticas, sin proceso argumentativo y de investigación previo, sino formuladas y construidas con el suficiente fundamento, con todas las incertidumbres que siempre comporta la actuación en el terreno de las ciencias sociales, por muchas herramientas metodológicas de investigación en las que se apoye. Es precisamente desde ese enfoque desde el que se afirma que la actuación propositiva proveniente del campo de la investigación jurídica puede ser complementaria respecto de la que se desenvuelve en el terreno estrictamente político.

Descendiendo algo al detalle, la actuación propositiva a desplegar puede tener un doble alcance.

El primero de ellos puede desenvolverse en el terreno de la implementación normativa. Ello comportaría como presupuesto partir de la norma vigente, advir-

tiendo a resultados del previo estudio del contexto social, que las insuficiencias o elementos negativos se verifican en la fase aplicativa de la norma. Por tanto, lo propositivo se situaría en el terreno del desarrollo de las políticas públicas o privadas de puesta en práctica de las reglas previstas en la norma. Una actuación, por tanto, en lo propositivo de implementación más eficaz de la norma vigente, bien sea por medio de la actuación de los poderes públicos ejecutivos o judiciales, o bien sea por medio de la intervención de los interlocutores sociales a través de la negociación colectiva o de la gestión de sus procesos de participación en la empresa y de reestructuración de la misma.

El segundo de ellos apelaría a los estrictos ámbitos propositivos “*de lege ferenda*”; es decir, desembocando el proceso de investigación en una valoración negativa de la solución normativa proporcionada por la norma vigente, se debería aterrizar en la fórmula alternativa y superadora de esa valoración negativa; en definitiva, las propuestas de reforma legislativa que en ocasiones son el cierre final a determinado trabajo de investigación jurídica, a tenor de lo diagnosticado en las fases previas. En este terreno, el abanico de opciones a su vez resulta enormemente amplio, por cuanto que el campo de las propuestas “*de lege ferenda*” puede tener un alcance menor, más próximo al terreno de lo técnico-jurídico, o bien puede tener una proyección de mayor entidad, por tanto, más próxima al terreno de las propuestas de política del derecho de carácter general.

MARINA MERCANTE, DERECHOS DE CONCILIACIÓN Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA, ¿ES POSIBLE CONCILIAR A BORDO DE UN BUQUE?*

MARÍA ISABEL RIBES MORENO

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz*

EXTRACTO

Palabras clave: Marina mercante, conciliación vida laboral, negociación colectiva

El Estatuto de los Trabajadores incorpora en sus disposiciones medidas para permitir la conciliación de la vida laboral y familiar, sin embargo, dicho contenido no se ajusta a cualquier actividad. Esta circunstancia se manifiesta, especialmente, en aquellas actividades que se prestan en régimen de lejanía, como es la prestación de servicios a bordo de buques mercantes, donde el ejercicio del derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar se torna especialmente complicado con el régimen legal vigente. El presente estudio pone de manifiesto dichas complicaciones, la postura que ha tomado la negociación colectiva sectorial y empresarial en el ámbito señalado y la necesidad que se flexibilicen las reglas legales para permitir la conciliación.

ABSTRACT

Key words: Merchant marine, reconciliation, collective bargaining agreement

The Estatuto de los Trabajadores lays down statutory provisions in order to reconcile family and professional life, however, the Law can't be adjusted to any scenario. This circumstance specially arises in long distance activities, as the Merchant Marine is, where the exercise of reconciliation rights is particularly controversial with the current legal framework. This paper reflects such complications, the position of the sectorial and Enterprise-level collective bargaining agreements and the need to be more flexible about regulation in order to allow reconciliation.

* Trabajo realizado en el contexto del proyecto de investigación financiado por el MINECO titulado "Problemas actuales y perspectivas de futuro del desplazamiento de trabajadores transnacional: el caso de los trabajadores del transporte" (Ref. DER2013-43423-R), cuya investigadora principal es la Dra. O. Fotinopoulou Basurko.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. MARINA MERCANTE Y DERECHOS DE CONCILIACIÓN: UN ESCOLLO A SORTEAR POR LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
3. EL DERECHO A LA CONCILIACIÓN A TRAVÉS DE LA JORNADA ORDINARIA DE TRABAJO: LOS PROBLEMAS DE LA MARINA MERCANTE
 - 3.1 La redistribución de la jornada
 - 3.2 La reducción de la jornada de trabajo
 - 3.2.1. La lactancia
 - 3.2.2. El cuidado de menores y familiares
4. PERMISOS Y LICENCIAS POR MOTIVOS FAMILIARES
 - 4.1. La duración y acumulación de los permisos
 - 4.2. El procedimiento para la solicitud de los permisos
 - 4.3. La asunción de los gastos de desplazamiento
 - 4.4. El permiso por asuntos propios
5. SUSPENSIONES Y EXCEDENCIAS
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, las mujeres han asumido las responsabilidades familiares como parte de un rol asignado de forma natural. Sin embargo, con la incorporación de la mujer al trabajo –y el empuje del movimiento feminista–, los poderes públicos han ido presentando medidas y establecido mecanismos a fin de favorecer los requerimientos de coordinación entre responsabilidades familiares y laborales. Estas medidas han tenido una larga trayectoria a través de las normas internacionales, europeas y nacionales¹.

¹ A nivel internacional, organizaciones como las Naciones Unidas subrayaban el papel de la familia como institución a ser protegida por los Estados, así la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales recogen disposiciones a este respecto como el artículo 16 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948 y artículo 10 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966. Igualmente, la OIT ha elaborado instrumentos normativos sobre esta cuestión, como el originario Convenio 103 OIT sobre la protección de la maternidad de las mujeres trabajadoras (revisado en 1952), adoptado en Ginebra, 35ª reunión CIT (28 junio 1952), con entrada en vigor el 7 de septiembre de 1955, hoy revisado –y superado– por el C183 Adoptado en Ginebra, 88ª reunión CIT (15 junio 2000), con entrada en vigor el 7 de febrero de 2002, así como, el importante Convenio 156 OIT sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares, adoptado en Ginebra, 67ª reunión CIT (23 junio 1981), con entrada en vigor el 11 de agosto de 1983. Otros convenios con incidencia en la materia, aunque no ratificados por España, son el Convenio 175 sobre trabajo a tiempo parcial y el

Nuestra normativa laboral incorpora un gran número de derechos destinados a la conciliación de la vida laboral y familiar que se han ido implementado por el legislador. Sin embargo, hay que señalar que, poco a poco, este conjunto normativo se ha ido modificando en aras a la consecución de la corresponsabilidad². El marco jurídico existente en nuestro país sobre conciliación de la vida laboral y familiar se ha desarrollado mediante sucesivas normas, si bien fue la Ley 39/1999 de conciliación de la vida laboral y familiar, de 5 de noviembre, la que comenzó con la introducción de medidas “neutras”, destinadas a personas de ambos sexos. Por tanto, además de la progresiva introducción de los derechos sobre conciliación, también se ha perfeccionado su ejer-

Convenio 183 sobre permiso por maternidad. Asimismo, la acción de la Unión Europea ha sido determinante, para la promulgación de normas equiparadoras en responsabilidades si bien la doctrina considera que la acción de la Unión Europea tiene otras motivaciones ajenas a la corresponsabilidad. Sobre la evolución de la protección consúltese Ballester Pastor, M.A., “Evolución del principio antidiscriminatorio: un análisis crítico preliminar” en La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español, VV.AA., Ballester Pastor, M.A. (coord.), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2010. Entendiendo, a juicio de Cruz Villalón, J. que no hay una recepción genérica a los derechos de conciliación sino que la penetración de dichas medidas se ha realizado mediante una vía indirecta, vid. “Elementos condicionantes para la conciliación laboral en España”, en Conciliación de la Vida Personal y Familiar y crisis económica: Estudios desde el Derecho Internacional y Comparado, Mella Méndez, L. (coord.), Editorial Delta, 2015, p. 13. A tal efecto, vid. Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992 sobre maternidad, donde se regulaban cuestiones relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo de la mujer que hubiese dado a luz o en período de lactancia, incorporando protección específica frente al despido. En segundo lugar, la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, que recoge el derecho a un permiso parental, para mujeres y hombres con ocasión del nacimiento o adopción de hijos, y a ausentarse por fuerza mayor relacionada con motivos familiares urgentes –como enfermedad o accidente–, y que vino a derogar la anterior introduciendo un nuevo marco de actuación. Por último, la Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo, que aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES –derogando la Directiva 96/34/CE–, en la que mejora el contenido de los derechos extendiendo la duración del permiso y, sobre todo, estableciendo de forma más clara el objetivo de responsabilizar al padre en estas tareas, asignándole un período intransferible “para un uso más igualitario” Sobre la aplicación de esta norma vid. Cabeza Pereiro, J., “En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al acuerdo marco revisado sobre el permiso parental”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 6/2010 parte Estudio, Editorial Aranzadi s.a., Pamplona 2010, BIB 2010\1242.

² Véase sobre corresponsabilidad Ballester Pastor, M.A., “La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, nº 25, 2011, de la misma autora “De cómo la reforma operada por el RD Ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades”, *Revista de derecho social*, nº 57, 2012.

cicio, para su asignación de forma indistinta a mujeres y hombres en orden a conseguir un reparto equilibrado de las responsabilidades³. Las medidas adoptadas desde entonces han tenido gran trascendencia respecto a este particular por lo que, junto a la anteriormente reseñada, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre y la Ley 3/2007 de 22 de marzo, de igualdad (en adelante LOI), se conforman como hitos legislativos fundamentales sobre los permisos parentales⁴. Otras disposiciones también han afectado a los distintos derechos sobre conciliación, como la Ley 12/2001 de 9 de julio, la Ley 39/2010 de 22 de diciembre –que recogió un supuesto de reducción para trabajadores con hijos menores aquejados de enfermedades graves–, la Ley 3/2012 de 6 de julio –modificativa de la titularidad del permiso de lactancia–, el R.D.-ley 16/2013, de 20 de diciembre –que amplió hasta los 12 años la edad que justifica la reducción de jornada por cuidado de hijo e incluyó el parámetro diario–. Por último, el nuevo texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, viene a incorporar un nuevo permiso retribuido en los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, por el tiempo necesario para asistir las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, siempre, en todos los casos, que deban tener lugar dentro de la jornada de trabajo⁵. Es visible que han sido numerosos los cambios producidos al respecto en estos quince años.

Uno de los instrumentos fundamentales para ejercitar el derecho a la conciliación consiste en la modulación de la jornada de trabajo desde el punto de vista

³ Vid. Rodríguez Rodríguez, E., *Instituciones de conciliación de trabajo con cuidados familiares*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2010.

⁴ Vid. Rodríguez Escanciano, S., “Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo en España: una visión panorámica”, en VV.AA. *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2012, p. 11.

⁵ Ley 12/2001 de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, BOE núm. 164, de 10 de julio de 2001; Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, BOE núm. 311, de 23 de diciembre de 2010; Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012; R.D.-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 2013. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

cualitativo (distribución) y cuantitativo (duración)⁶. Así, puede vincularse, por una parte, a la adaptación y reordenación de la jornada y, por otra parte, en el derecho a la ausencia para hacerlo efectivo –permisos, suspensiones, excedencias y reducciones⁷–. En definitiva, se trata de la posibilidad de organizar el tiempo de trabajo sobre parámetros que faciliten al trabajador la atención a su familia, a la vez que no descuida su actividad profesional, aunque parte de la doctrina considera que la utilización de la ausencia como método de conciliación no es tal, ya que en puridad se produce una sustitución del trabajo por la asunción de responsabilidades familiares⁸. El régimen general vigente sobre conciliación se establece en el ET pero sus disposiciones no se adaptan a todos los sectores, por lo que algunos, entre los que se encuentra la marina mercante requieren de mecanismos complementarios para alcanzar el objetivo conciliador previsto por el ordenamiento. La jornada en buques mercantes cuenta con una regulación específica con límites propios⁹, pero el elemento diferencial que afectará a la conciliación es que el marino desempeña su trabajo a bordo, alejado de su hogar, durante un tiempo más o menos largo denominado “período de embarque”, como se verá a continuación.

Por tanto, ante la inexistencia de normas apropiadas se exige el acomodamiento de las disposiciones genéricas a las circunstancias productivas, y en estos supuestos la negociación colectiva resulta una herramienta indispensable. Sin embargo, aunque se trata de derechos no atribuidos a la mujer en exclusiva, en

⁶ Vid. sobre este particular Lahera Forteza, J., García Quiñones, J.C., *Tiempo de Trabajo y conciliación familiar*, Editorial Bomarzo, Albacete 2008, p. 15.

⁷ Vid. Sala Franco, T, y Ballester Pastor, A., *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2009, p. 12. Asimismo, Rodríguez Rodríguez, E., *Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares*, cit., p. 16, concreta como “las principales instituciones jurídicas que permiten conciliar las responsabilidades laborales y las personales son básicamente tres: en primer lugar las licencias y los permisos que posibilitan a los trabajadores dedicarse por completo al cuidado familiar durante intervalos temporales, más o menos largos, y al finalizar, recuperar su empleo. En segundo lugar, los horarios

laborales flexibles para adaptar el tiempo a la vida privada y a la trabajo. Por último, los servicios públicos adecuados de atención a dependientes en general”. Es visible que sobre estas cuestiones la marina requiere de un tratamiento particular.

⁸ En tal sentido se manifiesta Cruz Villalón, J., cit., pp. 15-16.

⁹ Cuya regulación figura en los artículos 8 y sig. del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales, BOE núm. 230, de 26 de septiembre de 1995. Se trata de una jornada más flexible, con parámetros de referencia superiores a la jornada ordinaria, que si bien no puede superar los límites establecidos en la norma general, permite la redistribución conforme a las necesidades productivas.

actividades como la marina de escasa presencia femenina, parece que los sujetos negociadores no han considerado perentorio incorporar estas previsiones¹⁰, ya que el cuidado y atención de hijos, familiares y personas con discapacidad o dependientes sigue asumiéndose mayoritariamente por ellas¹¹, por lo que su ausencia ocasionará que hombres y mujeres que prestan servicios a bordo de un buque tengan difícil, si no imposible, el ejercicio del derecho a la conciliación¹².

Este estudio tiene como objetivo la realización de un análisis sobre los obstáculos que se evidencian para hacer efectiva la conciliación en sectores que, aunque incluidos en el ámbito de aplicación de las normas reguladoras, en su ejercicio no pueden ajustarse a lo establecido a nivel general, requiriendo de atención por la negociación colectiva. A tal efecto, se abordarán las dificultades de encaje de dicha regulación al sector de la marina mercante –sin atender a las navegaciones de tráfico interior de puerto–, para estudiar a continuación lo previsto en los instrumentos colectivos aplicables a las empresas navieras en dicho ámbito, tanto el convenio sectorial¹³ como los empresariales, que viene a confirmar una generalizada ausencia de disposiciones apropiadas. Igualmente, este trabajo podrá utilizarse como guía para valorar la necesidad de que la negociación colectiva asuma decididamente la inclusión de medidas sobre conciliación, no sólo para este sector, sino en cualquier otro que manifieste problemática sobre esta cuestión.

¹⁰ Como los sectores de grandes almacenes y grandes áreas de alimentación, *vid.* López Arranz, M.A., “Aproximación crítica a la conciliación laboral en los convenios colectivos de sectores feminizados desde una perspectiva de género”, en *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*, Editorial Bomarzo 2011, pp. 299-310.

¹¹ Por tal motivo –o quizá a causa de él–, pervive esta segregación, Tanto la OIT como la ITF han destacado la escasa presencia femenina en el sector que se concretaba en un 2% del total de los marinos a nivel mundial en el año 2003. La OIT refleja en los datos presentes en su informe “El impacto en las condiciones de vida y de trabajo de la gente de mar de los cambios en la estructura de la industria naviera” que datan del año 1998 se calcula que un 7,6% de la flota europea de marinos son mujeres. De la misma forma, el INE incorpora en su estadística del año 2000 el porcentaje de personas ocupadas en la marina mercante, donde figura que solo un 0,1% de los trabajadores son marinos sin que el porcentaje refleje la presencia de mujer alguna. Este dato, sin embargo, no es significativo puesto que se deriva de que en la actualidad los buques españoles no navegan con bandera nacional.

¹² En sentido general *vid.* Monereo Pérez, J.L., Gorelli Hernández, J., *Tiempo de trabajo y ciclos vitales*, Editorial Comares, Granada 2009, pp. 122-125.

¹³ Si bien el convenio sectorial solo es aplicable a aquellas empresas que carezcan de convenio propio.

2. MARINA MERCANTE Y DERECHOS DE CONCILIACIÓN: UN ESCOLLO A SORTEAR POR LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Como hemos apuntado, las disposiciones del ET relacionadas con la conciliación no parece que puedan aplicarse fácilmente a la marina mercante, puesto que sus disposiciones no están pensadas para las características propias de la misma. Ello es así, puesto que su jornada se estructura conforme a parámetros organizativos diferentes a los del trabajo en tierra. De este modo, es necesario contextualizar, previo al estudio, la problemática concreta que pivota en torno a la ordenación de la jornada a partir de los llamados “períodos de embarque”, o tiempo durante el cual el trabajador se encuentra embarcado, trabajando o descansando, disponible para el empleador y alejado de su hogar. Será este hecho, en definitiva, el que afectará al ejercicio de la conciliación ya que si un marino se encuentra a bordo fuera de su residencia, aunque esté disfrutando de los descansos correspondientes, es visible que no puede atender sus responsabilidades familiares. Quizá la mirada más lógica jurídicamente partiría de tratar el problema relacionándolo con las distintas navegaciones que pueden efectuarse a bordo de un buque, pero lo cierto es que en nuestra opinión lo más adecuado es atender al mencionado período de embarque. La razón que justifica esta afirmación es que si bien la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante distingue entre distintas navegaciones, la navegación interior, la de cabotaje, la exterior y la extranacional¹⁴, salvo en el supuesto de navegación interior, donde efectivamente el trabajador vuelve a casa cada día, en las restantes navegaciones su jornada se establecerá en torno a dichos períodos de embarque, conforme a lo pactado en el convenio colectivo de la empresa para la que presta servicios, cuya duración estará vinculada a la navegación realizada¹⁵.

Para clarificar la cuestión se requiere establecer la relación que existe entre navegaciones y períodos de embarque. Atendiendo al orden señalado por la Ley de Puertos, en primer lugar encontramos la navegación interior, cuya peculia-

¹⁴ Artículo 8 Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, BOE núm. 253, de 20 de octubre de 2011. Según el mismo artículo dichas navegaciones podrán prestarse de forma regular, o sometida a itinerarios o frecuencias de escalas previamente establecidas, o no.

¹⁵ La cuestión es que ni el ET, ni tampoco la Ley de Jornadas Especiales introducen un límite máximo para dicho período de embarque –salvo los derivados de la jornada máxima– Sobre cuestiones relacionadas con la jornada y el período de embarque, puede consultarse Ribes Moreno, M. I., *El contrato de embarco de la marina mercante*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2014, pp. 219-278.

ridad es que se desenvuelve dentro de un determinado puerto o de otras aguas interiores marítimas españolas. Para ser más ilustrativos, se trata del marino que presta sus servicios en el interior de las aguas del puerto para llevar pertrechos a otro buque fondeado, para remolcar o realizar cualquier otra función pero sin que en su navegación salga del mismo o de otras aguas interiores. La navegación se presta en cercanía y su jornada se desempeñará conforme a los límites establecidos por la Ley y el Real Decreto de Jornadas Especiales, pero solo excepcionalmente requerirá que el marino esté alejado de su hogar durante más de un turno –que suele oscilar entre veinticuatro y cuarenta y ocho horas¹⁶–. A tal efecto, salvo que desempeñe otra esta actividad además de ésta¹⁷, no exigirá un período de embarque de duración significativa, ya que el trabajador, tras finalizar su jornada descansará en su domicilio, por lo que su problemática es de menor intensidad, razón por la que no se tratará en el presente estudio.

Sin embargo, las restantes navegaciones, como son el cabotaje, las extranacionales o las exteriores, implican la prestación del servicio en régimen de lejanía durante un período ininterrumpido más o menos largo –período de embarque–, siendo la duración de éste el obstáculo que se presenta para conciliar. Las navegaciones se diferencian en función de sus tráficos, o los puertos entre los que se navega, por lo que para evidenciar su casuística ejemplificaremos cada una de ellas. Así, la navegación de cabotaje se desenvolverá entre puertos o puntos situados en zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, y será tanto la realizada entre Algeciras y Ceuta, como la que se desarrolla entre Algeciras y las Palmas de Gran Canaria. La navegación exterior tendrá lugar entre puertos o puntos situados en zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción y otros puertos situados fuera de dichas zonas, como la efectuada entre Algeciras y Tánger, pero también entre Algeciras y el Cairo. Por último, la navegación extranacional será la que se desenvuelve íntegramente entre puertos o puntos situados fuera de las zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos y jurisdicción, por tanto, la realizada entre Gibraltar y Tánger, o entre Gibraltar y Ciudad del Cabo.

Es visible que en navegaciones de largo recorrido no es factible que el trabajador vuelva a casa al finalizar la jornada diaria. Ahora bien, en navega-

¹⁶ Vid. Ccol. sectorial para los tripulantes y empresas de remolcadores de tráfico interior en el Puerto de Cartagena, BOP Murcia núm. 208, de 7 de septiembre de 2013, art. 13, así como, art. 12 ccol. de la compañía Auxiliar Marítima del Sur (Auxmasa), BOP Huelva 20 de octubre 2010.

¹⁷ Vid. a estos efectos, como empresa que realiza distintos tipos de navegación, ccol compañía Auxiliar Marítima del Sur (Auxmasa).

ciones de corto recorrido, el marino puede permanecer en el buque al terminar su jornada diaria y regresar a su hogar tras finalizar el período de embarque, según lo pactado en su convenio colectivo, o bien, si su puerto de atraque habitual se encuentra cerca de su lugar de residencia, descansar en su domicilio al finalizar su actividad diaria. Se evidencia de esta forma que marinos que cubren navegaciones de corto recorrido como la prestada entre Algeciras y Ceuta o entre Algeciras y Tánger –por señalar dos de carácter distinto– pueden tener pactados períodos de embarque continuados o bien, al finalizar la jornada y volver a puerto permiten por su localización que el trabajador desembarque y descanse en su domicilio. En estas circunstancias cuando comienza el servicio el buque sale al mar, por tanto no cabe reordenar su jornada. Dicho de otra forma, habrá de reconducirse los mecanismos de conciliación a otras instituciones distintas de la reordenación del tiempo de trabajo, como las reducciones de jornada, permisos y licencias, pero que también pueden manifestar problemática. Así las cosas, ante el silencio de la norma, la existencia de previsiones convencionales se torna en una necesidad para el ejercicio de estos derechos¹⁸. Ahora bien, como se ha dicho, el que la marina mercante haya sido tradicionalmente un medio en el que las mujeres tenían escasa presencia, parecía justificar la ausencia de previsiones convencionales o prácticas empresariales con una perspectiva de género, cuestión que, por otra parte, es bastante frecuente a nivel general. A tal efecto, aunque la negociación colectiva sectorial en la marina mercante no está caracterizada por su dinamismo, puesto que el convenio sectorial data de 1982 momento histórico donde era impensable tratar estas cuestiones¹⁹, tampoco los vigentes convenios colectivos de las empresas navieras parecen recoger disposiciones en este sentido.

Veamos el marco jurídico existente sobre conciliación, valorando la incidencia de las circunstancias vinculadas a la marina mercante y analizando la solución ofrecida, en su caso, por la negociación colectiva sectorial y empresarial, tomando como elemento de análisis los convenios negociados tras la entrada en vigor de la LOI²⁰, al objeto de evidenciar los problemas que se presentan sobre este particular.

¹⁸ A excepción de que se negocien soluciones a nivel individual, sin embargo, la reconducción del ejercicio del derecho a un pacto individual con el empresario hará depender su concesión de circunstancias menos objetivas, lo que puede llevar a situaciones alejadas a la consecución del objetivo de la conciliación.

¹⁹ IV Convenio General de la Marina Mercante (CGMM) *BOE* núm. 150, 24 de junio de 1982.

²⁰ Se ha partido del análisis de los siguientes convenios colectivos: Eurolíneas Marítimas s.a. Balearia (BOP Alicante núm. 32, 16 de febrero de 2011), Fred Olsen s.a. (BOP Canarias núm.

3. EL DERECHO A LA CONCILIACIÓN A TRAVÉS DE LA JORNADA ORDINARIA DE TRABAJO: LOS PROBLEMAS DE LA MARINA MERCANTE

Las medidas conciliatorias sobre la jornada ordinaria, tal como aparecen recogidas en el ET, resultan difíciles o imposibles de poner en práctica en la marina mercante²¹. Así, aunque el impedimento principal es el período que el trabajador puede permanecer embarcado a órdenes del empleador, fuera de su hogar, también el hecho de que el marino preste servicios dentro de la zona de puerto obstaculizará la posible redistribución de la jornada. Sin embargo, pese a la necesidad de que la negociación colectiva en las empresas navieras aborde y concrete estas cuestiones, las medidas tomadas son meramente testimoniales, lo que no responde a las complejas necesidades de un sector productivo tan particular. Como se analizará seguidamente, solo de manera excepcional algunos instrumentos colectivos integran cláusulas adecuadas para facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar pero, en términos generales, lo único que recogen son contenidos meramente pedagógicos, insuficientes o inadecuados²².

1, 2 de enero de 2008), Naviera Marot s.a. (BOP Santa Cruz de Tenerife núm. 43, 18 de marzo de 2011), Teekay Shipping Spain s.l. (BOP Santa Cruz de Tenerife núm. 69, 25 de mayo de 2012), Teekay Servicios Marítimos s.a. (BOP Santa Cruz de Tenerife núm. 117, 14 de julio de 2011), Trasmediterránea s.a. (BOE núm. 60, 11 de marzo de 2015), Remolques Marítimos s.a. (BOE núm. 104, 30 de abril de 2008), OPDR Canarias (BO Canarias núm. 139, 20 de julio de 2009), Naviera Ría de Arosa s.a. (BOE núm. 76, 28 de marzo de 2014).

²¹ Aunque no se tratará en este trabajo, en el caso de tráfico interior de puerto, dependiendo del sistema en el que se organicen los servicios, sí podríamos considerar su aplicabilidad aunque limitado a reservar determinados turnos a los trabajadores con responsabilidades familiares.

²² Por tanto, en línea con los criterios expuestos por la doctrina para clasificar la negociación colectiva frente a la igualdad de mujeres y hombres, dentro de las que se concretan las cláusulas relacionadas con la conciliación, los convenios se clasifican conforme a cuatro criterios: en primer lugar, aquellos que contienen preceptos claramente discriminatorios, sin que haya sido tenida en cuenta esta situación por la Autoridad Laboral de registro; en segundo lugar, convenios colectivos que omiten toda referencia a cuestiones relacionadas con la igualdad; en tercer lugar, aquellos con contenido pedagógico, es decir, los que incorporan cláusulas referentes a la igualdad y no discriminación pero sin contenido concreto específico, o bien, que hacen expresa mención a normas cuyo objetivo es erradicar situaciones de carácter discriminatorio, en especial, la Ley Orgánica de Igualdad; por último, un minoritario grupo cuyo regulación se adecua a la finalidad recogida en la normativa sobre conciliación y que incorpora cuestiones mejoradas sobre lo previsto en la ley, *vid.* en este mismo sentido, La negociación colectiva como mecanismo de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, informe 2/2003, Consejo Económico y Social, colección Informes CES, pp. 42-43.

3.1. La redistribución de la jornada

Con la entrada en vigor de la LOI se introdujo en el artículo 34 ET, el derecho de los trabajadores a “adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación (...) familiar y laboral, en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella”. Posteriormente, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral vino a modificar dicho precepto en el sentido de promover “la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas”. La nueva redacción pretendía corregir el contenido de un artículo del ET que había sido objeto de crítica por gran parte de la doctrina al no ofrecer, dentro de la declaración genérica, derechos específicos como ahora tras la mentada reforma²³.

La jornada puede verse afectada introduciendo mecanismos de flexibilidad para una mejor atención de las responsabilidades familiares adaptando a dichas necesidades los horarios, los turnos o los descansos. En concreto, en esa misma línea podrían establecerse preferencias en la elección de períodos vacacionales a aquellos trabajadores con hijos en edad escolar o con responsabilidades familiares. El ET no recoge sobre esta cuestión reglas particulares –salvo las derivadas de coincidencia de vacaciones con incapacidades temporales o derivadas del embarazo, parto o lactancia natural o suspensiones por paternidad o maternidad²⁴–, sino que entiende dichas prácticas subsumidas dentro de la regla general sobre conciliación de la vida familiar.

²³ Véase Lahera Forteza, J., García Quiñones, J.C., *Tiempo de Trabajo y conciliación familiar*, cit., pp. 17 y sig. También. *vid.* Rodríguez Escanciano, S., “Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo en España: una visión panorámica”, en *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*, cit., p. 27.

²⁴ No obstante, el texto estatutario sí introduce la mención de que los trabajadores que disfrutando de su período vacacional y se encuentren en situación de incapacidad temporal derivada de embarazo, parto o lactancia, o bien, período de suspensión derivado de maternidad o paternidad, puedan retrasar su utilización a fecha distinta posterior. Esta modificación introducida por la LOI, en su disposición adicional undécima núm. 6 deviene de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Asunto Merino C/342/2001, de 18 de marzo de 2004, que fue recogida por el Tribunal

Así, cabría plantearse si es posible incorporar a la marina este tipo de previsiones pero salvo en navegaciones de tráfico interior sometidas a turnos que puedan verse modificados, la respuesta es negativa, ya que si el marino no vuelve a tierra firme sino cuando finaliza su período de embarque, no cabe ajustar los horarios, turnos o descansos para favorecer la conciliación. Por tanto, en este escenario no es posible, salvo en el supuesto indicado, poder compaginar las responsabilidades familiares conforme a simples parámetros de flexibilidad horaria.

Sin embargo, en nuestra opinión no habría obstáculo en establecer a nivel convencional otros criterios, como las preferencias vacacionales, que permitiesen al trabajador atender, siquiera en parte, dichas responsabilidades²⁵. En términos generales, algunos instrumentos colectivos dan prioridad a trabajadores con cargas familiares en la elección vacacional respecto a períodos no lectivos. Ahora bien, en lo que atañe a la negociación colectiva sectorial o empresarial de la Marina Mercante, ninguno de los convenios analizados incluye disposiciones a tal efecto. La razón que podría justificar la ausencia es que introduce un elemento adicional a considerar en la planificación de personal y sus períodos de embarque pero, consideramos que este hecho no es suficiente para constituir un impedimento para la inserción convencional de preferencias en este sentido. Por consiguiente, ante la inadecuación de la flexibilidad como instrumento para responder a las necesidades conciliatorias en la marina, la negociación colectiva podrá recoger criterios para la fijación del disfrute de vacaciones que sirvan a dichos intereses.

No obstante lo anterior, resulta paradójico que, pese a la ausencia general señalada de preceptos convencionales referentes a las vacaciones y la concilia-

Supremo en la Sentencia de 10 de noviembre de 2005, recurso de casación para Unificación de Doctrina núm. 4291/2004. Esta misma previsión se aplica cuando la coincidencia sea con cualquier otro tipo de incapacidad temporal aunque, en esta ocasión, habrá de disfrutarse como máximo en los dieciocho meses siguientes al momento en el que se originó la incapacidad. *Vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Asunto Francisco Vicente Pereda contra Madrid Movilidad S.A. C/261/2009, de 10 de septiembre de 2009. El art. 24 D ccol. Fred Olsen recoge este precepto, estableciendo que en supuestos de baja por IT, con hospitalización, se interrumpe el cómputo de vacaciones por el tiempo que el trabajador permaneciese hospitalizado. Es visible que habrá de entenderse esta cláusula convencional en la redacción vigente del precepto estatutario.

²⁵ Sobre esta cuestión, vid. Jover Ramírez, C., “La fijación del período de disfrute de las vacaciones del trabajador como respuesta a la conciliación de la vida laboral y familiar, en el ordenamiento jurídico español”, en *Conciliación de la Vida Personal y Familiar y crisis económica: Estudios desde el Derecho Internacional y Comparado*, cit., p. 147-164.

ción, uno de los instrumentos colectivos analizados recoja una cláusula en la que se establece que las trabajadoras embarazadas antes de pasar a situación de incapacidad por riesgo en el embarazo, *deben* disfrutar previamente del período vacacional devengado, contraviniendo lo previsto en el ET²⁶. Sin duda, este precepto plantea dudas sobre su constitucionalidad, por lo que habría de cuestionarse si se ha efectuado el control de legalidad en el registro del convenio y cuál ha sido la posición de los agentes negociadores para recoger una cláusula con este contenido.

3.2. La reducción de la jornada de trabajo

La problemática indicada se evidencia, con mayor intensidad en el derecho a la reducción de jornada. El ET recoge determinadas circunstancias que permiten la reducción de jornada, algunas con carácter familiar como son la lactancia, el cuidado de menores y familiares y la atención a menores hospitalizados –tanto neonatos como afectados por enfermedades graves–. Sin embargo, como cuestión previa hemos de destacar que el ET establece el referido derecho, en principio, bajo parámetros diarios, lo que en este ámbito es un obstáculo imposible de salvar.

De nuevo se demuestra la dificultad de adaptación del trabajo en la marina mercante a los términos generales de las disposiciones legales previstas en el ET. El reducir la jornada bajo parámetros diarios no cabe realizarse a bordo de un buque cuya organización productiva se conforma a partir de los períodos de embarque²⁷. El mismo conflicto se confirma en otras actividades realizadas en lejanía, donde dicha reducción no es posible salvo que se realice de forma acumulada. Sin embargo, el ET prevé que tanto en la lactancia como en el supuesto de hospitalizaciones cabe la acumulación de la reducción siempre que lo prevea la negociación colectiva. Por ello, habrán de ser los sujetos negociadores los que podrán incorporar en los convenios colectivos previsiones adecuadas, cuya carencia actuaría como un elemento limitativo para su ejercicio

²⁶ Art. 30 del vigente Ccol Trasmediterránea. Este precepto viene a reproducir, en los mismos términos, lo dispuesto sobre el particular en el art. 38 del anterior convenio colectivo de la empresa.

²⁷ Que se concreta en la actualidad en el derecho de quienes tengan a su cuidado directo un menor de doce años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, o bien, un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, requiriéndose en todos los casos que no desempeñen actividad retribuida, art. 37.5 ET.

real²⁸. Según nuestra opinión es imprescindible negociar disposiciones dirigidas a la acumulación en cómputo anual, ya que esta se conforma como la única opción posible para hacerla efectiva.

No obstante, la entrada en vigor del R.D.-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, ha traído consigo la modificación del precepto del ET sobre reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares²⁹, precisando que el porcentaje de reducción habrá de concretarse en la jornada “diaria” del trabajador, sin que en principio se recoja la posibilidad de negociar otras fórmulas. Así las cosas, es necesario plantearse si cabe que la autonomía colectiva también modifique los parámetros diarios previstos para esta modalidad de reducción, en favor de otros más amplios y adecuados a los sectores de aplicación. Consideramos que no estamos ante una norma de derecho necesario absoluto, puesto que la interpretación en sentido contrario vetaría la posibilidad de conciliar en determinadas actividades y el derecho a la protección de la familia debe operar como un precepto interpretativo de la norma en orden a su efectividad real³⁰. Como es sabido, la conciliación es un derecho con dimensión constitucional³¹, por lo que estas medidas deben ser efectivas³², adaptadas a cada supuesto concreto, y en

²⁸ A tal efecto, resulta ejemplar el contenido del convenio de la empresa Remolques Marítimos S.A., cuyo art. 36 B recoge la reducción de jornada que se realizará en periodos acumulados y continuados de 7 ó 14 días en las Salvamares o, de 30 días en los Buques, hasta alcanzar en ambos casos el porcentaje aplicado en el cómputo anual.

²⁹ Anteriormente a esta reforma, ya la redacción de este precepto estatutario había sido objeto de crítica por la doctrina, al entender innecesaria la inserción de parámetros mínimos o máximos para fijar dicha reducción. Por todos, Sala Franco, T., Ballester Pastor, M.A., *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*, cit., pp. 21-23. Igualmente, *vid.* Jover Ramírez, C., “La difícil supervivencia de la conciliación entre la vida laboral y familiar en tiempos de crisis y de reforma”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 4/2013, parte doctrina, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2013, westlaw BIB 2013\1515 pp. 5-8.

³⁰ En esos términos *vid.* ST Audiencia Nacional (Sala Social sección 1ª) de 23 de marzo de 2015, Rec. 49/2015 (AS 2015\465).

³¹ Así lo ha manifestado nuestro Alto Tribunal en STC 3/2007 de 15 de enero y 26/2011 de 14 de marzo, donde se establecía la necesidad de una interpretación amplia del art. 37.6 ET, ponderando los intereses de trabajador y empresario.

³² Infringiendo, asimismo, el espíritu de la Directiva 2010/18/UE, del Consejo, de 8 de marzo 2010, que establece la exigencia de incorporar la corresponsabilidad, ya que ha de lograrse una “combinación equilibrada, integrada y coherente de políticas, en las que se incluyan disposiciones sobre permisos, disposiciones laborales e infraestructuras asistenciales” y ello comporta no sólo una regulación de los permisos, sino también, garantizar la flexibilidad para atender a las

casos como éstos la aplicación literal de la norma la harían inoperantes³³. De forma adicional la norma establece que la negociación colectiva, o en su defecto el acuerdo con el empresario —y si no hubiese acuerdo alguno la propia jurisdicción social—, habrán de establecer criterios para permitir la adecuación entre los derechos de conciliación del trabajador y las necesidades productivas y organizativas empresariales. Esta última precisión introduce otros condicionantes adicionales, que en la marina mercante pueden limitar de forma sustancial la conciliación. Insistimos en la necesidad de negociar parámetros anuales o mensuales y que, en su caso, las necesidades organizativas y productivas sean entendidas como excepcionales³⁴, ya que no sería razonable limitar el derecho. Por tanto, estas disposiciones requieren para su efectividad que en estos sectores se negocien e inserten reglas específicas que permitan conciliar orientando la reducción a una mayor flexibilidad y determinando claramente las necesidades que podrían justificar su limitación. Es más que evidente que la reducción sobre parámetros diarios en este contexto no tiene cabida, teniendo en cuenta la distribución de la jornada respecto a períodos de embarque. Veamos cómo la negociación colectiva de empresas navieras trata estas cuestiones.

3.2.1 *La lactancia*

En primer lugar, la lactancia de un menor de nueve meses permite disponer a cualquiera de los progenitores, adoptantes o acogientes, de un permiso retribuido de una hora diaria o, alternativamente, la reducción de jornada en media hora diaria³⁵. Si bien ello es así, la norma también prevé la sustitución de la

circunstancias familiares, lo que con esta medida parece limitarse. Sobre la incidencia de la Directiva en nuestro Derecho español, *vid.* Cabeza Pereiro, J., “En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al acuerdo marco revisado sobre el permiso parental”, *cit.*

³³ En este mismo sentido se manifiesta Agustí Maragall, J., “El carácter “diario” de la reducción de jornada por guarda legal. Razones para una interpretación alternativa y constitucional del art. 37.5 ET”, *Iuslabor* 2/2014.

³⁴ Sobre la reducción de jornada *vid.* Herraiz Martín, M.S., “El impacto de las últimas reformas en la conciliación familiar y laboral”, *Relaciones Laborales*, n° 12, Sección Doctrina, Diciembre 2014, año 30, tomo 1, Editorial La Ley, pp. 49-68. También, Roldán Martínez, A., “Reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares: revalorización del papel del convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Relaciones Laborales*, n° 7, Sección Doctrina, Julio 2014, año 30, tomo 1, Editorial La Ley, pp. 39 -68.

³⁵ Sobre la naturaleza, titularidad y finalidad de este permiso y las modificaciones efectuadas en el mismo tras las reformas legislativas, *vid.* Sánchez Trigueros, C., “Validez del convenio que permite acumular las horas de lactancia en un mes de permiso retribuido”, *Revista*

licencia/reducción diaria por el disfrute acumulado, pero para ello se requiere de incorporación en el convenio colectivo. En caso contrario el ET, en defecto de previsión convencional, solo permite que el trabajador la ejercite si llega a un acuerdo con el empresario, con la dificultad que puede conllevar³⁶.

El permiso de lactancia –y su acumulación–, se establecen en los instrumentos colectivos de empresas navieras sin uniformidad. Por una parte, hay cláusulas convencionales que lo recogen en los mismos términos de la normativa vigente en el momento de su negociación –aunque alguno refiere su adecuación automática a las posibles modificaciones posteriores³⁷–, por otra parte, de forma paradójica aquellos que expresamente contienen la voluntad de contribuir a la conciliación no incluyen en su articulado medida alguna relativa a la acumulación. Como muestra de estos últimos, dos de los convenios colectivos disponen que durante el período de lactancia se tramitará la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural³⁸, pero sin recoger el hecho de que puede ser el hombre y no la mujer quien lo solicite. Entendemos que estos preceptos parecen no ser adecuados para acoger la solicitud de un trabajador varón, cuestión que no han tenido en cuenta los sujetos negociadores³⁹, vulnerando su derecho fundamental a la igualdad⁴⁰. Ahora bien, los tres instrumentos

Doctrinal Aranzadi Social paraf. Núm. 205/2004, parte Presentación, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2004, westlaw BIB 2004\535 pp. 1-20, así como, Sánchez Trigueros, C., “Conciliación de la vida familiar en la Reforma Laboral de 2012: lactancia”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 1/2012, parte Comentario, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2012, westlaw BIB 2012\527 pp. 1-7; González González, C., “Permisos retribuidos por nacimiento de hijo y por lactancia”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 2/2011, parte Comentario, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2011, westlaw BIB 2011\454 pp. 6-14. Igualmente, Herraiz Martín, M.S., “El impacto de las últimas reformas en la conciliación familiar y laboral”, cit., pp. 49 y sig.

³⁶ Art. 37.4 ET.

³⁷ Artículo 30 Ccol. Trasmediterránea.

³⁸ Los tribunales han venido considerando como un supuesto de incapacidad por riesgo en la lactancia aquellos trabajos, como el de tripulantes de cabina de pasajeros asimilable a la mujer marino, en el que por razón del ritmo de trabajo se entiende que dificulta la lactancia natural, Tribunal Supremo (sala de lo Social) Sentencia de 24 abril 2012, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 818/2011, Sentencia de 21 junio 2012, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2361/2011, Sentencia de 22 noviembre 2012, recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1298/2011.

³⁹ Igualmente, no parece factible la utilización para supuestos distintos a los de la mujer que alimenta naturalmente a su hijo.

⁴⁰ Capítulo VI Prevención de Riesgos Laborales, art. 6.7 riesgo durante el embarazo, Ccol. Teekay Shipping Spain S.L. y Teekay Servicios Marítimos S.L. Véase la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto, SSTC 17/2003, de 30 de enero y 161/2004, de 4 de octubre.

colectivos que sí prevén la acumulación de la lactancia, la incorporan en unos términos cuanto menos inadecuados, evidenciando de nuevo el escaso interés de los negociadores sobre esta cuestión. En el primero de ellos, se fija que la acumulación se producirá cuando el contrato no pueda suspenderse por riesgo durante la lactancia natural, indicando que también el tripulante varón podrá ejercerla⁴¹. En los otros dos convenios, se establece que la lactancia acumulada se disfrutará a continuación de la baja por maternidad⁴². Es visible que la mención al posible disfrute por el padre de la reducción resulta innecesaria, puesto que ya la normativa vigente es clara al respecto, no obstante, la redacción no resulta especialmente afortunada. Estos convenios parecen dirigir el disfrute a la mujer, relegando la opción paterna a cuando la madre no pueda suspender su contrato, lo que no corresponde a los términos actuales del derecho. Señaladamente, no cabe justificar su redacción al momento de negociación de los instrumentos colectivos, ya que todos ellos son de fecha posterior a la entrada en vigor de la LOI que estableció los términos vigentes de la lactancia.

Por otro lado, en lo que respecta a la duración de la acumulación del permiso de lactancia los convenios se limitan, en su caso, a mantener los términos de duración legal ordinaria del permiso⁴³. Es decir, los parámetros de acumulación se establecen en función de la suma de una hora diaria cada día laborable, hasta los nueve meses del menor, sin mejorar en absoluto lo previsto en la normativa. Esta situación, aunque no incumple la legalidad, desde luego no introduce medidas especialmente favorables a la conciliación.

3.2.2 *El cuidado de menores y familiares*

En segundo lugar, la legislación dispone respecto a la reducción para el cuidado de menores o familiares que podrá disfrutarse en un porcentaje que oscila entre un octavo o la mitad de la jornada diaria, a opción del trabajador. Asimismo, en supuestos de cuidado de menores a cargo afectados de cáncer o cualquier enfermedad grave que implique ingreso hospitalario y requiera la atención directa, continua y permanente del trabajador, cabría una reducción de jornada que alcanzase al menos la mitad de la jornada diaria del trabajador,

⁴¹ Ccol. Remolques Marítimos S.L., artículos 36 A) a) y b) acumulando un total de 15 días hábiles.

⁴² Ccol. Fred Olsen y Trasmediterránea, artículos 37 y 28, respectivamente. En el caso de Fred Olsen se acumula un total de 14 días y en el caso de Trasmediterránea se reconduce a lo previsto en la legislación vigente disfrutándose, por tanto, de la totalidad del período de licencia.

⁴³ De 14 a 15 días *vid.* notas *ut supra*.

aunque la norma expresamente recoge en este último supuesto, la posibilidad de acumularla también en jornadas completas reconduciendo los términos a lo previsto en la negociación colectiva. El ET fija la disminución en hasta dos horas diarias en caso de nacimiento de hijos prematuros u hospitalizados a continuación del parto. Aquí la finalidad es la de permitir las visitas y atención hospitalaria al recién nacido en el hospital pero, aunque la ley no lo refiere, mediante acuerdo entre las partes también podría plantearse la acumulación⁴⁴. No obstante, como hemos adelantado, el art. 37.7 ET establece que los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de las reducciones de jornada, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas, concediendo al empresario un poder mayor de disposición respecto de estas cuestiones.

El tratamiento convencional de estos supuestos no es frecuente, en escasas ocasiones se incluyen disposiciones, ni siquiera en los instrumentos colectivos de empresas que han negociado planes de igualdad⁴⁵. El derecho a la reducción de jornada para cuidado de hijo o familiares figura únicamente en dos de los convenios colectivos analizados, concretando la posible acumulación de dicha reducción sobre el parámetro anual⁴⁶, si bien en uno de ellos se establecen diferencias en orden al tiempo de acumulación en función de la navegación realizada⁴⁷, lo que a nuestro juicio es adecuado puesto que cuentan con períodos de embarque de distinta duración. Otra empresa, aunque no lo recoge en el convenio, en la práctica solamente permite que el derecho a la reducción de jornada se haga efectivo en ciertos buques de su flota –los buques rápidos–, introduciendo un criterio discriminatorio injustificado, al establecer diferencias entre los trabajadores de la empresa en función del lugar de prestación de servi-

⁴⁴ Vid. sobre el contenido y condiciones de ejercicio del derecho, Sánchez Trigueros, C., “Derechos laborales de los padres con neonatos hospitalizados”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* paraf. Núm. 17/2001, parte Estudio, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2001, westlaw BIB 2001\1596 pp. 1-13.

⁴⁵ En este mismo sentido, vid. Molina Hermosilla, O., “Un nuevo –y esperado– ataque al maltrecho derecho a la conciliación de la vida personal y familiar”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* paraf. núm. 40/2009, parte Presentación, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2009, westlaw BIB 2009\1700, pp. 5-6.

⁴⁶ Art. 27 ccol. Naviera Fred Olsen y art. 36. B) ccol. Remolques Marítimos S.A.

⁴⁷ Art. 36.B) ccol. Remolques Marítimos S.A. que acumula de 7 a 14 días en las naves de Salvamares o 30 días en los Buques hasta alcanzar el mínimo anual.

cios⁴⁸. Sin embargo, no hay rastro en la negociación sobre las reducciones ocasionadas por cáncer o enfermedades graves de hijos, ni tampoco sobre la que corresponde en caso de nacimiento de hijos prematuros u hospitalizados a continuación del parto⁴⁹. En ambos casos la finalidad de la reducción es la atender al enfermo u hospitalizado por lo que, mediante acuerdo entre las partes, también podría plantearse la posibilidad de acumulación, lo que no figura en ninguno de ellos. Igualmente, tampoco hemos podido encontrar referencia alguna a los mencionados criterios empresariales limitativos del derecho a la concreción horaria.

La falta de previsión en la negociación colectiva no constituye un obstáculo para que, en la práctica, trabajador y empresario puedan llegar a un acuerdo individual sobre estas cuestiones, pero esto constituye una dificultad añadida, sobre todo en tiempos de crisis económica. De este modo, nos planteamos si podría la empresa negarse a pactar con el trabajador condiciones particulares sobre conciliación lo que, en nuestra opinión, impediría directamente el ejercicio del derecho⁵⁰. Entendemos que la negativa empresarial a negociar podría servir como base de la existencia de un indicio de comportamiento discriminatorio —o de impacto adverso— ante la imposibilidad de disfrutar del derecho de otra forma, y ello exigiría de una adecuada justificación de razonabilidad⁵¹. Sin duda, teniendo en cuenta el sector que tratamos el empleador podrá acreditar los perjuicios que la reordenación y/o reducción ocasiona a su organización productiva y, en la práctica, excluir ciertos sectores de la aplicación general de las normas sobre conciliación. En última instancia serán los Juzgados y Tribunales los encargados de valorar la adecuación de la decisión para resolver desacuerdos entre las partes⁵², siempre atendiendo a los mandatos constitucionales previstos

⁴⁸ Como se realiza en Transmediterránea, donde únicamente podrá adaptarse a la reducción de jornada aquellos trabajadores que desempeñen sus servicios en buques rápidos, pero no en buques tradicionales, cuestión que a nuestro juicio es manifiestamente ilegal.

⁴⁹ *Vid.* sobre el contenido y condiciones de ejercicio del derecho, Sánchez Trigueros, C., “Derechos laborales de los padres con neonatos hospitalizados”, cit. pp. 1-13.

⁵⁰ *Vid.* Agustí Maragall, J., “El carácter “diario” de la reducción de jornada por guarda legal. Razones para una interpretación alternativa y constitucional del art. 37.5 ET”, cit.

⁵¹ Compartiendo esta opinión *vid.* Castelli, N. “Conciliación de la vida familiar y laboral y exigencias organizativas empresariales”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* paraf. núm. 2/2012/2012, parte Presentación, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2012, westlaw BIB 2012\517 pp. 1-8. Sobre los motivos que justifican la denegación, *vid.* Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 1^a) Sentencia núm. 172/2009 de 6 marzo.

⁵² Sobre la posibilidad de recurrir al procedimiento en caso de desacuerdo, y los posibles inconvenientes derivados del mismo frente a la conciliación *vid.* Jover Ramírez, C., “La difícil

en los artículos 14 y 39 CE sobre igualdad, no discriminación y protección a las familias⁵³.

En consecuencia, es visible que la inexistencia de disposiciones convencionales adecuadas impediría para ciertos colectivos el ejercicio de la reducción de jornada. En nuestra opinión, resulta necesaria una modificación legislativa en la que bien se instituyan otros parámetros más flexibles, o bien, en caso de que dicha reforma no fuese llevada a efecto, se estableciese la obligatoriedad de incluir disposiciones convencionales que permitan hacer realidad el ejercicio de la reducción de jornada en aquellos sectores de especial complejidad como es el trabajo a bordo de buques.

4. PERMISOS Y LICENCIAS POR MOTIVOS FAMILIARES

La concesión de permisos y licencias retribuidas vinculadas a responsabilidades familiares se concretan en los supuestos que figuran en el artículo 37 ET, donde se instituyen como causas justificativas el matrimonio, nacimiento de hijos –con referencia especial a los prematuros, fallecimiento, enfermedades y/o hospitalizaciones de familiares, exámenes prenatales y técnicas de preparación del parto, para los trámites relativos a la adopción y guarda con fines de adopción o acogimiento, así como, por traslado del domicilio habitual⁵⁴. También en estos casos la negociación colectiva podría ampliar los supuestos y los períodos de permiso.

Volvemos a reiterarnos en la dificultad que presenta la marina mercante para la aplicación de la regulación general y la ineludible necesidad, a nuestro juicio, de negociar soluciones adaptadas a las circunstancias en los convenios

supervivencia de la conciliación entre la vida laboral y familiar en tiempos de crisis y de reforma”, cit. pp. 1-8 y Álvarez Cortés, J.C., “Negociación colectiva y concreción de la jornada de los trabajadores con jornada reducida por guarda legal o cuidados familiares”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* paraf. núm. 21/20076/2007, parte Presentación, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2007, westlaw BIB 2007\285 pp. 1-9.

⁵³ Vid. en este sentido Fernández Prieto, M., “La tutela judicial del varón en el ejercicio de los derechos de conciliación para garantizar un empleo femenino de calidad”, en *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*, Fernández Prieto, M. y Cabeza Pereiro, J. (coord.) Editorial Bomarzo, 2012, pp. 235 y sig.

⁵⁴ Sin perjuicio de la existencia de otros permisos como los concedidos para ejercicio de deberes inexcusables de carácter público y personal o funciones sindicales o de representación del personal, que aparecen reflejados en todos los ccol. empresariales.

colectivos. No es lo mismo que un trabajador esté en su hogar cuando se produce un fallecimiento familiar, o que se encuentre a muchas millas náuticas de tierra firme a bordo de un buque. Por tanto, entre otras medidas podrían extenderse la duración de las licencias, pactarse el disfrute acumulado de vacaciones y permisos, simplificar –o prever– procedimientos y plazos adecuados para la concesión, así como, el establecimiento de criterios uniformes acerca de la asunción de los gastos derivados de los desplazamientos en estas circunstancias. Analizaremos a continuación cada una de estas cuestiones.

4.1 La duración y acumulación de los permisos

Atendiendo a la duración de los permisos consideramos que las circunstancias referidas justifican su prolongación sobre el plazo establecido en el ET y, a nivel convencional, se confirma esta tendencia. Este hecho, ya abordado en el CGMM, se reproduce –casi en los mismos términos pese al tiempo transcurrido desde su negociación– en los convenios empresariales vigentes. Determinados instrumentos colectivos introducen otros matices ya que, en ciertos supuestos, la empresa podrá prorrogar la licencia bien por circunstancias excepcionales, o bien, por razones justificadas a juicio de la empresa. No obstante, no se establece el régimen jurídico de la referida extensión, ya que ni se detallan las causas concretas, ni tampoco se especifica si este permiso es con cargo a vacaciones o se trata de una liberalidad empresarial, instituyendo una dosis de incertidumbre al respecto⁵⁵. En supuestos de enfermedad grave o fallecimiento de hijo o familiar el CGMM amplía el permiso a diez días, aunque la duración prevista para ello en el ET es de dos a cuatro días según exija, o no, desplazamiento. Sin embargo, los convenios colectivos empresariales, aunque aumentan los plazos previstos en el ET sin excepción⁵⁶, manifiestan diferencias sobre la propia duración de la licencia dependiendo de la circunstancia que los ocasionan⁵⁷, o del

⁵⁵ No se trata de una medida general, solo se encuentra en dos de las seis empresas analizadas: Ccol. Balearia art. 19 lo establece en supuestos de enfermedad grave del cónyuge o hijos a juicio de la empresa; en el ccol. Naviera Armas art. 20 se concederá por circunstancias excepcionales.

⁵⁶ La duración puede llegar hasta veinticinco días en circunstancias de enfermedad grave de hijo o familiar, art. 3.6 Ccol. Teekay Servicios Marítimos y de Teekay Shipping Spain. Sin embargo, en algunos ccol. se aumenta solo levemente la extensión del permiso prevista en el ET, tratándose en esos casos de buques cuyos servicios no se prestan en navegación de alta mar.

⁵⁷ Se diferencia la extensión entre supuestos de enfermedad o fallecimiento, ccol. Fred Olsen art. 16 y en el ccol. Naviera Armas art. 20 y ccol. Remolques Marítimos art. 37.1.

grado de parentesco del familiar que lo genera⁵⁸. Esta misma práctica también se observa en la licencia por matrimonio, incorporando en algunos convenios la inscripción de parejas de hecho⁵⁹. Sin embargo, otras circunstancias como exámenes prenatales no suelen ser necesarios ya que las mujeres embarazadas son desembarcadas con rapidez⁶⁰. Por otra parte respecto a los permisos para realizar técnicas de preparación al parto sus parejas tienen difícil hacer uso de las mismas ya que su finalidad es la de permitir ausencias cortas durante la jornada y, en estas condiciones operativas, no tendría sentido solicitarlos. Se produce la misma situación con la licencia retribuida de una hora diaria que puede concederse con motivo del nacimiento de hijos prematuros u hospitalizados a continuación del parto, sin que la normativa haya previsto, en principio, la acumulación ya que su finalidad es la presencia diaria cuando el recién nacido está ingresado. Sin embargo, la reciente redacción del art. 37.3 f) ET establece un permiso en los casos de adopción o guarda con fines de adopción o acogimiento, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información o preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, ello introduce un nuevo supuesto que requiere de atención especial por el empleador. Tanto la adopción como el acogimiento son procesos complicados y extensos, por ello se habrá de agilizar y facilitar la concesión de los permisos a fin evitar retrasos durante la realización de los trámites, siendo necesaria la flexibilidad para evitar perjuicios al trabajador afectado.

Otra cuestión que emerge es la posibilidad de acumular permisos a vacaciones, lo que se manifiesta como una práctica que permite adecuar a la actividad el ejercicio de la conciliación familiar. A tal efecto, cuando un tripulante interrumpiese su embarque durante un plazo determinado por cualquiera de las causas anteriores, podría ofrecérsele la opción, aunque supeditado al mutuo acuerdo entre las partes, de continuar en tierra y disfrutar las vacaciones que se hubiesen generado hasta ese momento. Este mecanismo permitiría paliar en

⁵⁸ Así, en el ccol. Trasmediterránea, Naviera Armas, Fred Olsen y Remolques Marítimos, arts. 11, 20, 16 y 37.1, respectivamente.

⁵⁹ Ccol. Fred Olsen art. 16.

⁶⁰ De inmediato en buques rápidos, o hasta las 14 semanas anteriores al parto en los restantes buques, art. 36 ccol. Trasmediterránea. De inmediato en art. 6.7 ccol. Naviera Teekay y Teekay servicios marítimos, entre otros. Sobre esta cuestión *vid.* Fotinopoulou Basurko, O., “La detección del estado de embarazo de la mujer marino en el contexto del reconocimiento médico previo al embarque”, *Aranzadi Social* núm. 21/2011 (Estudio). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011, westlaw BIB 2010\3496 pp. 1-23.

parte, las inconveniencias derivadas del alejamiento de la familia durante el período de embarque⁶¹. Sin embargo, no se trata de una práctica general ya que estas disposiciones solo figuran en algunos instrumentos colectivos, a veces limitándola a supuestos de matrimonio o nacimiento de hijos y, en otros casos, reconduciéndolo al acuerdo individual con el empresario⁶². Esta postura reduce significativamente al marino su escaso margen de atención de las responsabilidades familiares y, por tanto, a nuestro parecer obstaculiza el derecho a la conciliación.

4.2 El procedimiento para la solicitud de los permisos

Respecto a los requisitos procedimentales, el ET no recoge disposiciones a tal efecto, siendo lo usual que el trabajador solicite el permiso en el momento en que se produzca la circunstancia que lo ocasiona. En este sentido, generalmente se concreta convencionalmente el régimen para la concesión de las licencias, aunque hay convenios que no refieren procedimiento alguno⁶³. Habitualmente los convenios establecen que habrán de solicitarse por el permisionario y se otorgarán por el capitán del buque⁶⁴, desembarcando al tripulante en el puerto que esté mejor comunicado mediante medios de transporte más directos⁶⁵. En consecuencia, de aquí se deriva un nuevo interrogante, es decir, a partir de qué momento se inicia la licencia. Esta es una cuestión que también se refleja en la negociación colectiva, comenzándose a computar a partir del día siguiente al desembarco, al igual que se preveía en el CGMM⁶⁶. Sobre esta cuestión mani-

⁶¹ Art. 19.5 Ccol Naviera Armas, donde además de en supuestos de licencias por motivos de índole familiar, también cabe acumular las vacaciones al período de Incapacidad Temporal o cualquier otra situación que interrumpa el período de embarque de un tripulante, siempre informando a los representantes de los trabajadores.

⁶² Art. 16 Ccol Fred Olsen y art. 11 Ccol Trasmediterránea que lo prevén en supuestos de matrimonio o nacimiento. En el caso del Ccol de Naviera Marot, art. 3.7.a, únicamente en caso de matrimonio. Art. 19 Ccol de Balearia solo permite la acumulación con la licencia de matrimonio, aunque también lo prevé que pueda solicitarse en caso de natalidad. En el art. 37 del Ccol. de Remolques Marítimos se permite que el descanso vacacional se acumule previa o posteriormente a las licencias por matrimonio o por natalidad. Sobre la acumulación de permisos que responden a una misma causa *vid.* González González, C., “Permisos retribuidos por nacimiento de hijo y por lactancia”, *cit.*, pp. 1-6.

⁶³ Art. 19 ccol. Balearia.

⁶⁴ Art. 17 ccol. Fred Olsen. Así, se manifiestan diferencias frente a otro tipo de licencias, como las que se originan para formación, que permiten la planificación.

⁶⁵ Art. 20 ccol. Naviera Armas.

festamos nuestra perplejidad, puesto que no parece adecuado que no se establezca un régimen similar al previsto en el ET para los desplazamientos, lo que permitiría que el trabajador computase los días de permiso a partir del momento que estuviese en su hogar. En otro caso permitiría al empresario utilizar medios de transporte más económicos pero menos rápidos, afectando al número de días que el marino disfruta en su hogar. Asimismo, es visible que la negociación colectiva debería prever un régimen de cumplimiento tardío, siquiera alternativamente, dadas las circunstancias, ya que no siempre podrá hacerse uso de los permisos en el momento inmediatamente posterior al suceso causante.

4.3 La asunción de los gastos de desplazamiento

Igualmente, requiere de análisis el que el suceso causante del permiso se produzca, además de inesperadamente, en un lugar lejano al de residencia del marino —o incluso del país donde reside la persona que ocasiona el permiso—, por lo que se hace necesario el desplazamiento del solicitante. Por lo tanto, son dos las cuestiones conflictivas que deben estudiarse: por una parte, sobre quien recae la asunción de los gastos, si son soportados por el trabajador o el empresario y, por otra parte, cuál es el momento a partir del que se inicia la licencia. Todos los convenios expresamente refieren la primera cuestión, mencionando quién sufraga los gastos por desembarco aunque sin tratamiento homogéneo: en unos, dichos gastos serán asumidos por los propios trabajadores⁶⁷, si bien algunos exceptúan los que se ocasionan en supuestos de enfermedad grave o fallecimiento de determinados familiares —interpretando el término familiar en sentido más o menos amplio⁶⁸—. Otros convenios, con un contenido más adecuado en nuestra opinión a las circunstancias en las que se desenvuelve el servicio, establecen que serán los armadores los que asumirán todo el coste derivado de las licencias familiares⁶⁹. No obstante, un instrumento colectivo restringe el desem-

⁶⁶ Art. 20 ccol. Naviera Armas, art. 19 ccol. Balearia, art.10.1 ccol. OPDR Canarias.

⁶⁷ Ccol. Balearia art. 19.1 establece que los gastos serán asumidos por los trabajadores en todos los casos.

⁶⁸ Así, según el convenio en cuestión, se incluirá o no al cónyuge, pareja de hecho o conviviente habitual, hijos, hermanos, padres o incluso abuelos ccol. Naviera Armas art. 20 la empresa solo asume los ocasionados por el fallecimiento de cónyuge o hijos, ccol. Trasmediterránea art. 11 dispone que correrán por cuenta del tripulante, a excepción de los ocasionados por fallecimiento del cónyuge o conviviente habitual, padres, hijos y hermanos. Los ccol. de Teekay Shipping Spain y Teekay Servicios Marítimos, art. 3.6, establecen que será el empleador el que sufrague los gastos en caso de fallecimiento o enfermedad grave de familiares y cónyuge incluyendo las parejas de hecho.

⁶⁹ Ccol. Naviera Marot art. 3.7 donde el armador asume los gastos incluso en supuestos de matrimonio, nacimiento o adopción de hijos, fallecimiento o enfermedad grave de familiar directo

barque y reembarque a los puertos de Europa, Mar Mediterráneo, Mar Negro y los puertos de África hasta el paralelo Noadibou (Port Etienne), aunque excluyendo de esta limitación geográfica los supuestos de enfermedades graves y muerte del cónyuge, hijos y padres. Esta cláusula nos parece de carácter ilegal ya que no se puede eliminar convencionalmente un derecho reconocido en la norma, sin que se ofrezcan alternativas para esas rutas concretas, en circunstancias como el nacimiento de hijos⁷⁰. Por tanto, habría que pensar en otras fórmulas para facilitar el desplazamiento al padre a su domicilio, tan pronto fuese factible, sin limitar el derecho con cláusulas de esta naturaleza.

4.4 El permiso por asuntos propios

Al mismo tiempo, a nivel convencional se puede apreciar la inserción de otros supuestos que podrían permitir la conciliación al personal navegante. Estamos refiriéndonos a los permisos por asuntos propios, cuya existencia ya figuraba en el CGMM con una duración de hasta seis meses sin remuneración. Todos los convenios colectivos empresariales incorporan en su articulado la posibilidad de solicitar un permiso autónomo para asuntos propios, o bien, establecen la posible extensión de la duración de los permisos retribuidos, aunque sin retribución, atendiendo a las circunstancias y en función de la planificación de los servicios. En cualquier caso, este tipo de licencias limitadas en número se conceden a partir de una antigüedad determinada en la empresa admitiendo, en ocasiones, su disfrute fraccionado. El régimen jurídico no es uniforme, pero su duración en los instrumentos colectivos estudiados oscila entre un año y seis meses⁷¹. Excepcionalmente aparecen licencias retribuidas con medio sueldo que se conceden por un período máximo de sesenta días, que cabe solicitar cada tres años⁷².

Sin embargo, a la vista de lo previsto sobre esta figura en los convenios colectivos empresariales apreciamos que bajo esa denominación aparecen

(en el más amplio sentido), matrimonio de hijos o fallecimiento de abuelos. El ccol. Fred Olsen art. 16 suma a los anteriores las parejas de hecho registradas. De nuevo, el ccol. de Remolques Marítimos, en su art. 37, introduce elementos más favorables ya que incluye además la intervención quirúrgica sin hospitalización que requiera reposo domiciliario, estableciendo que se extenderán los períodos de permiso retribuido si se requiriese desplazamiento para ello.

⁷⁰ Art. 10c ccol. OPDR Canarias.

⁷¹ En supuestos de navieras destinadas al tráfico interior de puertos se reducen los períodos al encontrarnos ante períodos de embarque de menor duración, vid. ccol. Ría de Arosa, art. 23 b de cuarenta y cinco días.

⁷² Solo un convenio colectivo lo incorpora, ccol. Trasmediterránea art. 11.4.

figuras distintas, tanto modalidades convencionales de permiso –retribuidos o no–, como de suspensiones con derecho a la reincorporación. Ello es así, ya que, por una parte, los convenios colectivos suelen incorporarlos en el capítulo referente a las licencias, y no dentro del correspondiente a suspensiones o excedencias, y esto parece indicar que el trabajador permanece de alta durante ese período. Sin embargo, por otra parte, uno de los instrumentos colectivos refiere que dichas licencias sin sueldo, cuando tienen una duración superior a la establecida en el propio convenio, darán lugar a baja en la cotización de seguridad social⁷³, planteando el interrogante de si estamos ante diferentes tipos de licencias por asuntos propios o, en realidad, son diversas figuras con la denominación “asuntos propios”. Lo cierto es que, en nuestra opinión, se trata de supuestos especiales cuyo régimen *ad hoc* se establece en la negociación colectiva empresarial, a la que habremos de acudir para clarificar la situación en cada caso, o dicho de otra forma, hay convenios que incluyen permisos y otros suspensiones, en ambos casos bajo esta misma denominación. Es visible que ambos supuestos podrían utilizarse como instrumento en aras de la conciliación en situaciones excepcionales, como una hospitalización o una larga enfermedad. Sin embargo, esta práctica no debe considerarse como una cuestión favorable para el marino, por el contrario opinamos que recurrir a esta figura ante la ausencia de medidas convencionales apropiadas constituye un supuesto discriminatorio, al no producirse esta misma situación si el trabajador estuviese en tierra firme.

Así pues, es necesario reiterarnos y remarcar que si bien el contexto marítimo mercante requiere de disposiciones adecuadas para permitir el ejercicio de los derechos de conciliación, consideramos que establecer permisos o remunerados no supone una mejora en modo alguno.

5. SUSPENSIONES Y EXCEDENCIAS

Para finalizar, comentaremos brevemente las suspensiones del contrato por motivos relacionados con las responsabilidades familiares. Si bien no pretendemos ser exhaustivos sobre esta cuestión, ya que se trata de derechos que necesariamente, al margen de que se recoja en la negociación colectiva, han de ser concedidos al trabajador y, en principio, no presentan diferencias con otros ámbitos. Sin embargo, uno de los aspectos que se destaca en el análisis es que

⁷³ Arts. 3.6 ccol. Teekay Servicios Marítimos y Teekay Shipping Spain establece que el trabajador estará de alta durante dos meses. El ccol. OPDR Canarias art. 23 refiere que durante este tiempo ni se retribuirá, ni se mantendrá en alta al trabajador.

las suspensiones que se incorporan con mayor frecuencia por la negociación colectiva son las excedencias voluntarias y forzosas y, dentro de estas últimas, expresamente las ocasionadas por motivos políticos o sindicales⁷⁴. Igualmente, algunos convenios recogen las suspensiones por asuntos propios anteriormente referidas. Ahora bien, otro tipo de excedencias como la correspondiente por cuidado de hijos o familiares, parecen estar ausentes, pese a la inserción de cláusulas que reflejan el compromiso de las empresas con la igualdad, o la voluntad de negociar planes de igualdad⁷⁵. Esta conducta nos llama la atención, puesto que entendemos que la excedencia forzosa, perfectamente resuelta en la normativa, afecta a menos personas que los supuestos sobre conciliación, cuya solución es más conflictiva y que requeriría de mayor atención convencional⁷⁶.

⁷⁴ De hecho figuran en todos los convenios estudiados. Resultan indicativos los Art. 20 ccol. Balearia, art. 3.10 ccol. Teekay Servicios Marítimos y Teekay Shipping Spain, art. 12 ccol. Trasmediterránea

⁷⁵ Así, Trasmediterránea (art. 50), Balearia, Fred Olsen o Remolques Marítimos hacen mención a los planes de igualdad, sin que hayamos podido localizar ninguno al margen de lo reflejado en el propio convenio colectivo, dada la dificultad que presenta su localización si no están publicados en boletines oficiales. Otras navieras como Teekay Servicios Marítimos y Teekay Shipping Spain, en su art. 6.7, hacen una mención al principio de igualdad y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, considerando que el trabajo en cualquiera de los puestos disponibles en los buques dedicados a la navegación internacional es incompatible con las situaciones de embarazo y lactancia natural por lo que resulta técnica y objetivamente imposible un cambio de puesto que lo haga compatible. En consecuencia, se comprometen a instar ante quien corresponda, el reconocimiento de dichas situaciones como suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, o riesgo durante la lactancia natural, según proceda, al objeto de que la trabajadora se beneficie de las prestaciones establecidas para dichos casos en la legislación vigente. Del mismo modo, *vid.* disposición adicional segunda Ccol. Naviera Ría de Arosa s.a. que aunque incorpora una declaración en aplicación de la Ley Orgánica 3/2007: en el que las partes firmantes asumen el compromiso de promover el principio de igualdad de oportunidades en el trabajo, a tal efecto y en la medida de lo posible, se promoverán prácticas y conductas encaminadas a favorecer la igualdad y la conciliación de la vida laboral y familiar y evitar cualquier situación de discriminación de las empleadas y empleados, por razones de sexo, estado civil, edad, raza, nacionalidad, condición social, ideas políticas y religiosas, afiliación o no a un sindicato, por razón de lenguaje o idioma, discriminaciones físicas, psíquicas o sensoriales respecto de las personas que se hallaren en condiciones de aptitud para desarrollar el trabajo y/o ejecutar las tareas que sean procedentes. Si bien en ninguna parte de dicho convenio se recoge medida alguna destinada a tal fin.

⁷⁶ Art. 12 ccol. Trasmediterránea sí prevé la excedencia por hijos y una excepcional en caso de matrimonio, art. 18 ccol. Fred Olsen, art. 3.11.3 ccol. Naviera Marot, art. 36.c Plan de igualdad de Remolques Marítimos.

Aunque es plausible que la negociación aparentemente no tendría que tratar estas cuestiones con demasiado detalle, al carecer en principio de especial problemática, resulta indicativo que en dos instrumentos colectivos, aunque señalando el compromiso con la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral entre ambos sexos, disponen que “en lo que respecta a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (...) el trabajo en cualquiera de los puestos disponibles en los buques dedicados a la navegación internacional es incompatible con las situaciones de embarazo y lactancia natural por lo que resulta técnica y objetivamente imposible un cambio de puesto que lo haga compatible”⁷⁷. En consecuencia, corresponderá instar ante las Autoridades el paso a la situación de suspensión por riesgo en el embarazo o en la lactancia, sin que exista referencia adicional alguna a otras cuestiones⁷⁸. En cuanto al resto, los instrumentos colectivos que excepcionalmente recogen la suspensión del contrato por maternidad y/o riesgo durante el embarazo, también presentan cláusulas a destacar. Los convenios suelen establecer la incompatibilidad de la presencia a bordo con el estado de gravidez, o bien, se diferencia la situación de la mujer en dicho estado en virtud de que se encuentren a bordo de buques convencionales o buques rápidos⁷⁹. Sin embargo, consideramos que esta afirmación no se corresponde con la realidad de las mujeres embarazadas ya que habremos de tener en cuenta ciertos condicionantes, como la ruta que realiza el buque –ya que el mero hecho de que estemos ante navegaciones internacionales no significa que sean incompatibles–, o si existe servicio médico a bordo o el tipo de carga que transporte en caso de que pudiese resultar perjudicial para ellas, ya que en otro caso parece consolidarse, a nuestro juicio, una conducta

⁷⁷ Cfr. “en cumplimiento de lo establecido en la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y teniendo en cuenta las especiales circunstancias que concurren en la actividad de marina mercante”, *vid.* Capítulo VI Prevención de Riesgos Laborales, riesgo durante el embarazo, art. 6.7 Ccol. de Teekay Shipping Spain, s.l. y los mismos artículos en el Ccol. de Teekay Servicios Marítimos s.l. En este sentido no manifiestan diferencia alguna con los convenios anteriores de la misma compañía.

⁷⁸ Sobre la cuestión del embarazo de la mujer marino, con un detallado tratamiento, *vid.* Fotinopoulou Basurko, O., “La detección del estado de embarazo de la mujer marino en el contexto del reconocimiento médico previo al embarque”, *cit.* pp. 1-23.

⁷⁹ Art. 30 ccol. Transmediterránea s.a., que en el primer caso, se permite la permanencia de la trabajadora a bordo hasta catorce semanas antes del alumbramiento, según certificado médico, con expresa obligación de comunicarlo a la dirección del buque y, en el segundo caso, no se autoriza el embarque desde el primer momento de la gestación por razones de seguridad y salud. Otros ccol. como el de Fred Olsen, art. 27, también refiere la necesidad de pasar a la trabajadora a situación de incapacidad por riesgo durante el embarazo y entre tanto se reconoce, desembarcará a la trabajadora.

discriminatoria por razón de sexo⁸⁰. Por último, los escasos convenios que recogen la suspensión por paternidad, se limitan a incorporar los términos legales⁸¹, sin manifestar mejora alguna sobre lo previsto en la Ley. En consecuencia, los convenios parecen consolidar la opinión de que no hay lugar para la mujer embarazada en los buques, al menos en navegaciones internacionales, y que toda cuestión relacionada con la conciliación no es de especial importancia para los negociadores.

6. CONCLUSIONES

En virtud de lo anteriormente analizado podemos extraer varias reflexiones conclusivas.

En primer lugar, la regulación que se recoge en las normas laborales vigentes sobre conciliación no puede adaptarse a todos los sectores productivos. Desde esta perspectiva, la incidencia de las últimas reformas sobre la misma han venido mermar las posibilidades que existían hasta ahora disminuyendo los espacios de flexibilidad, como es el caso del establecimiento de la concreción diaria de la reducción de jornada. A tal efecto, aunque sería conveniente y deseable una normativa flexible y adaptable a los distintos escenarios laborales, ante la ausencia de esta circunstancia el papel de la negociación colectiva en la determinación del ejercicio de los derechos derivados de la conciliación es fundamental. Sin embargo, consideramos merecedora de crítica la postura del legislador que consolida el reconducir estas cuestiones a la autonomía colectiva, sin imponer mecanismos alternativos para sectores más complejos que, ante la inexistencia de disposiciones pactadas, hiciese posible su ejercicio real.

En segundo lugar, estimamos que el gran potencial de la negociación colectiva puede asumir no está siendo desarrollado, más todavía en aquellas actividades que tienen un carácter tradicionalmente masculinizado donde parece que los sujetos negociadores no han considerado necesario acomodar los convenios a las circunstancias actuales, lo que puede ocasionar que el ejercicio de estos derechos se torne inoperante. Es necesario, por tanto, que los sujetos negociadores tomen conciencia de la necesidad de incorporar disposiciones apropiadas en todos los instrumentos colectivos para favorecer la conciliación, sin que el

⁸⁰ En esa línea se manifiesta Fotinopoulou Basurko, O., “La detección del estado de embarazo de la mujer marino en el contexto del reconocimiento médico previo al embarque”, cit. p. 13.

⁸¹ Art. 3.7 ccol. Naviera Marot.

hecho de que ciertos sectores o actividades tengan carácter masculinizado sea un obstáculo, ya que parece olvidarse de que estamos ante derechos de titularidad compartida entre mujeres y hombres, cuyo objetivo es la corresponsabilidad en las obligaciones familiares.

En tercer lugar, el análisis de la negociación colectiva de las empresas navieras en la marina mercante hemos de señalar por una parte, un contenido manifiestamente escaso e inadecuado para los problemas que se plantean, y por otra parte, el hecho de que a día de hoy algunas cláusulas convencionales aún tienen un marcado carácter sexista e incluso discriminatorio. Ello evidencia una situación que requiere de nuevas técnicas y compromisos negociadores, mejorando los contenidos y adecuándolos al tenor actual de las normas. Insistimos en que es indispensable introducir términos flexibles para el disfrute de la conciliación y así evitar consecuencias contrarias al ejercicio del derecho, como en el caso de tener que reconducirlo a acuerdos individuales. Las dificultades que pudiesen plantearse en las empresas ante la solicitud y ejercicio de estos derechos suponen, en todo caso, un obstáculo para la conciliación y un reto significativo para la negociación colectiva.

De este modo, no cabe sino concluir cuál debe ser el objetivo que deben fijarse los sujetos negociadores, que no será otro que adaptar los convenios a los distintos sectores productivos, incluyendo cláusulas *ad hoc* en los instrumentos colectivos, para satisfacer los intereses conciliatorios. Sin embargo, en caso de ausencia de disposiciones adecuadas no debe perderse de vista que el derecho a la conciliación es un derecho real y efectivo, sin que se haya exceptuado sector alguno de su aplicación, puesto que, como señala el Tribunal Constitucional, el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional y ello debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa, o para solucionar los conflictos que puedan surgir entre la empresa y el trabajador que quiere conciliar.

EFICACIA DE LOS “PERMISOS POR ACONTECIMIENTOS FAMILIARES” DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS: UNA PROPUESTA DE MEJORA NORMATIVA

PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS

Profesora Titular de Área
Universidad Loyola Andalucía

EXTRACTO

Palabras clave: permisos, necesidades familiares, conciliación, eficacia

Con la intención última de realizar una propuesta de mejora normativa de los “permisos por acontecimientos familiares” para aumentar su eficacia, el presente estudio aborda varios objetivos específicos, en particular, medir la eficacia de dichos permisos; identificar los factores que determinan dicha eficacia, así como proponer una alternativa (propuesta de mejora normativa) que ayude a solucionar al menos en parte los problemas de conciliación.

Para alcanzar el objetivo enunciado se realizarán dos tipos de análisis que se interrelacionarán entre sí, en primer lugar un estudio jurídico laboral del marco conceptual de cada uno de los seis permisos que más directamente se relacionan con la conciliación de la vida laboral y familiar, a la vez que un análisis estadístico (inferencial) que permita extrapolar los resultados obtenidos en una muestra al conjunto de la población.

ABSTRACT

Key words: permits, family needs, conciliation, effectiveness

With the ultimate intention of making a proposal for better regulation of leave for family events to increase its effectiveness, in this study will address several specific objectives, in particular, measure the effectiveness of such permits; identify the factors which determine their effectiveness, and propose an alternative to help solving problems of family and work balance.

To attain the objective was done two types of analysis that will interrelate with each other, first, studying the legal conceptual framework of each of the six permits more directly related to the reconciliation of work and family, besides an inferential statistical analysis for extrapolating results of the sample to the entire population.

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO
2. LOS “PERMISOS POR ACONTECIMIENTOS FAMILIARES”
 - 2.1. El permiso por matrimonio
 - 2.2. El permiso por nacimiento de hijo/a
 - 2.3. El permiso por infortunio familiar
 - 2.3.1. Titularidad indistinta del permiso por infortunio
 - 2.3.2. Parientes causantes del permiso
 - 2.4. Requisitos comunes a los permisos por nacimiento de hijo/a e infortunio
 - 2.4.1. Duración del permiso por nacimiento de hijo/a e infortunio
 - 2.4.2. Requisitos de ejercicio comunes al permiso por nacimiento e infortunio
 - 2.4.3. Panorama actual de la negociación colectiva en relación al permiso por nacimiento de hijo e hija e infortunio
 - 2.4.4. Duración y disfrute de ambos permisos
 - 2.5. El permiso por traslado de domicilio habitual
 - 2.6. El permiso por exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto
 - 2.6.1. Supuesto de hecho
 - 2.6.2. La simultaneidad con la jornada de trabajo
 - 2.6.3. Duración y disfrute de ambos permisos
 - 2.6.4. Carácter íntegro de la retribución
 - 2.7. Permisos autónomos de conciliación en la negociación colectiva
 - 2.8. Propuesta de mejora normativa: el “crédito horario para conciliar o cuenta de conciliación” y sus características básicas
3. ANÁLISIS EMPÍRICO DE LA EFICACIA DE LOS “PERMISOS POR ACONTECIMIENTOS FAMILIARES”
4. CONCLUSIONES
5. BIBLIOGRAFÍA

1. PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO

La primera cuestión que es necesario abordar es definir el concepto de eficacia de una medida o instrumento de conciliación. La Real Academia de la Lengua Española (R.A.E) la define como “la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”. En tal sentido se entiende que una medida de conciliación es tanto más eficaz, cuanto más utilizada haya sido, por aquellas personas que se encuentran en la situación que da derecho al uso de la misma, y mejor la valoren en cuanto a su utilidad para la conciliación.

Con la intención última de realizar una propuesta de mejora normativa de los permisos por acontecimientos familiares para aumentar su eficacia en términos de conciliación, el presente estudio aborda varios objetivos específicos, en particular, medir la eficacia para conciliar de dichos permisos; determinar las causas que explican el nivel de eficacia de los mismos, así como proponer alguna alternativa de regulación que ayude a solucionar al menos en parte los problemas de conciliación.

Para alcanzar los objetivos enunciados se realizarán dos tipos de análisis que se interrelacionarán entre sí, en primer lugar un estudio jurídico laboral del marco conceptual de cada uno de los seis permisos que más directamente se relacionan con la conciliación de la vida laboral y familiar, a la vez que un análisis estadístico inferencial que permita extrapolar los resultados obtenidos en una muestra al conjunto de la población.

Se abordará en primer lugar el estudio jurídico, en el que se examinan las características de cada una de las medidas (el supuesto de hecho, las causas que lo motivan, la titularidad, la duración, la suficiencia de la retribución y las condiciones de ejercicio) no solamente en sede normativa del Estatuto de los Trabajadores sino también en su vertiente aplicativa a través del examen de la doctrina judicial y en algunos casos de la negociación colectiva. Los resultados del análisis jurídico se pondrán en relación con el posterior estudio empírico de la percepción de la utilidad de estas medidas en términos de conciliación y sus conclusiones.

Para realizar el análisis estadístico se ha diseñado un cuestionario para obtener información que permita medir la eficacia de los distintos instrumentos de conciliación de la vida laboral y personal; y con el que se lograsen los objetivos particulares siguientes:

1. Conocer si la persona encuestada había estado en la situación que origina el derecho o la posibilidad de disfrutar la medida de conciliación.
2. Saber si la persona encuestada conoce las distintas medidas de conciliación.
3. Medir la tasa de uso de cada uno de los instrumentos.
4. Obtener información relativa a la utilidad percibida por encuestado de cada instrumento, cara la conciliación.
5. Conocer la opinión del encuestado relativa a aspectos que pueden incidir en el uso de las medidas de conciliación, tales como, el conocimiento de los distintos tipo de instrumentos de conciliación; si el género influye en el uso de las medidas de conciliación; y si la persona trabajadora percibe que el uso de las medidas de conciliación pueden afectar a su carrera profesional.
6. Estudiar si existe relación entre la suficiencia temporal de los permisos por razones familiares y la eficacia agregada de este tipo de permisos.
7. Conocer el grado de acuerdo o desacuerdo de las personas encuestadas con la existencia de “un crédito horario o cuenta de conciliación” para cubrir las necesidades familiares.

Además se deseaba obtener información de la denominada de “clasificación” (sexo, edad, situación profesional, tamaño de la empresa u organización en la que presta sus servicios e ingresos mensuales de la unidad familiar).

Una vez diseñado el cuestionario se procedió a la pertinente validación estadística, verificando la calidad del mismo en términos de validez, fiabilidad y capacidad¹ (Ramírez, J.N. y Molina, H; 2014). Una vez validado, se envió, mediante soporte electrónico a una muestra de más de dos mil personas y, además, se han utilizado las redes sociales para acceder a un colectivo de mayor tamaño, obteniéndose al final una muestra válida de 296 encuestadas.

Para cubrir los objetivos del presente trabajo, en general y de la parte empírica, en particular, en primer lugar, se definió el concepto de eficacia y como obtener un índice de eficacia para cada medida de conciliación que permitiese comparar las distintas medidas entre sí y uno general que evidencie la virtualidad del conjunto de las mismas.

En segundo lugar, se estudiarán las causas que inciden y explican la eficacia de cada uno de los instrumentos de conciliación analizados.

En tercer y último lugar, se propone una posible alternativa a las actuales medidas, el “crédito horario o cuenta de conciliación” (las características básicas de esta medida se abordarán en el apartado 2.8 del presente trabajo).

Abordaremos a continuación, como se ha dicho, en primer lugar el análisis jurídico.

2. LOS “PERMISOS POR ACONTECIMIENTOS FAMILIARES”

El artículo 37 ET en su apartado 3 recoge los distintos permisos que con derecho a remuneración, previo aviso y justificación, que pueden disfrutar las personas trabajadoras. Entre estos permisos, solamente serán objeto de análisis los que están claramente relacionados con la conciliación de la vida laboral y

¹ La validez hace referencia a que las preguntas sean entendidas por el encuestado, en el mismo sentido que son formuladas por el investigador; la capacidad alude a que las escalas de las distintas preguntas tengan la suficiente sensibilidad para detectar cambios de opinión o percepción entre los distintos encuestados; y, por último, la fiabilidad indica que las escalas están libres de error aleatorio.

familiar, en particular, los seis siguientes a los que genéricamente se ha denominado “permisos por acontecimientos familiares”: el permiso por matrimonio, el permiso por nacimiento de hijo/a y el permiso por infortunio familiar, el permiso por traslado de domicilio habitual y los permisos para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto. Como se analizará las causas que los originan son diversas y variadas las necesidades familiares y personales motivadoras, extremadamente frecuentes, los beneficiarios también son diversos y potencialmente numerosos. Son de titularidad indistinta salvo el permiso por nacimiento de hijo que es de titularidad paterna y los de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que solo los puede disfrutar la madre. Son permisos retribuidos íntegramente y con escasos requisitos formales para su disfrute. Todos ellos son de corta duración y retribuidos íntegramente por tanto no implican ningún coste personal ni económico para el trabajador, ya que no ponen en peligro su estabilidad en el empleo. Hemos elegido estas medidas para analizar su eficacia porque por las razones antedichas afectan a un mayor número de personas. Tradicionalmente, los derechos de conciliación se configuraron como derechos cerrados, es decir aquellos que a un acontecimiento personal o familiar concreto anudan una consecuencia jurídica unívoca. Es el caso paradigmático de los permisos del artículo 37.3.b) del ET más directamente relacionados con la conciliación a los que hemos denominado “permisos por acontecimientos familiares” y que serán objeto de análisis en el presente estudio. Presentan estos derechos cerrados la indiscutible ventaja de la seguridad jurídica, pero el inconveniente de que solo abarcan las necesidades de la vida personal o familiar expresamente previstas, y de que no se acomodan a ellas de un modo flexible (Núñez-Cortés Contreras, P. y Lousada Arochena, F., 2015).

El propósito de nuestro análisis es conocer la eficacia en términos de conciliación de estas medidas tal y como se reconocen y configuran en nuestro ordenamiento laboral

2.1. El permiso por matrimonio

El artículo 37.3 del ET en su apartado a) establece que el trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo con derecho a remuneración, por el plazo de “quince días naturales en caso de matrimonio”.

La naturaleza jurídica del permiso por matrimonio, no coincide con la prototípica de los demás permisos del artículo 37.3 del ET, pues, mientras en el resto subyace una obligación familiar de la persona trabajadora que la legislación hace prevalecer al extremo de obligar a la empresa a retribuir la ausencia, lo característico de este permiso es su naturaleza vacacional.

La titularidad del permiso es de la persona trabajadora que contrae matrimonio, con independencia, como es lógico, de que sea hombre o mujer.

La duración el permiso por matrimonio es quince días naturales, incluyendo el día de la boda, salvo que como es habitual la boda sea en día no laborable para el trabajador/a, en cuyo caso el plazo comenzará a contar desde el primer día laborable siguiente porque con ello “no se rompe la inmediación” entre la boda y el disfrute del permiso por matrimonio y porque “lo contrario podría comportar una colisión con otros derechos del trabajador”²

Otra precisión de interés, acerca de la duración del permiso por matrimonio se refiere al disfrute en el supuesto de trabajo a tiempo parcial. Nos encontramos ante una condición laboral a la cual no se le puede aplicar el principio de proporcionalidad en atención a la jornada de trabajo a tiempo parcial, sino el principio de equiparación. O sea, la disminución proporcional de la duración del permiso por matrimonio sería contraria al principio de igualdad establecido en el artículo 12.4.d) del ET. Ahora bien, se retribuirá solo el tiempo en que, de no haber mediado permiso, se habría trabajado (Sánchez Trigueros, C., 1998).

Así las cosas, los convenios colectivos solo pueden contemplar el permiso por matrimonio reproduciendo, con efectos pedagógicos, la redacción legal o mejorándola, y esas mejoras convencionales pueden o bien ampliar la duración del permiso o incidir sobre la causa del permiso, incluyendo también por ejemplo las uniones de hecho. La extensión de los supuestos que originan el derecho al permiso incidirá como es lógico en la utilización del permiso por un número mayor de beneficiarios.

2.2. El permiso por nacimiento de hijo/a

El artículo 37.3.b) del ET contempla –en paralelo al permiso por infortunio familiar- un permiso con derecho a remuneración, a disfrutar previo aviso y justificación, “por el nacimiento de hijo”, cuya duración de dos días –(ordinario) se amplía a cuatro (extraordinario)- “cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto”.

Si se atiende a la literalidad de la norma, basta con el “nacimiento”, que se produce con la expulsión del feto “siempre que hubiera permanecido en el seno

² STS de 12.5.2009, RJ 2009\4166.

materno durante al menos 180 días”³, sin que sea necesario que el nacimiento sea con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno (artículo 30 del Código Civil).

El titular del permiso es el padre biológico, como demuestran las normas históricas que hablaban de “alumbramiento de la esposa”, y su finalidad es la de que el padre biológico “pueda pasar algún tiempo con el recién nacido y con la madre, participar en las celebraciones familiares relacionadas con el nacimiento y ocuparse de los trámites necesarios” (Arguelles Blanco, A., 1998). La finalidad de este permiso es diferente y mucho más modesta que la del permiso por paternidad por lo que ambos resultan compatibles (Núñez-Cortes Contreras, P. y Lousada Arochena, F., 2015).

La filiación adoptiva por razones obvias no genera el derecho al permiso por nacimiento, cuando nace el hijo no se genera permiso a favor de quien no es su progenitor aunque tenga la intención de adoptarlo. Por eso mismo, tampoco se aplica al acogimiento o a la tutela de menores. El padre biológico no es sin embargo el único titular cuando entran en juego las técnicas de la reproducción asistida, ya que, aunque no sea el padre biológico, el marido de la mujer inseminada artificialmente por donante anónimo, al ser esa filiación matrimonial artículo 8 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida-, ostentaría derecho a disfrutar el permiso. La extensión, en este supuesto, del permiso a otro sujeto distinto del padre biológico evita trabas a su utilización a un colectivo de personas que cada día es más numeroso.

2.3. El permiso por infortunio familiar

El artículo 37.3.b) del ET contempla un permiso con derecho a remuneración, a disfrutar previo aviso y justificación, “por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad”, cuya duración de dos días –permiso ordinario- se amplía a cuatro –permiso extraordinario- “cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto”. El supuesto de hecho del infortunio puede consistir en fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario. Si bien el accidente y la enfermedad han de tener la suficiente entidad como para

³ artículo 8.4.II del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.

poder ser calificadas de graves en principio la hospitalización no parece necesitar tal cualidad, lo que posibilita la inclusión de situaciones muy diversas que incrementan las posibilidades de utilización del permiso. De esta manera, se puede afirmar que el derecho a los dos días (o cuatro en caso de necesitarse desplazamiento) por hospitalización o intervención quirúrgica, por exclusión será el que se produzca por enfermedad no grave o por otras causas clínicas, incluso sin enfermedad en sentido técnico⁴. La jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo se sitúa en línea de evitar las trabas que existían con anterioridad para la utilización de este permiso.

En cuanto a las facultades de control empresarial de la causa de infortunio, la necesidad de la hospitalización –y lo mismo cabría decir de la necesidad de reposo domiciliario tras la intervención quirúrgica- acordada por los servicios médicos públicos o privados al cuidado de la persona enferma no puede ser cuestionada por los servicios médicos de la empresa porque es arbitrario hacer depender el permiso de una valoración realizada “por un equipo médico que se basa exclusivamente en el examen de un parte y que se halla al servicio de la empresa⁵. Lo que evitaría la existencia de filtros empresariales que impidan el disfrute del permiso por sus beneficiarios.

2.3.1. Titularidad indistinta del permiso por infortunio

Atendiendo a las causas de infortunio desencadenantes del permiso, se concluye que, a diferencia del permiso por nacimiento de hijo, la titularidad es indistinta masculina o femenina. Ninguna norma limita el disfrute conjunto de los cónyuges, aunque ambos trabajen en la misma empresa. Refuerza la utilización del permiso la solución aportada por la doctrina judicial admitiéndose que dos trabajadores de la misma empresa disfruten el permiso por enfermedad de un mismo familiar porque se trata de permisos independientes entre sí⁶.

2.3.2. Parientes causantes del permiso

Los parientes causantes del permiso por infortunio familiar son (los) parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, también, aunque la norma no lo contemple expresamente, se entiende incluido el cónyuge, aunque

⁴ STS de 11.3.2014, RJ 2014\2227, STS de 21.9.2010, RJ 2010\7568.

⁵ STSJ/Cataluña de 6.7.2004, AS 2004/2622.

⁶ STSJ/Andalucía (Sevilla) de 21.5.2002, AS 2002\3788.

no sea pariente porque si bien el matrimonio no crea lazos de parentesco no tendría sentido incluir a los parientes por afinidad, pero no al cónyuge. No hay, en consecuencia, en la norma intención de exclusión sino “un lamentable error” (Sánchez Trigueros, C., 1998). Habría de interpretarse asimismo incluida la pareja de hecho, en primer lugar, porque, en una perspectiva finalista, la pareja de hecho entra dentro de ese círculo familiar próximo al trabajador/a que la legislación quiere contemplar, y, en segundo lugar, porque, al no hablarse del cónyuge, no hay ninguna traba literal en incluir también a la pareja de hecho. Incluso alguna doctrina judicial ha llegado más lejos al admitir la generación del permiso con respecto a los parientes de la pareja de hecho en determinadas circunstancias de conocimiento y de aceptación de la empresa⁷. También la negociación colectiva como se verá con frecuencia amplía la posibilidad de disfrute de este permiso a las parejas de hecho.

A diferencia del permiso por nacimiento de hijo/a, se incluye entre los parientes causantes del derecho al permiso tanto a los biológicos como a los adoptivos, ya que la adopción crea lazos de parentesco con la familia adoptiva. Respecto al acogimiento familiar, y si bien a diferencia de la adopción no crea lazos de parentesco, se han expresado “serias razones para postular la aplicación analógica del permiso” (Sánchez Trigueros, C., 1998), siendo la opinión del todo compartible sea cual sea la clase de acogimiento. Y lo mismo se podría argumentar cuando el trabajador/a sea designado tutor.

2.4. Requisitos comunes a los permisos por nacimiento de hijo/a e infortunio

2.4.1. Duración del permiso por nacimiento de hijo/a e infortunio

Incluye este permiso dos modalidades de duración, una ordinaria de dos días, y otra extraordinaria de cuatro días cuando el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, cuya finalidad es que los días ordinarios no se vean mermados para la atención de las obligaciones familiares por la necesidad de desplazamiento,

La duración del permiso es común para la totalidad de las causas desencadenantes del permiso y para todas las personas trabajadoras incluidas en el

⁷ STSJ/Castilla La Mancha de 18.11.1994, AS 1994\4540; SJS 2 Pamplona de 28.5.2003, AS 2003\2786.

ámbito del ET, aunque sean a tiempo parcial que disfrutarán del permiso sin ninguna reducción en su duración, si bien percibirán solo la retribución que les correspondería si hubieran trabajado. Hubiera sido deseable que se contemplase una mayor duración del permiso para el supuesto de nacimiento gemelar o múltiple de hijos, o cuando se trate de familia numerosa (Núñez-Cortés Contreras, P. y Lousada Arochena, J.F., 2015).

En cuanto a la determinación del comienzo del cómputo del permiso por infortunio, de los dos o cuatro días, en la interpretación jurisprudencial más reciente se sostiene que si bien tiene que existir una cierta inmediatez entre la enfermedad u hospitalización y el permiso, si estas se prolongan durante más de dos días, no es exigible que el inicio del disfrute coincida forzosamente con el inicio de la enfermedad u hospitalización, porque la norma no lo exige y porque la necesidad de cuidar o acompañar al enfermo se mantiene durante toda la enfermedad u hospitalización. Incluso muchas veces esa necesidad de cuidado o acompañamiento se manifiesta más intensa durante la convalecencia posterior a superar la enfermedad o al alta hospitalaria⁸.

Aunque ni los dos días ni los cuatro días se adjetivan de naturales –a diferencia de lo dispuesto para el permiso por matrimonio en el artículo 37.3.a) del ET–, se entiende lo son por aplicación de lo dispuesto para el cómputo de los plazos en el artículo 5.2 del Código Civil, de ahí que, si el permiso coincide con algún domingo, se debe entender consumido en un día⁹.

2.4.2. Requisitos de ejercicio comunes al permiso por nacimiento e infortunio

Aunque las condiciones de ejercicio de los permisos por nacimiento de hijo/a y por infortunio familiar son, como las de los demás permisos del artículo 37.3 del ET, el previo aviso y la justificación, es de destacar, como característica particular de los permisos por nacimiento de hijo/a y por infortunio familiar, que, por su trasfondo humanitario, la doctrina judicial suele flexibilizar el incumplimiento de sus requisitos de ejercicio a los efectos de la calificación del despido disciplinario. De este modo, se ha considerado por la doctrina judicial improcedente el despido por faltas de asistencia injustificadas cuando la solicitud del permiso no se cursó en forma¹⁰. Sin embargo, cuando las ausencias al trabajo

⁸ STSJ/Aragón de 21.11.2002, AS 2002\3390.

⁹ STSJ/Extremadura de 17.11.1997, AS 1997\4288.

¹⁰ (STSJ/Baleares de 10.6.1992, AS 1992\2952).

superan la duración del permiso de que se trate, el despido es procedente si las ausencias no cubiertas resultan ser significativas, sea cuál sea la circunstancia familiar concurrente¹¹, excepto si la empresa autorizase tales ausencias, “no pudiendo considerarse que la autorización se produjera por el mero aviso unilateral del trabajador de que se va ausentar¹²”.

2.4.3. *Panorama actual de la negociación colectiva en relación al permiso por nacimiento de hijo e hija e infortunio*

Los estudios realizados sobre los permisos por nacimiento de hijo/a y por infortunio de familiares en la negociación colectiva demuestran la existencia de una intensa actividad negocial reguladora, que, sin perjuicio de la existencia de algunas restricciones de dudosa legalidad, también acredita numerosas mejoras respecto a la regulación legal (Cabeza Pereiro, J., 2009), que se pueden clasificar, de una manera muy general, en mejoras o bien de la de la duración del permiso, mejoras de las causas habilitantes, de los parientes causantes, y de las condiciones de ejercicio. Mejoras que refuerzan la utilización por sus beneficiarios con carácter general. Siendo lo más habitual que, en cada convenio colectivo, se entremezclen mejoras de las distintas categorías referidas (Lousada Arochena, J.F., 2000). Las mejoras en la duración son las más habituales. De estas mejoras, las más destacables son las que introducen algún elemento adicional que fomenta la asunción masculina del cuidado, fomentando la conciliación y la corresponsabilidad. Por ejemplo, cuando las mejoras se proyectan sobre el permiso por nacimiento de hijo/a¹³ o contemplan solo el infortunio de parientes consanguíneos¹⁴, fomentando la asunción masculina del cuidado (Núñez-Cortés, P. y Lousada, J.F., 2015).

¹¹ La enfermedad del padre en la STSJ/Asturias de 26.1.2001, AS 2001\101, la hospitalización del cónyuge en la STSJ/Castilla La Mancha de 24.4.2002, JUR 2002\239493, o el fallecimiento de la hija en la STSJ/Aragón de 10.2.2003, AS 2003\1157.

¹² STSJ/Aragón de 28.9.2000, AS 2000\4076.

¹³ Por ejemplo, “diez días de permiso por nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo, a disfrutar por el padre a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción” –artículo 47.b) del III Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado, BOE de 12.9.2009-.

¹⁴ Por ejemplo, un permiso de un día, especificando que es con retribución, “por fallecimiento de familiares de tercer grado de consanguinidad” –artículo 44.1.d) del Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, BOE de 24.5.2014-.

También las mejoras se vinculan a ciertas situaciones problemáticas desde la perspectiva personal o familiar, como, en relación con el permiso por nacimiento de hijo/a, el parto con complicaciones¹⁵, o, con relación al permiso por fallecimiento, se incrementa significativamente si se trata del cónyuge, pareja, padres o hijos o hijas, o si, falleciendo el cónyuge, quedan hijos menores a cargo del trabajador o trabajadora¹⁶.

Igualmente son interesantes, desde la perspectiva de la conciliación y desde la corresponsabilidad, las mejoras con técnicas normativas diferentes al incremento directo de la duración del permiso, como establecer que los días del permiso sean laborales¹⁷, o a lo menos uno de ellos¹⁸, o la ampliación hasta un máximo del permiso por la duración que el trabajador/a necesite siendo los días adicionales no retribuidos¹⁹ o recuperables²⁰.

¹⁵ Por ejemplo, un permiso por nacimiento de hijo/a de cuatro días “en caso de intervención quirúrgica (cesárea) o enfermedad diagnosticada por facultativo” –artículo 48.2 XVII Convenio colectivo general de la industria química, BOE de 9.4.2013-. O “en caso de complicación del parto, los días que sean necesarios, previa Justificación del médico que la atienda, siendo retribuidos los tres primeros días desde que se produjo el parto” –artículo 33.D.2 del Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida, BOE de 8.5.2014-. O “en el supuesto de parto de alto riesgo, (el) permiso (por nacimiento de hijo/a) podrá ser ampliado hasta cinco días naturales y, en el caso de que persistiese la gravedad, por el tiempo necesario pero sin retribución, sin perjuicio de la posibilidad de obtener la licencia por paternidad” –artículo 27.2.d) del Laudo arbitral para oficinas de farmacia, BOE de 8.5.2014-.

¹⁶ Por ejemplo, “en caso de fallecimiento del cónyuge, siete días de permiso, y en el supuesto de tener hijos menores a su cargo, se concederán siete días adicionales, en atención a los hijos menores” –artículo 17.c) del Convenio colectivo para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas, BOE de 26.1.2012-. O “cinco días por fallecimiento del cónyuge o persona vinculada con análoga relación afectiva, padres e hijos” –artículo 28.e) del VI Convenio colectivo estatal de gestorías administrativas, BOE de 24.2.2014-. O “en el caso del fallecimiento del cónyuge, si el trabajador queda a cargo de hijos menores de edad, este permiso (por fallecimiento) se ampliará hasta diez días laborables” –artículo 33.d) del XV Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal, BOE de 5.9.2013-.

¹⁷ Por ejemplo, la totalidad de los permisos ordinarios por nacimiento de hijo/a y por infortunio familiar –algunos con importantes mejoras en su duración- se computan en días laborables, pero no los permisos extraordinarios si hay necesidad de desplazamiento, que se computan por días naturales, aunque precisando que al menos deben ser laborables los días correspondientes al permiso ordinario –artículo 33.b), c), d) y e) del XV Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal, BOE de 5.9.2013-.

¹⁸ Por ejemplo, “dos días por nacimiento de hijos/as, uno de los cuales deberá coincidir con día hábil a efectos de registro” –artículo 48.2 XVII Convenio colectivo general de la industria química, BOE de 9.4.2013-.

¹⁹ Por ejemplo, una ampliación “como máximo a un mes sin sueldo desde el tercer día” en los casos de nacimiento de hijo, acto de acogimiento o adopción de hijo y por el fallecimiento,

2º. En cuanto a las mejoras de las causas habilitantes, determinan la creación de permisos convencionales que, si bien asimilables al nacimiento de hijo o hija/a²¹ o a situaciones de infortunio familiar²², presentan una autonomía que puede ser relevante a la hora de su aplicación pues las exigencias establecidas en la negociación colectiva no tienen por qué coincidir con las de los permisos regulados en el artículo 37.3.b) del ET.

3º. En cuanto a las mejoras de los parientes causantes, la más habitual es seguramente la cláusula de extensión a las parejas de hecho²³ aunque también encontramos extensiones más amplias, como a parejas de hecho, a menores

accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad –artículo 30.1.b) del Convenio colectivo del sector de la mediación de seguros privados, BOE de 19.8.2013-. O el permiso extraordinario por infortunio familiar si el desplazamiento es fuera del territorio nacional y se trata de parientes de primer grado se amplía a 8 días, pero solo 4 retribuidos –artículo 28.1.b) del Convenio colectivo estatal de naturopatía y profesionales naturópatas, BOE de 28.8.2013-. O el permiso extraordinario por infortunio familiar si el desplazamiento es fuera del territorio nacional se amplía a 10 días, pero solo 4 retribuidos –artículo 18.1.b) del Convenio colectivo para el sector de recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias, BOE de 25.10.2013-.

²⁰ Por ejemplo, “en el caso de que por las circunstancias relativas a los supuestos anteriormente citados (nacimiento de hijo o por el fallecimiento, accidente o enfermedad grave u hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad), si el trabajador/a necesitara añadir algún día más a los establecidos, la empresa vendría obligada a facilitar esos días, debiendo el trabajador/a recuperar los mismos de la manera en que le indique la empresa” –artículo 45.1.b) del Convenio colectivo de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, BOE de 23.9.2013-. O la ampliación de los permisos a los días adicionales que necesite el trabajador/a, aunque estos serán recuperables –artículo 45.1.b) del Convenio colectivo de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, BOE de 23.9.2013-.

²¹ Por ejemplo, el “acto de acogimiento o adopción de hijo”, que genera un permiso de igual duración al de nacimiento de hijo/a en el artículo 30.1.b) del Convenio colectivo del sector de la mediación de seguros privados, BOE de 19.8.2013.

²² Por ejemplo, la “intervención quirúrgica sin hospitalización”, que genera un permiso de igual duración al de fallecimiento, accidente, enfermedad grave u hospitalización en el artículo 29.1.b) del Convenio colectivo estatal de naturopatía y profesionales naturópatas, BOE de 28.8.2013. O el permiso de un día retribuido o dos sin retribuir por la “intervención quirúrgica o lesiones con fracturas, del cónyuge, padres, hijos, hermanos y padres políticos”, según el artículo 44, apartado 1, letra g), del Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, BOE de 24.5.2014.

²³ Por ejemplo, el artículo 48.7 del Convenio colectivo del sector de curtidos, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peleterías, BOE de 27.5.2014, establece que “tendrán la consideración de matrimonio a efectos del disfrute de permisos, las parejas de hecho que puedan

adoptados o acogidos y a los discapacitados convivientes²⁴ A veces el permiso por parientes más allá del segundo grado o por personas convivientes es menor al legal, y no retribuido²⁵

4º. En cuanto a las mejoras de las condiciones de ejercicio, son muy interesantes desde la perspectiva de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral porque incrementan el poder de auto organización de la persona trabajadora sobre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso, permitiendo, por ejemplo, el disfrute discontinuo o fraccionado del permiso²⁶, o un crédito de horas²⁷ o un plazo amplio de disfrute²⁸

2.5. El permiso por traslado de domicilio habitual

El artículo 37.3 del ET en su apartado c) establece que el trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo con derecho a remuneración,

acreditarse fehacientemente como tales, con las justificaciones correspondientes”. O el artículo 28.2 del III Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, BOE de 2.10.2014, establece que “se equiparan a todos los efectos los matrimonios con las parejas de hecho ... (aportando) justificación del registro de parejas de hecho allí donde lo hubiere o documento oficial que certifique la convivencia de la pareja”.

²⁴ Según el artículo 27.3 del Laudo arbitral para oficinas de farmacia, BOE de 8.5.2014, “las licencias relacionadas en el presente artículo se extenderán a las parejas de hecho, a menores adoptados o acogidos y a los discapacitados convivientes, siempre que estas situaciones se justifiquen con el documento que al efecto tenga establecido la Administración Pública y en todo caso por certificado oficial de convivencia”.

²⁵ Por ejemplo, el artículo 44, apartado 1, del Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, BOE de 24.5.2014, contempla –en su letra d)- un permiso de un día con retribución “por fallecimiento de familiares de tercer grado de consanguinidad”, y –en su letra e)- un permiso de un día sin retribución “por fallecimiento de persona que conviva en el hogar familiar”.

²⁶ Por ejemplo, cuando se establece que “en los casos de enfermedad grave y/u hospitalización, el permiso correspondiente podrá disfrutarse de forma discontinua previo aviso a la empresa”, agregando que “este permiso podrá fraccionarse en medias jornadas a petición de el/la trabajador/a” –artículo 24.b) del Convenio colectivo del sector del auto taxi, BOE de 20.3.2014-.

²⁷ Solamente hemos encontrado un ejemplo de permiso ordinario por nacimiento de hijo/a que se concreta en “dieciséis horas que podrán distribuirse a lo largo del año en curso” –artículo 26.b) del Convenio colectivo de trabajo para el sector del cava y vinos espumosos de Cataluña, DOGC de 26.4.2013-.

²⁸ Por ejemplo, se concede “adicionalmente, por el nacimiento de hijo, un día más de licencia a disfrutar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento” –artículo 27.1.d) del XXII del Convenio colectivo de Banca, BOE de 5.5.2012-.

por el plazo de “un día por traslado del domicilio habitual”. Su supuesto de hecho es el “traslado del domicilio habitual”, es decir una mudanza, siendo indiferente, para generar el permiso, la distancia entre el nuevo y el antiguo domicilio. Nada parece impedir, salvo abuso de derecho, la reiteración de mudanzas; no podría entenderse mudanza el traslado temporal a una residencia de verano (Sánchez Trigueros, 1998). Salvo mejora establecida en la negociación colectiva, en contrato de trabajo o por condición más beneficiosa adquirida, el permiso de mudanza no es acumulable al permiso por matrimonio²⁹

2.6. Los permisos para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto

En trasposición del artículo 9, sobre “permiso para exámenes prenatales”, de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia³⁰ y en consonancia con el artículo 26.5 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, donde se contempla además un permiso para técnicas de preparación al parto³¹, el artículo 37, apartado 3, letra f), del ET, enumera, dentro de los permisos retribuidos, uno “por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo”. De este modo, la norma española ha hecho una transposición generosa de la norma comunitaria, quizás excesiva, pues, al justificar el permiso no solo en exámenes prenatales, sino también en técnicas de preparación al parto, se altera la equivalencia contractual, siendo susceptible de producir el indeseable “efecto boomerang”, trayendo a las empresas en la contratación de mujeres en la edad fértil.

²⁹ Así lo entendió la STSJ/Navarra de 29.10.1996, AS 1996\3014.

³⁰ En el artículo 9 de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, se establece, bajo el epígrafe “permiso para exámenes prenatales”, que “los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras embarazadas ... disfruten ... de un permiso sin pérdida de remuneración para realizar los exámenes prenatales en caso de que dichos exámenes tengan lugar durante el horario de trabajo”. Las trabajadoras embarazadas a las que se refiere son las que –según dice el artículo 2.a) de la Directiva- comuniquen su situación al empresario.

³¹ A cuyo tenor, “las trabajadoras embarazadas tendrán derecho a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, previo aviso al empresario y justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo”.

2.6.1. Supuesto de hecho

El supuesto habilitante del permiso establecido en la norma española es “la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto”, dando lugar, en realidad, a dos permisos con dos fines diferentes, uno para exámenes prenatales, entendiéndose por tales los exámenes tendentes a comprobar el estado de salud de la trabajadora y/o del feto, que se corresponde con el de la norma comunitaria, y otro para técnicas de preparación al parto, se entienden por tales las técnicas tendentes a facilitar el adecuado desarrollo del alumbramiento, como ocurre con la gimnasia prenatal. Se trata, en ambos casos, de conceptos médicos, de ahí que se deba acudir a la medicina para delimitar su contenido. No haciéndose mayor especificación, los exámenes prenatales o las técnicas de preparación al parto se podrán realizar en centros asistenciales públicos o privados e, indudablemente, la elección del centro la realizará la trabajadora embarazada.

2.6.2. Titularidad materna de ambos permisos

La titularidad es exclusivamente femenina, si bien sería conveniente la extensión al hombre nada al respecto se dice en el artículo 37.3.f) del ET, naturalmente cabe la mejora en la negociación colectiva. La titularidad exclusivamente femenina restringe como es lógico el uso de estos permisos.

La doctrina judicial considera, asimismo, una titularidad exclusiva femenina del permiso para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto. La Sentencia del TSJ de Madrid de 17.1.2005³², lo afirma con total rotundidad: “la realización de técnicas de preparación al parto implica una actividad reservada a la mujer, puesto que solo ella puede culminar mediante el alumbramiento el período de gestación”.

2.6.3. La coincidencia con la jornada de trabajo

El derecho a la ausencia se produce cuando los exámenes prenatales o las técnicas de preparación al parto “deban realizarse dentro de la jornada de trabajo” –artículo 37.3.f) del ET-, o, dicho en otros términos, cuando surja “la necesidad de (su) realización dentro de la jornada de trabajo” –artículo 26.5 de la LPRL-. No pudiendo el empresario, por suponer un límite a la libre opción de la trabajadora, negar el derecho por la existencia de otros centros asistenciales,

³² AS 2005\636.

diferentes al libremente escogido por ella, cuyos horarios no coincidiesen con la jornada de trabajo.

2.6.4. Duración y disfrute de ambos permisos

La duración del permiso será el tiempo indispensable en que la trabajadora haya de ausentarse, dependerá del tiempo de superposición de los exámenes prenatales o las técnicas de preparación al parto con la jornada de trabajo, incluyendo el tiempo de desplazamiento al centro asistencia y la espera que sea requerida, con la consecuente retribución de ese tiempo de desplazamiento y espera.

Como son dos permisos con distintas finalidades, son susceptibles de ser disfrutados “en días diferentes, y teniendo en cuenta, además, que no se limita el número de estos permisos, siendo indiferente que, por ejemplo, la trabajadora se ausente por dos días consecutivos ... (o) ambos en la misma jornada de trabajo, de forma continua o discontinua, según los casos”. Por lo demás, y dependiendo del tiempo de superposición, “la trabajadora podrá hacer uso del permiso tanto inmediatamente antes del inicio de la jornada, incorporándose después, como después de iniciada aquella” (Sánchez Trigueros, C., 1998).

2.6.5. Carácter íntegro de la retribución

El carácter retribuido del permiso para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, que se reconoce de una manera expresa en el artículo 37.3.f) del ET y en el artículo 26.5 de la LPRL, ha sido ratificado con especial intensidad por la doctrina judicial de suplicación. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 2.11.2004³³ consideró “vulneración del derecho a la igualdad, existiendo discriminación por razón de sexo” el descuento a la trabajadora de determinados pluses salariales de absentismo y turnicidad a causa de la utilización del permiso para realización de exámenes prenatales. Otra STSJ de Madrid de 17.1.2005³⁴ consideró incluida en la retribución del permiso para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto unos pluses de productividad, actividad y desplazamiento –se supone que salariales-, argumentando que el permiso para exámenes prenatales está previsto con carácter retribuido en la norma comunitaria, que la legislación interna construyó en paralelo el permiso para técnicas de preparación al parto y que, en ambos

³³ AS 2004\3366.

³⁴ AS 2005\636.

casos, otra solución conduciría a una discriminación salarial contra la mujer “ya que se le haría perder parte de su salario por concurrir en ella una circunstancia que jamás podría darse en el varón”. El mantenimiento íntegro de la retribución favorece la eficacia en términos de conciliación de estos permisos.

2.7. Permisos autónomos de conciliación en la negociación colectiva

Se encuentran en la negociación colectiva algunos ejemplos de derechos de conciliación dirigidos a interrumpir temporalmente, con o sin retribución, la prestación laboral que podríamos denominar como permisos autónomos en el sentido de que no son mejora ni desarrollo de ninguno de los permisos de conciliación legalmente establecidos (Núñez-Cortés Contreras, P y Lousada Arochena, J.F, 2015). De manera no exhaustiva, se pueden enumerar los siguientes supuestos:

1º. El permiso para acudir a consulta médica es, muy probablemente, el más paradigmático permiso autónomo de conciliación establecido en la negociación colectiva en la medida en que no encuentra anclaje en ninguno de los permisos de conciliación legalmente establecidos. Tanto si se trata de consulta médica del propio trabajador/a como si se trata de consulta médica del hijo/a, cónyuge o familiar a quien acompaña, su finalidad conciliatoria resulta evidente, aunque en el primer caso se proyecta sobre la vida personal mientras en el segundo se proyecta sobre la vida familiar. Los condicionantes introducidos en la negociación colectiva para el disfrute de este permiso para acudir a consulta médica son muy variados, pudiéndose citar entre los condicionantes más habituales: que el médico de que se trate sea de la sanidad pública³⁵ que no sea posible acudir en periodos de descanso³⁶, que se aporte volante u otras justificaciones³⁷ o, en el supuesto de acompañar a otras personas, la variedad de condi-

³⁵ En este sentido, el artículo 46 del Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, BOE de 23.12.2013, expresamente exige que el destino del permiso sea “acudir a la visita del médico de cabecera o del médico especialista de la seguridad social o entidad concertada por la misma”.

³⁶ En este sentido, el artículo 30.1.g) y h) del Convenio colectivo del sector de la mediación de seguros privados, BOE de 19.8.2013, solo conceden el permiso “por el tiempo necesario”, y agregando que “los trabajadores procurarán adaptar, cuando así resulte posible, sus horas de visitas médicas a sus tiempos de descanso”. Precisiones semejantes encontramos en el artículo 41.j) del V Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, BOE de 13.5.2014. Y el artículo 46 del Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, BOE de 23.12.2013, exige, para poder disfrutar del permiso retribuido, que la consulta “no pueda realizarse fuera de las horas de trabajo”.

cionantes se completa con la concreción de a quienes se puede acompañar, siendo los supuestos más típicos los hijos/as menores³⁸ y los ascendientes que no puedan valerse por sí mismos³⁹ o cláusulas de delimitación incluso algo más amplias⁴⁰ El permiso suele adoptar fórmulas abiertas, como su concesión por el tiempo necesario⁴¹ un crédito de horas anual⁴², o la modalidad de licencias no retribuidas compensables⁴³

2º. Al lado de este permiso para acudir a consulta médica, la negociación colectiva conoce múltiples permisos retribuidos vinculados a situaciones muy concretas de la vida personal y familiar. Por ejemplo, el matrimonio de hijos/as

³⁷ En este sentido, el artículo 30.1.g) y h) del Convenio colectivo del sector de la mediación de seguros privados, BOE de 19.8.2013, exige, cuando se trata de permiso para acudir a la consulta del médico de la Seguridad Social, “que se justifique esta necesidad mediante volante facultativo”, y cuando se trata de permiso para acudir a la consulta del médico privado, “presentar el correspondiente justificante médico”.

³⁸ En este sentido, el artículo 30.1.g) y h) del Convenio colectivo del sector de la mediación de seguros privados, BOE de 19.8.2013, se refiere como únicos parientes a acompañar a “hijos menores de edad”.

³⁹ En este sentido, el artículo 46 del Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, BOE de 23.12.2013, se refiere como posibles parientes a acompañar a “hijos menores de ocho años y ... mayores de primer grado de consanguinidad que no puedan valerse por sí mismos”.

⁴⁰ En este sentido, el artículo 48.1 del III Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, BOE de 2.10.2014, alude a “ascendientes o descendientes que convivan” con los trabajadores.

⁴¹ En este sentido, el artículo 30.1.g) y h) del Convenio colectivo del sector de la mediación de seguros privados, BOE de 19.8.2013, y el artículo 41.j) del V Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, BOE de 13.5.2014, se refieren a “el tiempo necesario”. El artículo 24.i) del Convenio colectivo del sector del autotaxi, BOE de 20.3.2014, se refiere a “el tiempo indispensable para el acompañamiento de hijos/as menores de 8 años y personas dependientes a la asistencia sanitaria”.

⁴² En este sentido, el artículo 41.j) del V Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, BOE de 13.5.2014, concede derecho a un máximo de 35 horas retribuidas al año.

⁴³ En este sentido, el artículo 46 del Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, BOE de 23.12.2013, mientras que, cuando se trata de acudir el trabajador/a a la visita de su médico, se establece un crédito de 18 horas anuales retribuidas, cuando se trata de acompañar el trabajador/a a la visita del médico de hijos menores de ocho años o mayores de primer grado de consanguinidad que no puedan valerse por sí mismos, el permiso, como, no tiene una duración fijada, no es un permiso retribuido, pudiéndose “negociar con la empresa mecanismos de compensación horaria”.

o determinados parientes⁴⁴ el acompañamiento a familiares en determinadas circunstancias –si sufren alguna discapacidad⁴⁵ o si se trata de hijos menores de 8 años con enfermedad infecto contagiosa⁴⁶, la realización de trámites de adopción o acogimiento⁴⁷ la asistencia a reuniones relacionadas con la discapacidad de un hijo⁴⁸ o la asistencia del trabajador a firma de documentos notariales necesarios para la adquisición y/o venta de vivienda⁴⁹

⁴⁴ El permiso por matrimonio o boda de parientes, limitado a un día natural y usualmente al de la boda, se concede: (1) en el artículo 28.k) del Convenio colectivo para el sector de agencias de viajes, BOE de 22.8.2013, “(por) boda de padres, hijos/as o hermanos/as, incluso con parentesco político siempre y cuando aquella se celebre en territorio español: el día de la boda”; (2) en el artículo 29.1.g) del Convenio colectivo estatal de naturopatía y profesionales naturópatas, BOE de 28.8.2013, “un día por matrimonio de hijos o padres”; (3) en el artículo 24.c) del Convenio colectivo del sector del autotaxi, BOE de 20.3.2014, “un día natural por matrimonio de hermanos/as, hijos/as y padres, coincidente con el día de la boda”; (4) en el artículo 27.2.c) del Laudo arbitral para oficinas de farmacia, BOE de 8.5.2014, “por matrimonio de los hijos, hermanos o cualquiera de los padres el día de la boda”; o (5) en el artículo 37.6 del Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías, BOE de 2.10.2014, “un día por matrimonio de pariente hasta primer grado de consanguinidad o afinidad”.

⁴⁵ Se concede “el tiempo necesario para acompañar a familiares de primer grado con discapacidad física o psíquica y así resulte acreditado”, exigiendo que “el uso de este permiso o licencia deberá ser preavisado al empresario con la suficiente antelación, salvo razones de fuerza mayor o de urgencia”, en el artículo 29.1.g) del Convenio colectivo estatal de naturopatía y profesionales naturópatas, BOE de 28.8.2013.

⁴⁶ Se concede “el tiempo indispensable para cuidado de hijos menores de 8 años aquejados de enfermedad infecto-contagiosa” en el artículo 24.j) del Convenio colectivo del sector del autotaxi, BOE de 20.3.2014.

⁴⁷ Se concede “un permiso no retribuido de 15 días naturales para la realización de trámites de adopción o acogimiento (y) en los casos de adopción o acogimiento internacionales podrán, solicitar una excedencia voluntaria, con reserva del puesto de trabajo, por el tiempo necesario y, en ningún caso, superior a dos meses para conseguir el buen fin de la operación” en el artículo 44.3 del Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, BOE de 23.12.2013. De manera semejante, se concede un permiso retribuido de “hasta tres días al año para la realización de trámites de adopción o acogimiento (y) cuando para los mismos sea necesario desplazarse al extranjero, por el tiempo necesario, debidamente justificado”, en el artículo 24.k) del Convenio colectivo del sector del autotaxi, BOE de 20.3.2014.

⁴⁸ Se concede a “los trabajadores con hijos discapacitados ... un permiso retribuido (del que no se especifica duración, sobreentendiendo es por el tiempo necesario) para asistir a reuniones de coordinación ordinaria con finalidades psicopedagógicas con el centro de educación especial o de atención precoz, donde reciba tratamiento el hijo o hija, o bien para acompañarlo si ha de recibir soporte adicional en el ámbito sanitario que haya de efectuarse dentro de su jornada laboral”, en el artículo 41.i) del V Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, BOE de 13.5.2014.

⁴⁹ Se concede “un día al año por asistencia a firmas de documentos notariales necesarios

3º. No faltan ocasiones en que, por las anteriores causas u otras semejantes, se conceden permisos sin sueldo o licencias no retribuidas, que precisamente debido a la ausencia de retribución-, son de mayor duración⁵⁰

4º. Otro permiso autónomo de conciliación establecido en la negociación colectiva que, en contraposición a los anteriores, presenta la ventaja de que no tiene límites causales, es el de asuntos propios, que, por su propia denominación, que obviamente, puede canalizar necesidades derivadas de la vida familiar. Se trata de un permiso de innecesaria justificación. Ahora bien, aunque veces se concede sin mayores precisiones⁵¹ suele rodearse de exigencias varias con la finalidad de no afectar a la producción y poder conjugar el derecho de la persona trabajadora con las necesidades de la empresa, como la prohibición de unión a otros descansos, la necesidad de una antelación especial respecto a la general indeterminada exigible a los demás permisos⁵².

para la adquisición y/o venta de vivienda, siempre que el trabajador deba hacerlo personalmente y coincida con su horario de trabajo en el artículo 31.12.b) del Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías, BOE de 2.10.2014.

⁵⁰ Un buen ejemplo de licencias no retribuidas es el artículo 42 del V Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, BOE de 13.5.2014, que dice que “los trabajadores podrán disfrutar anualmente de un permiso no retribuido de hasta un mes de duración, para: 1. El cuidado de un hijo menor de 8 años o de un ascendiente, que conviva con el trabajador, no desempeñe ninguna actividad retribuida y sufra de un grado severo de dependencia, en el supuesto de que dichos hijos o ascendientes sufran una enfermedad aguda grave u hospitalización. 2. Someterse a técnicas de reproducción asistida. 3. El traslado al extranjero para realizar los trámites de una adopción internacional”.

⁵¹ En este sentido, el artículo 24.m) del Convenio colectivo del sector del autotaxi, BOE de 20.3.2014, contempla un permiso retribuido de “dos días de asuntos propios sin justificar” que, al no contener especificaciones sobre el previo aviso, se somete al previo aviso general exigible a todos los permisos. Tal permiso retribuido se completa con el del artículo 24.n), donde se establece que “todo/a trabajador/a, avisando con la posible antelación tendrá derecho al disfrute de tres días de permiso no retribuido al año”.

⁵² Un ejemplo donde aparecen todas las exigencias detalladas en el texto principal es el artículo 27.2.g) del Laudo arbitral para oficinas de farmacia, BOE de 8.5.2014, donde se establece un permiso retribuido de “un día para asuntos propios, que disfrutará con las siguientes particularidades: 1. No podrá acumularse a las vacaciones anuales ni a los puentes, salvo acuerdo en contrario. 2. No podrá disfrutarse en la misma fecha por dos empleados/as del mismo centro de trabajo, salvo acuerdo en contrario. En caso de desacuerdo tendrá preferencia el empleado que primero lo haya solicitado. La solicitud de dicho día de asuntos propios habrá de hacerla el personal con una antelación mínima de una semana, salvo causa de fuerza mayor que justifique la falta de preaviso y siempre garantizando la cobertura del servicio”.

5º. Las licencias no retribuidas sin exigencia de justificación, que se regulan en algunos convenios colectivos⁵³, presentan ciertas semejanzas con el permiso retribuido por asuntos propios, en concreto, la reserva del puesto de trabajo y la falta de necesidad de justificación, a la par que ciertas semejanzas con la excedencia voluntaria, en concreto, su amplia duración temporal y la habitual exigencia de cierta antigüedad en la empresa.

2.8. Propuesta de mejora normativa: el “crédito horario para conciliar o cuenta de conciliación” y sus características básicas

Se plantea una propuesta de mejora normativa consistente en el reconocimiento legal de una nueva figura cuyos precedentes, se encuentran en la negociación colectiva. Esta nueva figura tomaría como referencia a algunos de los permisos denominados permisos autónomos de conciliación, estudiados en el apartado anterior, reconocidos en los convenios colectivos en los que se utilizan modos abiertos y flexibles de concesión de un tiempo retribuido con finalidad conciliatoria, mediante expresiones como la concesión “del tiempo necesario”⁵⁴; o un “crédito de horas anual”⁵⁵.

Esta nueva figura cuyo reconocimiento normativo se propone se ha denominado “crédito horario para conciliar o cuenta de conciliación”. Se describen aquí sus rasgos básicos, dejando para un estudio posterior, su caracterización en mayor profundidad. Consistiría en el derecho genérico reconocido en sede normativa de la persona trabajadora a ausentarse del trabajo sin pérdida de retribución para conciliar; tales ausencias que habrán de ser avisadas y justificadas

⁵³ Un ejemplo de licencia sin retribución aparece en el artículo 30 bis del III Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, BOE de 2.10.2014, según el cual “el personal de plantilla fijo, con al menos un año de antigüedad en la empresa, podrá solicitar una licencia sin salario de una duración mínima de un mes y máxima de un año, con derecho a la reserva de su puesto de trabajo”, bajo las siguientes exigencias: se solicitará con antelación mínima de 30 días a la fecha de inicio de su disfrute; solo se podrá prorrogar una vez, con preaviso de 15 días como mínimo antes de la fecha de finalización; no se concederá para trabajar o colaborar con empresas de la competencia; y no podrá solicitarse una nueva licencia hasta transcurrido un año desde la incorporación al trabajo desde la última disfrutada.

⁵⁴ En este sentido, el artículo 41.j) del V Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, BOE de 13.5.2014, concede derecho a un máximo de 35 horas retribuidas al año.

⁵⁵ En este sentido, el artículo 41.j) del V Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, BOE de 13.5.2014, concede derecho a un máximo de 35 horas retribuidas al año.

por la persona trabajadora habrían de estar conectadas con motivos familiares o personales y tendrían una duración equivalente a la de los denominados “permisos por acontecimientos familiares” (las seis figuras estudiadas a las que habría que añadir el permiso de reciente creación para acudir a sesiones informativas en caso de adopción⁵⁶, a los que sustituiría, mediante una especie de reagrupación cuantitativa de los mismos, presentando frente a éstos la ventaja de que se trataría de un derecho de conciliación abierto lo que incrementaría las facultades de auto organización de la persona que lo disfruta que decidiría los motivos y el momento en que lo utiliza de manera que si no se consumiese por algún motivo podría disfrutarse con posterioridad cuando la utilidad percibida por la persona del uso del derecho sea mayor. Este derecho le acompañaría a lo largo de la vida laboral.

Se propone que el coste de este nuevo derecho de conciliación deje de recaer en el empresario para ser asumido por el Estado con un modelo similar al de la financiación de la formación para el empleo. Para su financiación, anualmente, desde el primer día del ejercicio presupuestario, las empresas dispondrían de un “crédito de conciliación”, que pueden hacer efectivo mediante bonificaciones en las correspondientes cotizaciones empresariales a la Seguridad Social, el importe de este crédito de conciliación se va a obtener en función de las cuantías ingresadas por cada empresa el año anterior en concepto de cotizaciones a la Seguridad Social y el porcentaje que, en función de su tamaño, se establezca en la Ley de Presupuestos Generales de cada ejercicio (Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral).

En el escenario que se propone todas las empresas participarían con sus propios recursos en alguna medida en la financiación del “crédito horario o

⁵⁶ La Disposición final tercera de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ha supuesto la modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

Se modifica la letra f) del apartado 3 del artículo 37 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, introduciendo un nuevo permiso retribuido y queda redactado como sigue:

“f) Por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto y, en los casos de adopción o acogimiento, o guarda con fines de adopción, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, siempre, en todos los casos, que deban tener lugar dentro de la jornada de trabajo.”

cuenta de conciliación” en porcentajes distintos en función de su tamaño, es decir la cofinanciación por parte de las empresas sería obligatoria si bien los porcentajes de cofinanciación sería mínimos y podrían tomar como referencia los mismos que se establecen para la formación para el empleo por la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, y que se detallan a continuación en la imagen siguiente

Porcentajes de cofinanciación de la formación para el empleo programada por las empresas

PLANTILLA	PORCENTAJE DE COFINANCIACIÓN PRIVADA
De 1 a 9 Trabajadores	5%
De 10 a 49 Trabajadores	10%
De 50 a 249 Trabajadores	20%
De 250 o más Trabajadores	40%

No obstante se propone que en el caso del “crédito o cuenta de conciliación” si bien el porcentaje habría de ser progresivo, se considera excesivo el porcentaje del 40 por ciento para empresas de más de 250 trabajadores, en nuestra propuesta se reconduciría al 25 por ciento.

El análisis empírico realizado reflejó el mayor acuerdo de las personas encuestadas respecto a esta propuesta de mejora normativa que se plantea.

Con esta fórmula, las empresas llegarían ahorrarse hasta el 60% del coste de los permisos por acontecimientos familiares cuando tengan más de 250 trabajadores, el 80% cuando tengan hasta 249 trabajadores, el 90% cuando tengan menos de 50, y el 95% cuando tengan menos de 10 trabajadores.

Una caracterización en mayor profundidad del “crédito horario o cuenta de conciliación” exigiría realizar una encuesta entre las empresas para comprobar la valoración que éstas hacen de dicha propuesta

3. ANÁLISIS EMPÍRICO DE LA EFICACIA DE LOS “PERMISOS POR ACONTECIMIENTOS FAMILIARES”

La primera cuestión que es necesario abordar es definir el concepto de eficacia de un instrumento de conciliación. Recordemos que la Real Academia de la Lengua Española (R.A.E) define la eficacia como “la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”. En tal sentido se entendió que una medida de conciliación era tanto más eficaz, cuanto más utilizada haya sido, por aquellas personas que se encuentran en la situación que da derecho al uso de la misma, y mejor la valoren en cuanto a su utilidad para la conciliación. Aunando estos tres elementos, recogidos en la encuesta en tres preguntas⁵⁷, se creó un conjunto de índices sintéticos que se denominaron I_i , dónde i toma valores desde 1 hasta 6, representando cada una de las medidas contempladas en el conjunto de las denominadas como permisos retribuidos por acontecimientos familiares (cuando $i=1$ representa el índice de eficacia del permiso por matrimonio; $i=2$ representa el índice de eficacia del permiso por nacimiento; $i=3$ representa el índice de eficacia del permiso por infortunio; $i=4$ representa el índice de eficacia del permiso por traslado de domicilio habitual; $i=5$ representa el índice de eficacia del permiso para realización de exámenes prenatales; e $i=6$ representa el índice de eficacia del permiso para realizar técnicas de preparación al parto).

$$I_{ij} = S_{ij} * D_{ij} * V_{ij}$$

Donde:⁵⁸

El subíndice “j”, representa a cada una de las personas encuestadas, por lo que toma valores desde 1 a 296, que es el número de encuestas válidas recibidas.

⁵⁷ Una pregunta era relativa a si alguna vez había estado en la situación que da derecho al uso de la medida de conciliación, tomando el valor 0, si no lo había estado y el valor 1 en caso afirmativo. Otra pregunta versaba sobre si había utilizado la medida tomando valor 1, si no la había utilizado y 2, en caso de que la hubiese utilizado; por último se le pedía que valorase en una escala de 5 posiciones en la que 1, es muy inútil y 5 muy útil, la medida en para la conciliación.

⁵⁸ V.g. $I_{1,45} = S_{1,45} * D_{1,45} * V_{1,45}$, representa el valor del índice de eficacia del permiso por matrimonio ($i=1$), para la persona encuestada número 45 ($j=45$), que se obtendrá multiplicando la variable situación S_{ij} , es decir, respecto al matrimonio, la persona j , se casó? (si se casó toma valor 1 y si no lo hizo, valor 0). El siguiente factor es la variable disfrutar el permiso D_{ij} (si disfrutó el permiso la variable toma valor 2, si no lo disfrutó, toma valor 1). Por último, el tercer factor es V_{ij} variable que recoge la valoración que la persona encuestada hace de la utilidad de este permiso, para la conciliación (toma valores que van desde el 0, cuando el encuestado considera inútil el permiso, hasta el 5 cuando el encuestado considera que es muy útil para la conciliación). Así, si la persona encuestada, estuviese casada, hubiese disfrutado el permiso por matrimonio y valorase como muy útil éste permiso para la conciliación, el índice tomaría el valor $I_{1,45} = 1 * 2 * 5 = 10$.

- I_{ij} representa el valor del índice de eficacia de la medida i -ésima;
- S_{ij} representa la variable que muestra la situación de la persona encuestada j -ésima, respecto a la medida de conciliación i -ésima;
- D_{ij} representa la variable que indica si la persona j -ésima disfrutó de la medida e conciliación i -ésima; y
- V_{ij} representa la variable que recoge la información de cómo valora la persona j -ésima, la medida i -ésima en cuanto a su utilidad para la conciliación.

Tal y como se acaba de describir en los apartados correspondientes, recordemos antes de iniciar el análisis empírico que las causas que originan los permisos por acontecimientos familiares son variadas, en numerosas ocasiones ampliadas por la doctrina judicial en una interpretación extensiva y también por la negociación colectiva; se trata de situaciones extremadamente frecuentes, y los beneficiarios son varios, la tendencia de la doctrina judicial y de la negociación colectiva es asimismo extender el colectivo de personas trabajadoras que pueden disfrutarlos. Casi todos los permisos son de titularidad indistinta, salvo el permiso por nacimiento y el permiso para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, lo que favorece su utilización. Son retribuidos y con escasos requisitos formales para su disfrute. Todos ellos son de corta duración y por tanto no implican ningún coste personal ni económico para el trabajador, ya que no ponen en peligro su estabilidad en el empleo. Ni tampoco un excesivo coste organizativo para el empresario.

Los permisos por acontecimientos familiares (matrimonio, nacimiento, infortunio, mudanza, exámenes prenatales y preparación al parto) son los más conocidos por los potenciales beneficiarios de entre las medidas de conciliación existentes en nuestro ordenamiento laboral; entre ellos, los permisos para exámenes prenatales y para preparación al parto son los menos conocidos, no llegando a la mitad la proporción de personas encuestadas que manifiestan conocerlos de una muestra representativa de 288 personas, de los cuales 157 son hombres (54,5%) y 131 mujeres (45,5%)⁵⁹ Cabe señalar que 150 encuestados (50,7%) utilizaron el permiso por matrimonio, 135 (45,6%) el permiso por naci-

⁵⁹ La composición de la muestra se describe a continuación. Hay 157 hombres (54,5%) y 131 mujeres (45,5%), en ocho cuestionarios no contestaron a esta pregunta; con edades que van desde los 25 años a los 69, con una edad media de casi 43 años (42,89). con edades que van desde los 25 años a los 69, con una edad media de casi 43 años (42,89). En cuanto a la situación laboral, han contestado 62 autónomos (21,6%), 43 funcionarios (15%) y 182 asalariados (61,5%). Son

miento, 115 (38,9%) el permiso por infortunio (que comprende un conjunto de situaciones que van desde permisos por enfermedad de familiares a muerte, pasando por la intervenciones quirúrgicas). 99 encuestados (33,4%) utilizaron el permiso por traslado de domicilio habitual y 53 (17,9%) el permiso para exámenes prenatales.

TABLA 1: CONOCIMIENTO DE LOS PERMISOS DE CONCILIACIÓN POR ACONTECIMIENTOS FAMILIARES

Medida de conciliación	UTILIZA				No contesta	
	Sí	%	NO	%	N.C.	%
Permiso de matrimonio	265	89,5	25	8,4	6	2,1
Permiso de nacimiento	259	87,5	26	8,8	11	3,7
Permiso por infortunio	256	86,5	32	10,8	8	2,7
Permiso por mudanza	253	85,4	39	13,2	4	1,4
Permiso exámenes prenatales	143	48,3	144	48,6	9	3,0
Permiso preparación parto	125	42,2	164	55,4	7	2,4

Fuente: Elaboración propia.

Tanto el permiso por matrimonio como por nacimiento de hijo son, sin duda, los más utilizados. Casi la mitad de la población, los utiliza o ha utilizado, mientras que el resto de permisos lo son por menos de la mitad de la muestra. En la tabla 2 se muestra la proporción de personas encuestadas que los utilizaron, no utilizaron o no contestaron a esta pregunta.

cifras que no se diferencian mucho de las existentes para el conjunto de la población ocupada española, un dato más que avala la representatividad de la muestra obtenida. El tamaño de las empresas en las que trabajan las personas que han contestado el cuestionario es: 67 (23,8%) trabajan en micro empresas, 41 (14,5%) en pequeñas empresas, 48 (17%) en mediana empresa y 125 (44,3%) en grandes empresas. Estos resultados, aunque no son acordes con la estructura económica de España sí lo son con el perfil seleccionado para encuestar. La naturaleza de la investigación y el propio método de obtención de la información aconsejaban un nivel de formación alto de los encuestados y que estuvieran familiarizados con el uso de nuevas tecnologías.

TABLA 2: UTILIZACIÓN DE LOS PERMISOS DE CONCILIACIÓN POR ACONTECIMIENTOS FAMILIARES

Medida de conciliación	UTILIZA				No contesta	
	SÍ	%	NO	%	N.C.	%
Permiso de matrimonio	150	50,7	123	41,6	23	7,8
Permiso de nacimiento	135	45,6	140	47,3	21	7,1
Permiso por infortunio	115	38,9	165	55,7	16	5,4
Permiso por mudanza	99	33,4	185	62,5	12	4,1
Permiso exámenes prenatales	53	17,9	223	75,3	20	6,8
Permiso preparación parto	31	10,5	248	83,8	17	5,7

Fuente: Elaboración propia.

Una posible explicación del uso de los instrumentos de conciliación, puede estar en el desconocimiento de los mismos. Por lo que se plantean un conjunto de hipótesis formuladas de la forma siguiente:

$$H_{1,i}: \text{El desconocimiento de la medida de conciliación "i",} \\ \text{está relacionada con el uso de la medida "i"}^{60}$$

Los resultados obtenidos, al contrastar las hipótesis se muestran en la tabla 3.

⁶⁰ Para contrastar estadísticamente éste conjunto de hipótesis y que los resultados sean extrapolables al conjunto de la población, se ha utilizado el análisis estadístico de tablas de contingencia multicapa. En la capa, como condición, se ha usado la variable de situación de cada medida que se explicó anteriormente.

TABLA 3: ACEPTACIÓN Y RECHAZO DE LA HIPÓTESIS $H_{1,i}$

Hipótesis	ϕ coeficiente de contingencia	Significación	Acepta / Rechaza
$H_{1,1}$	0,330	0,000	ACEPTAR
$H_{1,2}$	0,256	0,000	ACEPTAR
$H_{1,3}$	0,320	0,000	ACEPTAR
$H_{1,4}$	0,268	0,000	ACEPTAR
$H_{1,5}$	0,482	0,000	ACEPTAR
$H_{1,6}$	0,396	0,000	ACEPTAR

Fuente: Elaboración propia.

Como puede apreciarse al observar la tabla 3, todas las hipótesis son aceptadas, lo que permite afirmar que un mayor conocimiento de las medidas de conciliación incide positivamente en el uso y disfrute de éstas.

Se formula una segunda batería de hipótesis en las que se relaciona el uso de las medidas de conciliación por motivos familiares con el sexo de las personas encuestadas. Las hipótesis adoptan la forma:

$H_{2,i}$: *El sexo de la persona encuestada, está relacionada con el uso de la medida de conciliación "i"*⁶¹

Solamente se han analizado los instrumentos de conciliación de titularidad indistinta que son todos menos el de nacimiento, exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, puesto que en no tendría sentido hacerlo de otra forma. Los resultados del test de hipótesis se muestran a continuación (tabla 3).

⁶¹ Para contrastar estadísticamente éste conjunto de hipótesis y que los resultados sean extrapolables al conjunto de la población, se ha utilizado el análisis estadístico de tablas de contingencia.

TABLA 4: ACEPTACIÓN Y RECHAZO DE LA HIPÓTESIS $H_{2,i}$.

Hipótesis	ϕ coeficiente de contingencia	Significación	RESULTADO
$H_{2,1}$ (matrimonio)	0,011	0,902	RECHAZAR
$H_{2,2}$ (infortunio)	0,007	1	RECHAZAR
$H_{2,3}$ (mudanza)	0,013	0,900	RECHAZAR

Fuente: Elaboración propia.

En la tabla 4 se observa que todas las hipótesis son rechazadas, es decir no se puede afirmar que el sexo esté relacionado el uso de las medidas, o lo que es lo mismo, las mujeres no utilizan más estas medidas de conciliación que los hombres.

Se podría decir que la titularidad indistinta de estos permisos (matrimonio, mudanza e infortunio) aumenta la eficacia de los mismos, no siendo el sexo el factor de explicación de un mayor o menor uso de los permisos.

Cabría esperar que en aquellas empresas en las que esté mal visto el uso de las medidas de conciliación, inhibirán a las personas que trabajen, en el disfrute de las mismas. Para estudiar ésta posible relación se han definido las siguientes hipótesis:

$H_{3,i}$: *La percepción de la persona encuestada "j" de que solicitar permisos le puede afectar a su carrera profesional está relacionada con el uso de la medida de conciliación "i"*⁶²

Solamente se han analizado los instrumentos de conciliación de titularidad indistinta, que son todos menos el de nacimiento, exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, puesto que no tendría sentido hacerlo de otra forma. Los resultados del test de hipótesis se muestran a continuación (tabla 5).

⁶² Para contrastar estadísticamente éste conjunto de hipótesis y que los resultados sean extrapolables al conjunto de la población, se ha utilizado el análisis estadístico de tablas de contingencia.

TABLA 5: ACEPTACIÓN Y RECHAZO DE LA HIPÓTESIS $H_{3,i}$.

Hipótesis	χ^2	Significación	RESULTADO
$H_{3,1}$ (matrimonio)	8,704	0,069	RECHAZAR
$H_{3,2}$ (infortunio)	0,965	0,915	RECHAZAR
$H_{3,3}$ (mudanza)	2,944	0,567	RECHAZAR

Fuente: Elaboración propia.

Como puede observarse en la tabla 4, las tres hipótesis se rechazan, lo que evidencia que no hay relación entre la solicitud de permisos y que el trabajador perciba que le puede afectar a su carrera profesional, aún a pesar, de que hay un nutrido número de personas encuestadas que se manifiestan de acuerdo o muy de acuerdo con que la solicitud de permisos puede afectar a su carrera profesional (A la pregunta cree que la solicitud de permisos le puede afectar a su carrera profesional?, el 8,8% manifestaron estar en total desacuerdo, el 8,4% en desacuerdo, el 16,6% se manifestaron indiferentes, el 27,7% de acuerdo y el 34,8% totalmente de acuerdo).

Una cuestión interesante consistiría en estudiar la relación entre la suficiencia en la duración de los permisos por acontecimientos familiares y la eficacia de los mismos. Para ello formulamos la siguiente hipótesis:

H_4 : *La eficacia de las medidas de conciliación por motivos familiares está relacionada con la percepción de suficiencia de la duración de los distintos permisos.*⁶³

Conocidos los índices de eficacia de cada medida, es posible calcular un índice de eficacia conjunta, obtenido por agregación de los seis índices (I_{AG})⁶⁴.

⁶³ Para contrastar ésta hipótesis se utilizará el modelo ANOVA, que permite determinar si los distintos grados de acuerdo con la suficiencia temporal de los permisos, conlleva mayores niveles de eficacia conjuntas de los instrumentos de conciliación por razones familiares.

⁶⁴ Este índice representa la eficacia de las medidas de los instrumentos de conciliación. Se obtendrá por agregación de los anteriormente citados $I_{AGj} = I_{1j} + I_{2j} + I_{3j} + I_{4j} + I_{5j} + I_{6j}$.

Contrastada la hipótesis, se rechaza, con un nivel de significación 0,762. Es decir, no existe relación entre la percepción de suficiencia temporal del conjunto de permisos por razones familiares y el índice de eficacia de éste conjunto de medidas de conciliación.

El último objetivo que se estableció, como se recogió en párrafos anteriores, es conocer el grado de acuerdo o desacuerdo de las personas encuestadas con la existencia de un crédito horario de conciliación para cubrir las necesidades familiares.

En el cuestionario, se incluyó una pregunta relativa al grado de acuerdo o desacuerdo de las personas encuestadas, respecto a la creación de un “crédito horario para la conciliación” equivalente en duración a los derechos actualmente reconocidos que consisten en ausencias (dejando al margen las reducciones de jornada) y que los sustituyese siendo de libre disposición de la persona trabajadora y que la acompañara desde el inicio al fin de su vida laboral. Las respuestas se recogen en la tabla 6.

TABLA 6: RESPUESTAS A LA PREGUNTA SOBRE VALORACIÓN DE UN CRÉDITO HORARIO PARA LA CONCILIACIÓN

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos				
Total desacuerdo	12	4,1	4,3	4,3
Desacuerdo	13	4,4	4,6	8,9
Indiferente	37	12,5	13,2	22,1
Acuerdo	94	31,8	33,6	55,7
Total acuerdo	124	41,9	44,3	100,0
Total	280	94,6	100,0	
Perdidos				
Sistema	16	5,4		
Total	296	100,0		

Fuente: Elaboración propia.

A la vista de los resultados obtenidos parece evidente que hay una mayor proporción de personas que están de acuerdo con ese crédito horario para la conciliación, para comprobarlo se formula la siguiente hipótesis, H_5

H_5 : La proporción de personas trabajadoras interesadas en el crédito horario es significativamente mayor que la proporción de aquellas personas que no lo están.

Para contrastar la hipótesis⁶⁵, primero se debe reducir el número de categorías en las respuesta de cinco a solo tres, agregando por un lado los que están en total desacuerdo y en desacuerdo y por otro los que están de acuerdo y totalmente de acuerdo, quedando como se muestra en la tabla 7

TABLA 7: RESPUESTAS REDUCIDAS A TRES CATEGORÍAS A LA PREGUNTA SOBRE VALORACIÓN DE UN CRÉDITO HORARIO PARA LA CONCILIACIÓN

CATEGORÍAS	NÚMERO DE RESPUESTAS	PORCENTAJE SOBRE EL TOTAL
Desfavorables (Totalmente en desacuerdo y en desacuerdo)	25	8,92
Indiferentes	37	13,21
Favorables (Acuerdo y totalmente de acuerdo)	218	77,87
TOTAL	280	100,00

Fuente: Elaboración propia.

La hipótesis se acepta con una significación de 0,000. Es mayor significativamente la proporción de personas que se muestran favorables a la existencia de "un crédito horario para la conciliación".

⁶⁵ Para contrastar la hipótesis se utilizará un test de proporciones.

4. CONCLUSIONES

Del análisis jurídico en términos de conciliación de los denominados “permisos por acontecimientos familiares”, se concluye que se trata derechos cerrados en su configuración jurídica, lo que significa que solamente protegen las necesidades de la vida personal y familiar expresamente previstas, ello presenta ventajas desde el punto de vista de la seguridad jurídica pero no siempre se acomodan de una manera flexible a las situaciones reales y a las necesidades familiares que son cambiantes a lo largo de la vida laboral.

La mayor parte de los permisos analizados son de titularidad indistinta lo que aumenta sus posibilidades de disfrute; salvo el permiso por nacimiento de hijo, de titularidad exclusivamente paterna, y los de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, que son de titularidad exclusivamente femenina. Su alto grado de individualización permite que sean disfrutados incluso de forma simultánea, circunstancia que aumenta las facultades de auto organización de sus beneficiarios.

De análisis empírico se extraen las siguientes conclusiones:

- Tanto el permiso por matrimonio como por nacimiento de hijo o hija son los más utilizados. Casi la mitad de la población, los utiliza o ha utilizado, mientras que el resto de permisos (infortunio, traslado de domicilio habitual, exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto) los son por menos de la mitad de la muestra. El mayor conocimiento de algunos de los permisos por acontecimientos familiares incide positivamente en su utilización. En este aspecto es útil el papel que pueden jugar las campañas públicas de sensibilización y la implantación de los planes de igualdad en las empresas dando a conocer las medidas de conciliación entre las personas trabajadoras.
- Se aceptan todas las hipótesis que confirman la relación entre la valoración de estos permisos y la percepción que las personas trabajadoras tienen sobre la actitud de la empresa ante la solicitud de estos tipos de medidas. Por tanto, se aprecia que el contexto socio-cultural de la persona trabajadora condiciona su utilización. La implementación de planes de igualdad en la empresa podría también mitigar estos condicionantes.
- No hay relación entre la solicitud de permisos y que el trabajador perciba que le puede afectar a su carrera profesional, aún a pesar, de que hay un

nutrido número de personas encuestadas que se manifiestan de acuerdo o muy de acuerdo con que la solicitud de permisos puede afectar a su carrera profesional (a la pregunta, “cree que la solicitud de permisos le puede afectar a su carrera profesional?”, el 8,8% manifestaron estar en total desacuerdo, el 8,4% en desacuerdo, el 16,6% se manifestaron indiferentes, el 27,7% de acuerdo y el 34,8% totalmente de acuerdo)

- Puede afirmarse que el sexo no está relacionado con la utilización de los permisos por acontecimientos familiares, o lo que es lo mismo, las mujeres no utilizan más estas medidas de conciliación que los hombres. Se podría decir que la titularidad indistinta de estos permisos y el alto grado de individualización (matrimonio, traslado de domicilio e infortunio) aumenta su eficacia, no siendo el sexo el factor de explicación de su mayor o menor utilización.
- Por último, el análisis empírico refleja el mayor acuerdo de las personas encuestadas respecto a la propuesta de mejora normativa que consistiría en la creación de un “crédito horario para la conciliación” o “cuenta de conciliación” equivalente en duración a los permisos actualmente reconocidos que los sustituyese siendo de libre disposición de la persona trabajadora y que la acompañara desde el inicio al fin de su vida laboral.
- Se propone que el coste de este nuevo derecho de conciliación deje de recaer en el empresario para asumirse por el Estado con un modelo similar al de la financiación de formación para el empleo. Si bien las empresas habrían de contribuir en a su cofinanciación con un porcentaje mínimo que sería progresivo en función de su tamaño y que oscilaría entre el 5% para las empresas entre 1 a 9 trabajadores y un máximo del 25% para las de más de 250 trabajadores.
- De esta manera, al asumir el Estado gran parte del coste económico de las medidas de conciliación, podría, en parte, evitarse la valoración negativa de las medidas en el contexto socio cultural con el consiguiente perjuicio sobre la carrera profesional de aquellas personas que las utilicen. Con esta fórmula, las empresas llegarían ahorrarse hasta el 60% del coste de los permisos por acontecimientos familiares cuando tengan más de 250 trabajadores, el 80% cuando tengan hasta 249 trabajadores, el 90% cuando tengan menos de 50, y el 95% cuando tengan menos de 10 trabajadores.

5. BIBLIOGRAFÍA

CABEZA PEREIRO, J. (2009), “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras”, en *El principio de igualdad en la negociación colectiva* dirigido por José Fernando Lousada Arochena, Comisión Consultiva Nacional Convenios Colectivos.

CASTRO ARGÜELLES, M.A. (2004), “La retribución de los permisos para exámenes prenatales”, *Aranzadi Social*, número 19.

CRUZ VILLALÓN, J. (1999), “El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (Comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número extraordinario.

FERNÁNDEZ COLLADOS, B. (2009), “La suspensión del contrato de trabajo por paternidad y el permiso retribuido por nacimiento de hijo: dos medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, diferentes y compatibles”, *Aranzadi Social*, número 3.

FERNÁNDEZ PRIETO, Marta / CABEZA PEREIRO, J. (2012), *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*, Editorial Bomarzo, Albacete.

GARCÍA ARCE, C. (2003), “Reducciones de jornada y permisos de trabajo por razones familiares”, en la obra *Mujer y Trabajo*, Editorial Bomarzo.

GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (2004), *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*, CES, Madrid, 2004.

GORELLI HERNÁNDEZ, J. (1997), *La protección por maternidad*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

- “Discapacitados: inserción social a través del empleo y principios de igualdad y no discriminación”, *Revista Derecho Social y Empresa*, suplemento extraordinario 2015.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan / MARÍN ALONSO, I. (2001), *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Ediciones Laborum.

HAIR, J. et AL (2008), *Análisis multivariante*, 5ª ed. Pearson/Prentice Hall.

LOUSADA AROCHENA, J.F (2014), *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres (Fundamentos teóricos de la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Editorial Tirant lo Blanch.

-(2000) “Las novedades en el régimen de los permisos parentales introducidas en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre”, *Actualidad Laboral*, número 25.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2004), en *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares*, Ana Rosa Argüelles Blanco / Carolina Martínez Moreno / Paz Menéndez Sebastián, CES, Madrid.

NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. y LOUSADA AROCHENA, J.F. (2015), *Jornada y derechos de conciliación*, Tecnos.

RAMÍREZ SOBRINO, J.N. y MOLINA SÁNCHEZ, H. (2014), *Lecciones de investigación de Mercados*, Delta Publicaciones.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2002), *La protección jurídico laboral de la mujer: luces y sombras*, CEDECS, Barcelona.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (1988), *Los permisos retribuidos del trabajador*, Editorial Aranzadi, Pamplona.

RAYÓN SUÁREZ, E. (1982), "Descanso semanal, fiestas y permisos", en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo VII, EDESA.

RIVAS VALLEJO, P. (1997), "Los permisos retribuidos por causa de maternidad", en RTSS, agosto-septiembre, 1997.

WOOD, J.C. (1993), *Thorstein Veblen: Critical Assesments*, Routledge.

Comentarios de Jurisprudencia

LA CONTRACTUALIZACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DEL CONVENIO COLECTIVO ESTATUTARIO: UN NUEVO PARADIGMA JUDICIAL

Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de septiembre de 2015

M^a INMACULADA BENAVENTE TORRES*

SUPUESTO DE HECHO: El Convenio Colectivo Provincial de Guipúzcoa de Limpieza de Edificios y Locales preveía en su art. 4 una vigencia de tres años (1-1-2007 a 31-12-2009), su denuncia automática a partir de 1-11-2009, y no contenía pacto expreso de ultraactividad. Constituida la comisión negociadora para la revisión del convenio colectivo el 22-4-2010, la patronal partícipe en aquéllas (ASPEL), el 17-7-2013, remitió a las centrales sindicales integrantes de la mesa negociadora (ELA, LAS, CCOO, UGT y ESK) un comunicado en el que declaraba su intención de mantener abiertas las negociaciones así como, ante la finalización de la ultraactividad del convenio sectorial provincial, que el marco jurídico de los trabajadores del sector pasaba a ser desde el 8-7-2013 el 1 Convenio Colectivo Sectorial de Limpieza de Edificios y Locales y, en lo no regulado por el mismo, el Estatuto de los Trabajadores. No obstante, en dicho comunicado declaraba igualmente que respecto a los trabajadores ya contratados se procedería a mantener sus condiciones individuales “*ad cautelan*”, en tanto los Tribunales se pronuncien sobre cuáles son los efectos de la pérdida de la ultraactividad respecto de las relaciones laborales individuales. Anunciaba igualmente que con dicha finalidad interpondría un conflicto colectivo que resuelva las dudas generadas en esta materia. Con fecha 9 de septiembre de 2013, CCOO interpuso demanda de conflicto colectivo solicitando que “*declare vigente y de obligado cumplimiento el contenido normativo del convenio colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de Gipuzkoa para todas las empresas y trabajadores afectados por el presente conflicto*”. La STSJ País Vasco de 26-11-2013, proc 43/2013, resuelve estimando en parte la referida demanda. Declara que es aplicable el art. 86.3 ET en la versión introducida por

* Prof. Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

la L 3/2012 sin apreciación de vulneración del principio de irretroactividad por cuanto éste no afecta a la proyección de los derechos hacia el futuro. E igualmente rechaza que el punto sexto del Acuerdo de 23 de mayo de la Comisión de Seguimiento del II AENC sostenga la vigencia del convenio provincial en cuestión habida cuenta de su carácter obligacional y de que constituyen meras recomendaciones referidas, por lo demás, a las fases previas al fin de la ultraactividad. Sin embargo, en las materias que no son objeto de regulación por el convenio colectivo sectorial estatal, sostiene la pervivencia de las condiciones laborales previstas en el convenio sectorial fenecido mediante su “*aplicación transitoria*” (FJ^º 4^º) y, según se hizo constar también en el fallo, “*a todos los trabajadores afectados*” y “*en tanto se suscriba por las partes negociadoras un nuevo convenio provincial del sector*”. En fecha 10 de diciembre de 2013 se dictó Auto de Aclaración de la referida sentencia, sustituyendo en su parte dispositiva y en el fundamento de derecho cuarto la expresión “*en tanto se suscriba por las partes negociadoras un nuevo Convenio Colectivo Provincial de Guipúzcoa de Limpieza de Edificios y Locales*” por la de “*en tanto se continúe negociando el Convenio Colectivo Provincial de Guipúzcoa de Limpieza de Edificios y Locales.*”

RESUMEN: La STS de 23 de septiembre de 2015, rec 209/2014, tras declarar la nulidad del Auto aclaratorio del TSJ del País Vasco, confirma la sentencia de dicho TSJ de 26 de noviembre de 2013, en aplicación de la doctrina contenida en la previa STS de 22 de diciembre de 2014, rec. 264/2014. Por consiguiente, finalizada la ultraactividad del convenio colectivo, será de aplicación el convenio colectivo superior aplicable, en este caso el sectorial estatal, y en las materias no reguladas por éste, las demás condiciones de trabajo serán las establecidas en el convenio provincial fenecido gracias a su originaria integración en los respectivos contratos de trabajo.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. ¿UN CAMBIO DE PARADIGMA?: DE NORMA A CONTRATO
3. UN PUNTO CIEGO: ¿NO ERA TEMPORAL?
4. ¿UNA INCERTIDUMBRE?: ÁMBITO MATERIAL Y SUBJETIVO
5. ¿UNA DIFICULTAD?: SU EXTINCIÓN MEDIANTE NUEVO CONVENIO

1. INTRODUCCIÓN

Progresivamente se van despejando las dudas en torno al régimen jurídico de la ultraactividad del convenio estatutario tras la reforma de 2012. Así, resulta

ya claro, a la luz de doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia –como es el caso de la sentencia impugnada- y de la Audiencia Nacional¹ y, muy en particular, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el art. 86.3 ET/2012 es de aplicación a los convenios colectivos anteriores a la reforma, como también a los denunciados con anterioridad a ella (Disp. Trans. 4ª L3/2013). También se ha declarado, aún con disidencias dentro del Tribunal, la legitimidad y plena eficacia de los pactos expresos y concretos sobre ultraactividad anteriores a la reforma e insertos en aquéllos convenios (SSTS. 17-3-2015, rec. 233/2013, 2-7-2015, rec. 1699/14, 7-7-2015, rec. 193/14 y 1699/2014, 11-11-2015, rec 225/2014 y 17-11-2015, rec. 321/2014)².

Igualmente se ha pronunciado el Tribunal Supremo sobre qué deba entenderse por “convenio superior”: es aquél que cumple –ineludiblemente- dos requisitos en relación con el convenio decaído en aplicación de los arts. 84 y 86.3 ET. Por un lado, debe ser concurrente con aquél, esto es, que dentro de su ámbito de aplicación se integren actividades o relaciones laborales incluidas en el otro. Además debe ser de ámbito superior al finado y, a más señas, que antes no se aplicase por la vigencia de dicho convenio fenecido (STS 27-11-2015, rec 316/2014). Incluso ha tenido la oportunidad de ocuparse de algún supuesto sobre cambio de unidad de negociación, sin producción de vacío alguno en el tránsito del convenio franja al general de la empresa (STS. 28-9-2015, rec 332/2014).

Las consecuencias de la pérdida de la ultraactividad del convenio sin sucesión normativa por otro convenio del mismo o distinto nivel de negociación, también tienen ya una respuesta por parte del Tribunal Supremo. Se sabe que se encuentran contractualizadas y que su modificación tiene que seguir el procedimiento previsto en el art. 41 ET (STS 22-12-2014, rec. 264/2014). No obstante, aún hoy persisten dudas trascendentes, por ejemplo, sobre el verdadero alcance material y subjetivo de aquélla, así como respecto del tratamiento de tales condiciones contractualizadas por un futuro convenio. La doctrina, por tanto, sigue sin

¹ Por todas: SSAN 31-1-2014, rec. 440/2013 y 19-11-2013, nº 206; SS. TSJ Castilla y León/Valladolid 23-7-2014, rec 1200/2014; TSJ País Vasco 18-3-2014, rec. 418/2014 y 11-2-2014, rec. 186/2014; TSJ Cataluña 12-12-2013, nº 57 y 20-3-2014, nº 15; TSJ Madrid 7-3-2014, rec. 1768/2013 y 7-12-2013, nº 154/2014; TSJ Galicia 4-2-2014, nº 906 y 29-10-2013, rec. 48/2013; TSJ La Rioja 25-6-2014, rec. 111/2014 y 23-5-2014, rec. 80/2014; TSJ Murcia 28-10-2013, nº 1030; TSJ Cantabria 4-4-2014, nº 259.

² Véase, voto particular del magistrado exmo. Sr. Antonio V. Sempere Navarro a la sentencia de la Sala de 17 de marzo de 2015, al que se han sumado en pronunciamientos posteriores por remisión otros magistrados en los respectivos votos particulares.

estar formulada de manera completa y adolece de la solidez y coherencia necesarias con el sistema de negociación colectiva y con el concepto dogmático prevalente de convenio colectivo estatutario³.

En mi opinión, en el caso analizado por la STS de 23 de septiembre de 2015 se avanza, no obstante, en la clarificación de las cuestiones señaladas. El debate de fondo del conflicto colectivo lo sitúa el Tribunal Supremo en si subsisten o no las condiciones de trabajo previstas en el convenio fenecido una vez concluido el plazo, en este caso legal, de su ultraactividad. Y arroja luz respecto al sostén de una voluntad y doctrina que nació profundamente debilitada al contar, entre otras cosas, con muy pocos apoyos en el seno del propio Tribunal⁴; para la resolución de dicha cuestión por razones de igualdad y seguridad jurídica aplica la doctrina “creada”⁵ por su sentencia de 22 de diciembre de 2014, rec. 264/2014. Sin embargo, la reiteración de los postulados sentados en aquélla no resuelve el conflicto de incoherencia que, en mi opinión, subyace en la misma, cual es afirmar que el convenio es norma y, seguidamente, aplicarlo como si de un contrato se tratase.

2. ¿UN CAMBIO DE PARADIGMA?: DE NORMA A CONTRATO

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2014, al resolver sobre los efectos del final de la vigencia ultraactiva del convenio colectivo en caso de inexistencia de convenio superior aplicable, ha reavivado el debate sobre la naturaleza del convenio y sobre los instrumentos de aplicación del mismo. Y entiendo que esto es así, no tanto por la solución concreta adoptada de conservación del salario, sino por la forma en que lo ha hecho, que parece generalizarla, como confirma la sentencia objeto de nuestro comentario, al menos a toda obligación o derecho regulado en el convenio colectivo fenecido, y en especial por los argumentos que utiliza.

³ También en este sentido considera estrepitosamente errada la argumentación, aún cuando comparte la solución de la contractualización de todos los derechos y obligaciones fijados por el convenio, si bien basada en principios tales como la equivalencia de las prestaciones, la conservación del negocio jurídico, deberes de protección de la buena fe, etc y por cuanto la Ley sólo puede eliminar el valor normativo del pacto pero no el contractual: Molina Navarrete, C, “Lagunas y antinomias del régimen legal de ultraactividad de convenios: líneas de integración y corrección por el «Derecho vivo»”, Trabajo y Derecho, nº 2, febrero, 2015, págs. 81 y 82.

⁴ Véase: Palomeque López, MC, “Los votos particulares”, RGDTSS, nº 40, mayo, 2015.

⁵ De “jurisprudencia creativa” la calificó: Ojeda Avilés, A, “Encontrar la solución en un criterio clásico”, RGDTSS, nº 40, mayo, 2015.

Tras la reforma del art. 86 ET por el RDL 3/2012 y posterior Ley 3/2012, en defecto de pacto en contrario, el apartado tercero de dicho precepto establece el límite a la vigencia ultraactiva del convenio colectivo estatutario sin previsión expresa de cuáles serán las consecuencias para el caso en que no exista convenio colectivo superior que lo sustituya. Con objeto de resolver dicha cuestión se propugnaron distintas soluciones, que como expone el propio Tribunal Supremo se podían agrupar en dos grandes tesis: las “*conservacionistas*” y las “*rupturistas*”. Las “*conservacionistas*” o contractualistas propugnaron, en términos del Tribunal, que “*los respectivos derechos y obligaciones de las partes que 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*”. Por el contrario, las tesis rupturistas defendieron que “*dichos derechos y obligaciones de las partes pasarán a regirse exclusivamente por las normas estatales legales y reglamentarias, haciendo tabla rasa de las condiciones laborales existentes con anterioridad en el ámbito del convenio colectivo fenecido*”. La sentencia de 2014 no reconoce una independencia conceptual a la tesis mixta o intermedia, que es la que propugna la contractualización y consiguiente mantenimiento –sólo- de las condiciones esenciales del contrato previstas en el convenio extinto. Por el contrario, la concibe tan sólo como una versión moderada de la tesis “*rupturista*”, propugnada “*para intentar paliar las indeseables consecuencias de la imprevisión normativa-*”, de manera “*que al menos determinadas condiciones deberían quedar subsistentes (entre otras, salario, tiempo y clase de trabajo) para del tal modo evitar que el contrato quede sin causa*”. No deja de ser llamativo que el Tribunal, en su clasificación, exposición y denominación de las referidas posturas, se centre en las consecuencias de las diferentes opciones y omita las razones jurídicas de cada una de ellas. Como señala uno de los votos particulares, “*no cabe descartar la solución a un problema jurídico porque desagraden las consecuencias*”, que es lo que verdaderamente da soporte a la sentencia mayoritaria, no tanto por su consideración expresa –la equidad también es una razón-, como por la fragilidad de los demás argumentos que la sostienen⁶.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 2014, y como reitera expresamente en esta de 2015, asume las consecuencias defendidas por las tesis “*conservacio-*

⁶ Voto particular que formula el magistrado Excmo. Sr. Don Antonio V. Sempere Navarro a la sentencia dictada en el recurso de casación 264/2014 y al que se adhieren el presidente Excmo. Sr. Don Jesús Gullón Rodríguez y los magistrados Excmos. Sres. Don José Luis Gilolmo López, Don José Manuel López García de la Serrana y Don Jesús Souto Prieto.

nistas”. Pero las razones jurídicas esgrimidas por aquél son propias, originales. El Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de diciembre de 2014 parte formalmente en todo momento de su doctrina tradicional sobre la naturaleza del convenio colectivo estatutario: es norma jurídica, producto de la “*capacidad normativa*” de los actores sociales y de la “*fuerza vinculante de los convenios*” (art. 37.1 CE) y se encuentra integrado en el sistema de fuentes del derecho (art. 3.b ET, frente a las obligaciones de la letra c).

Sin embargo, su defensa de la contractualización de las condiciones de trabajo se funda en que éstas se encuentran reguladas en el contrato de trabajo. El contenido del convenio y demás normas jurídicas se contractualiza desde su origen y al desaparecer el convenio se mantienen como tales sin el apoyo tutelar de esa norma jurídica. Y ello por cuanto “*las normas estatales y convencionales juegan un papel nomofiláctico respecto a las cláusulas contractuales*”, una “*función depuradora*”, que provoca una permanente adaptación del contrato de trabajo a través del instituto de la nulidad parcial del art. 9.1 ET.

Bien, partamos de que el convenio colectivo estatutario es norma jurídica. Como hemos dicho, esa es la tesis hegemónica entre nuestra doctrina científica⁷ y es la que de momento –con todas las dudas y matices que ello pueda suscitar⁸– mantiene tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo. Así, el Tribunal Constitucional ha declarado respecto del art. 37.1 CE⁹:

⁷ Véase una exposición sistemática de los tres grandes sectores doctrinales en torno a la naturaleza del convenio colectivo en: Lahera Forteza, J, “La eficacia jurídica y personal de los convenios colectivos estatutarios”, en AAVV –dir. Monereo Pérez, J.L y Moreno Vida, N.-, “El Sistema de Negociación Colectiva en España”, Aranzadi, Pamplona, 2013, págs. 294 a 297. Como exponentes de la tesis normativista, cabría citar sin ánimo exhaustivo: Correa Carrasco, M, “La negociación colectiva como fuente del derecho del Trabajo”, Universidad Carlos III, BOE, Madrid, 1997. También cabe afirmar la indiferencia de la Constitución al respecto y, sin embargo, el carácter normativo del convenio estatutario conforme a la opción seguida en su regulación estatutaria: Montoya Melgar, A, “Un apunte sobre el declive de la eficacia normativa del convenio colectivo”, en AAVV –coord. J. Gorelli, “El derecho a la negociación colectiva”, CARL, Sevilla, 2014, págs. 309 y 310; STS 1-6-2007. Defienden la naturaleza contractual del convenio a partir del art. 37.1 CE, bien con eficacia real (Valdés), bien con eficacia obligacional (Durán): Valdés Dal-Re, F, “La negociación colectiva, entre tradición y renovación”, Comares, Granada, 2012, págs. 93-95, 96; F. Durán López, F, “Los convenios colectivos”, en AAVV, “El modelo social en la Constitución española de 1978”, MTAS, Madrid, 2003, págs. 175 y ss.

⁸ Así, el Tribunal Supremo en la STS 1-6-2007, rec 71/2006, asume que «*No hay unanimidad en la doctrina acerca de si la eficacia de esta especie de contratos es normativa o simplemente contractual, pues en línea de principio el artículo 37.1 de la Constitución autoriza la validez de ambas tesis, en cuanto alude a la “fuerza vinculante de los convenios”, en general*».

- 1º) Que recoge una garantía directa tanto del derecho a la negociación colectiva como de la eficacia vinculante del convenio.
- 2º) La integración del convenio colectivo –al menos de “*la más relevante de sus manifestaciones*”, es decir, del estatutario- en el sistema formal de fuentes del Derecho.
- 3º) Que la eficacia vinculante del convenio, que recordemos deriva directamente de la Constitución, supone que para su aplicación a las relaciones individuales no se requiere de técnica de contractualización alguna.

Si el convenio es norma, entonces, y pese a lo que parece desprenderse de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2014, no hay especialidad alguna en el Derecho del Trabajo ni respecto de la integración de las cláusulas convencionales en el contrato, ni respecto de la función del Derecho, ni respecto de la función de la autonomía individual.

En primer lugar, se aprecia en las razones del Tribunal Supremo una confusión entre lo que es la función y lo que es una consecuencia de un sistema jerárquico de fuentes reguladoras de una relación jurídica, en este caso la laboral (art. 3 ET). No en vano, la supuesta incorporación de parte del convenio o, más ampliamente, del régimen legal, así como la sustitución de las cláusulas nulas por las imperativas, tanto del convenio como de cualquier otra norma jurídica, no son sino la aplicación en nuestra rama de los preceptos generales de los arts. 1255 y 1258 CCivil¹⁰.

Por otra parte, el TC parece asumir en diversos pronunciamientos la naturaleza normativa del convenio extraestatutario o, sencillamente, que su diferencia más ostensible con el estatutario es su distinto ámbito subjetivo (S. TC 151/1994, 23-5 y STC 108/1989). También recientemente la STC 8/2015, 22-1, (FJº 4), declara que «...el art. 37.1 CE hace un llamamiento a la ley para garantizar el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios, pero sin imponer al legislador la adopción de una concreta opción para llevar a efecto el mandato que contiene. Y el legislador ordinario, en cumplimiento de tal mandato, ha optado por reconocer un «plus de eficacia» a los convenios colectivos «estatutarios» por su carácter *erga omnes* (STC 108/1989, de 8 de junio, FJ 2)... «[l]a lógica contractual comporta aquí que el acuerdo resulte tan sólo vinculante respecto de aquellos sujetos que han conferido un poder de representación para fijar colectiva y concretamente las condiciones laborales» (STC 121/2001, de 4 de junio, FJ 5)».

⁹ Por todas: SSTC 58/1985, 30-4; 177/1988, 10-10; 210/1990, 20-12; 105/1992, 1-7; 119/2002, 20-5; 27/2004, 4-3–; 119/2014, 16-7.

¹⁰ Véase: Aguilera, F.J., “Medios para la integración del contrato (exégesis del art. 1258 del Código Civil español)”, monografias.com, versión digital. La doctrina viene ubicando las normas imperativas en el art. 1255 y el modelo de regulación normal pero dispositivo en el art. 1258 CCiv

-El art. 1089 CCiv.¹¹, en lo que a nosotros nos interesa, dispone que la Ley y los contratos son fuentes de creación de las obligaciones.

-El art. 1255 CCiv. establece el sometimiento de los contratantes a la Ley y consiguiente limitación de la autonomía de la voluntad individual¹². Su vulneración provocará normalmente bien la nulidad del contrato, bien la heterointegración del contrato por tales normas vulneradas. Sobre esto volveré más adelante.

-El art. 1258 CCiv, establece que las partes del contrato se obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la Ley¹³. Se trata de la heterointegración en el contrato de todo el ambiente normativo del mismo y, en particular, de las cláusulas dispositivas no excepcionadas, que se imponen así a las partes limitando su autonomía de la voluntad.

Como vemos, la integración de las obligaciones y derechos dimanantes del convenio y del Estatuto de los Trabajadores, no es sino la común integración del contrato –de todo contrato- por las obligaciones derivadas de su naturaleza, de su régimen jurídico dispositivo no excepcionado por las partes, como de la normas imperativas.

En segundo lugar, la vulneración de las normas imperativas puede suscitar desde luego la nulidad integral del contrato conforme a la Teoría General (art. 6.3 Código Civil), pero en la actualidad ni tan siquiera en el ámbito civil parece esa la solución que se adopta comúnmente tanto por los Tribunales como por las normas especiales, siguiendo por lo general otras vías, como son las de acomodo

(García Rubio, M^a P, “Art. 1258”, en AAVV –dir. A. Domínguez-, “Comentarios al Código Civil”, Lex Nova, Valladolid, 2010, págs. 1375). Similares argumentos utiliza Lahera, para defender la integración del contrato por el convenio colectivo considerado éste como contrato, a diferencia de nosotros que partimos de la previsión de dichos preceptos de una heterointegración normativa, en: Lahera Forteza, J, “La contractualización del convenio colectivo: una lectura contractualista”, Derecho de las relaciones laborales, nº 1, abril, 2015, págs. 63 y 64.

¹¹ “Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”

¹² “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

¹³ “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”

del contrato (incluso en una renovada expresión de la aplicación del principio *rebus sic stantibus*)¹⁴ y por supuesto, del principio del *favor negotii*¹⁵.

En tercer lugar, tampoco ostenta el Derecho del Trabajo la cualidad en exclusiva de un intenso intervencionismo y marcada limitación de los márgenes de la autonomía de la voluntad. Por el contrario, la doctrina civilista admite la generalización de dicha tendencia en atención a principios constitucionales (por ejemplo, arts. 1.1 y 9.2 CE) y el interés público, con la consiguiente socialización del Derecho contractual, normalmente motivado por la desigualdad de las partes, sin que ello alcance a aportar connotaciones cualitativas, sino meramente cuantitativas del ámbito de la libertad de la autonomía de la voluntad que, por lo demás, persiguen garantizar¹⁶.

A la vista de lo expuesto cabría preguntarse: ¿Cumple toda la regulación de los contratos exclusivamente esa función nomofiláctica de autotutela de la norma o de mera de identificación del derecho aplicable? ¿Desaparece la norma una vez se constituye correctamente el contrato haciéndose éste independiente de aquélla que lo regula e integra? Si eso es así, entonces, ¿para qué sirven las normas de Derecho Transitorio?

En definitiva, si por “nomofilactico” se entiende la función de protección de la norma transgredida por el contrato de manera similar a la casación, y, por tanto y en su caso depurativa del mismo, parece que el Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de diciembre de 2014, observa el convenio y demás normas laborales tomando la parte por el todo y uno de sus efectos por la función.

Declara como función exclusiva de la norma laboral la corrección patológica del contrato. Sin embargo, esa nulidad no puede ser sino efecto de su función reguladora que, por lo demás, es de carácter integral y puede configurarse de distintas formas y matices (indisponible, disponible total o parcialmente, complementaria, procedimental, etc). Muchas de ellas, por lo demás, de una clara dimensión colectiva no individualizable. Es incuestionable que tanto el Estatuto de los Trabajadores como el convenio colectivo regulan el contrato y

¹⁴ Aguilera, F.J., “Medios para la integración del contrato (exégesis del art. 1258 del Código Civil español)”, monografias.com, versión digital, pág. 25.

¹⁵ Vazquez De Castro, E, “Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 55, 56, 70, 124 a 128.

¹⁶ Véase: Vazquez De Castro, E, cit., págs. 45-47, 53 y 54, 93, 95, 96, 98, 99, 101, 106 a 108, 116, 120.

esa sustitución por los preceptos jurídicos que correspondan y/o que completan al contrato en una situación patológica ni siquiera es, según hemos visto, la única causa o vía de “heterointegración” de aquél y, en cualquier caso afecta -desde luego- al contrato pero no a la naturaleza de la norma o convenio que se aplica, que es lo que realmente parece estar en cuestión. Aquéllos son los efectos de la norma y del sistema jerárquico de fuentes del Derecho; no su exclusiva función, sino una de las posibles consecuencias de su vulneración. Repárese que precisamente, tanto el art. 3.5 como el art. 9.1 ET, como de hecho el art. 1255 y el 1258 Código Civil, parten no sólo de la superioridad sino de la exterioridad de esas normas imperativas-o dispositivas- respecto del contrato¹⁷.

Por otra parte, al tomar por el todo la heterointegración contractual de obligaciones y derechos prevista con carácter imperativo (equivalente a la del art. 1255 CCiv) y olvidar que ello es un aspecto de la integración del contrato en un determinado ambiente normativo externo al mismo al que está igualmente sometido, se oculta que su aplicación depende, por consiguiente, de su existencia, de su vigencia y, en su caso, de las normas de Derecho Transitorio que se establezcan respecto de aquél. No se trata ahora de optar doctrinalmente sobre si la Ley puede o no ser en estricto fuente de obligaciones¹⁸. Se trata de que las partes

¹⁷ Palomeque López, MC, “Validez del contrato”, en AAVV –dir.E. Borrajo Dacruz–, “Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores”, Tomo III, Edersa, Madrid, 1985, págs. 39, 41, 43, 44.

¹⁸ Frente a las teorías dualistas que identifican como fuentes de obligaciones la Ley y los contratos, y que durante largo tiempo fue asumida por el Tribunal Supremo, en su STS 16-7-1991, rec. 1367/1989 afirma que: *«la Ley, en sí, no es, nunca, fuente de obligaciones, sino creadora de fuentes de las mismas, de suerte que la expresión del artículo 1089 del Código, de que las obligaciones nacen de la Ley, aparte de la consideración de que todas las obligaciones tienen su origen en la ley que las establece, ha de entenderse en el sentido de considerar fuente de obligación además de las expresamente citadas en el propio precepto, cualquier otro hecho al que, la ley, anude el nacimiento de una obligación»*. No obstante, por ejemplo, en su STS 19-9-1996, rec. 3998/1992 como en otras que la reproducen reconoce que *«es evidente que no obstante el carácter social en que se inspira la citada Ley y venir a crear, «ex lege» y al amparo del artículo 1089 del Código Civil, una fuente nueva de la obligación de responder por los daños ocasionados a los consumidores y usuarios, representando una variante de la responsabilidad civil por culpa extracontractual, tal y como se expresa en el primer fundamento de derecho de la sentencia recurrida, con apoyo en la Sentencia 23 octubre 1989, ello no puede permitir desvincular de manera absoluta e incondicional la aplicación de la misma de la concurrencia del factor culposo hecho mención...»*. Véanse el debate doctrinal al respecto, por ejemplo en: LLAMAS POMBO, E, “Artículo 1089”, en AAVV, “Comentarios al Código Civil”, ”, en AAVV –dir. A. Domínguez–, “Comentarios al Código Civil”, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 1186; PEIDRO PASTOR, I, “Pluralismo y dualismo en el problema de las fuentes de la obligación”, Revista General de Legis-

que contratan se obligan también –quieran o no- a lo dispuesto por aquélla (arts. 1089, 1255 y 1258 CCiv). Pero ello no convierte a los preceptos legales –o del convenio entendido como norma- en una obligación ni da lugar a su disolución en el contrato, ni éste se hace independiente de aquélla. Por el contrario, esa integración normativa y su pervivencia depende de su existencia, de su vigencia y, en su caso, de las normas de Derecho Transitorio que se establezcan respecto de aquél¹⁹. Si bien es cierto que las Disp. Transitorias del Código Civil son derecho común, lo son para aquéllos cambios de legislación que no posean sus propias reglas especiales²⁰, y parece claro, por tanto, que la regulación de la ultraactividad del convenio en nuestra rama jurídica es la Ley especial a aplicar; finalizada aquélla no hay sostén alguno para la aplicación de las condiciones fijadas por la norma decaída²¹. Y en consonancia a tales principios, así lo asume nuestro particular sistema de fuentes del art. 3 ET sin pérdida de la autonomía y hegemonía por parte de tales fuentes heterónomas²².

lación y Jurisprudencia, Octubre de 1954, Reus, Madrid, 1954 (separata); Martín Pérez, A, “Artículo 1089”, en AAVV –dir. M. Albadalejo-, “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, Tomo XV, Vol. 1º, Edersa, Madrid, 1989, págs. 112 y ss; Santos Briz, J, “Art. 1089”, en AAVV –coord. I. Sierra Gil-, “Comentario del Código Civil”, Bosch, Barcelona, 2000.

¹⁹ En este sentido parece pronunciarse el Voto particular que formula el magistrado Excmo. Sr. Don Antonio V. Sempere Navarro a la sentencia dictada en el recurso de casación 264/2014 y al que se adhieren el presidente Excmo. Sr. Don Jesús Gullón Rodríguez y los magistrados Excmos. Sres. Don José Luis Gilolmo López, Don José Manuel López García de la Serrana y Don Jesús Souto Prieto (segundo y cuarto).

²⁰ Vid al respecto: García Rubio, Mª P, “Disposiciones Transitorias y adicionales”, en AAVV –dir. A. Domínguez-, “Comentarios al Código Civil”, Lex Nova, Valladolid, 2010, págs. 2146 y ss. . Por el contrario, propone su aplicación a la finalización del convenio en su voto particular a la STS 22-12-2014, el Excmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Luelmo Millán.

²¹ Puede ser útil ahora la clara distinción en la que insisten algunos autores entre vigencia del convenio, que se limitaría a la inicial y la prorrogada; y la ultraactividad que, precisamente, se explica porque el convenio ya no está vigente: Durán López, F, “Ultraactividad: sentido y alcance. Una propuesta de contractualización limitada de condiciones de trabajo pactadas colectivamente”, Relaciones Laborales, nº 9, 2014, pág. 36; Fernández López, MªF., “Reformas normativas y vigencia de los convenios colectivos”, en AAVV –M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y F. Valdés Dal-Ré-, “La reforma laboral de 2012 en materia de negociación colectiva”, La Ley, 2012, págs. 384 a y 386. De hecho nuestros Tribunales han venido negando que durante la ultraactividad el convenio siga vigente: SS. TS. 17-5-2004, rec. 101/2003; 2-2-2004, rec. 3069/2002; 23-10-1995, rec. 2054/1994; 17-6-1994, rec. 2366/1993.

²² Goerlich Peset, JMª, “La nueva situación de «post-ultraactividad» del convenio colectivo: una visión «rupturista». A propósito de la STS de 22 de diciembre de 2014, sobre la interpretación del artículo 86.3 in fine ET sobre ultraactividad de los convenios”, Revista de Información Laboral num.2/2015 parte Art. Doctrinal, BIB 2015/578 , versión digital, pág. 7.

En definitiva, la pervivencia de las condiciones de trabajo fijadas en el Convenio Colectivo estatutario como en cualquier norma jurídica, dependerá tras el fin de su vigencia de las normas de derecho transitorio tras su derogación (art. 2.2 y Disp. Transitorias en particular 2^a y decimotercera del Código Civil).

Si el mecanismo de heterointegración contractual no es específico del Derecho del Trabajo, el convenio colectivo sí que es una particularidad de nuestro sistema de fuentes de la relación contractual (art. 3 ET). Es un cuerpo jurídico, producto de la autonomía colectiva, vinculado en gran medida a la libertad sindical, corrector del desequilibrio entre las partes, fuente característica de nuestra rama laboral con dimensión propia, que trasciende al contrato de trabajo y es independiente de aquél²³. No hay nada que justifique su dilución en el contrato. Tanto, por ejemplo, que desvincular las cláusulas normativas de las obligacionales del convenio ya desde su origen, sin pretender sacralizar el principio, podría suponer una ruptura del concepto y equilibrio interno del pacto y ni tan siquiera todas las cláusulas normativas son individualizables por subsistir exclusivamente en una clara dimensión colectiva²⁴.

Realmente, en mi opinión, con la teoría de la integración del convenio en el contrato, el Tribunal Supremo lo que está realizando es un cambio parcial de paradigma²⁵. El Tribunal Supremo mantiene formalmente que el convenio es norma, pero lo aplica como si de un contrato, aún especial, con eficacia real y no meramente obligacional se tratase²⁶. Ahora bien, en mi

²³ Tanto el convenio como la Ley o el reglamento son fuentes heterónomas que regulan desde fuera el contrato de trabajo: Goerlich Peset, JM^a, “La nueva situación de «post-ultraactividad» del convenio colectivo: una visión «rupturista». A propósito de la STS de 22 de diciembre de 2014, sobre la interpretación del artículo 86.3 in fine ET sobre ultraactividad de los convenios”, cit, págs.. 6 y ss.

²⁴ Así, no pueden en el convenio extraestatutario materias como son la clasificación y promoción profesionales, movilidad geográfica, creación del comité intercentros, contratación temporal, etc (por todas: SSTS. 11-5-2009, rec 2509/2008, 1-6-2007, 20-11-2003, 4579/2002). Así, sólo son susceptibles de regulación colectiva –y no individual- aquéllas en las que el Estatuto de los Trabajadores se remite al convenio colectivo: Goerlich Peset, JM^a, “La nueva situación de «post-ultraactividad» del convenio colectivo: una visión «rupturista». A propósito de la STS de 22 de diciembre de 2014, sobre la interpretación del artículo 86.3 in fine ET sobre ultraactividad de los convenios”, cit., págs. 9 a 11.

²⁵ Lahera Forteza, J, “La contractualización del convenio colectivo: una lectura contractualista”, cit., págs. 58 y ss.

²⁶ Buena prueba de ello es que sectores doctrinales que han defendido la naturaleza contractual del convenio colectivo argumentaron que su consiguiente aplicación mediante contractualización automática en el contrato sería una vía idónea para sostener las condiciones fijadas por el

opinión, aún cuando se propugne la naturaleza contractual del convenio, en absoluto supone que la aplicación del mismo se realice a través de su integración en el contrato individual, y aún menos que ésta siga con posterioridad una vida independiente²⁷.

Por un lado, desde la tesis de la eficacia real del convenio colectivo se le atribuye una eficacia que verdaderamente es normativa, comportándose el convenio colectivo con el contrato como una fuente heterónoma cogente de regulación de las relaciones individuales. Por otra parte, es cierto que tradicionalmente la doctrina ha caracterizado al convenio extraestatutario frente al estatutario, entre otras y precisamente, por su mecanismo o forma de aplicación al convenio. Esto ya de por sí, sería suficientemente indicativo de que lo contradictorio de la novedosa doctrina con lo sostenido tradicionalmente. Pero es más, si como consecuencia de la consideración del convenio extraestatutario como contrato y de someterlo a las normas generales de aquéllos, se alcanza a afirmar que el modo de aplicación de aquél tendría que ser mediante integración temporal en el contrato individual, desplazando las condiciones de éste durante el tiempo de la vida de aquél, considero que se está desatendiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, en tanto ha declarado la legitimidad del convenio extraestatutario y su derivación y garantía directa, también de su eficacia vinculante, por el art. 37.1 CE. En definitiva, tampoco él debería *«precisar el auxilio de técnicas de contractualización» «sin que, en ningún caso, puedan considerarse como jurídicamente condicionantes del Convenio»* (ej. STC 58/1985, 30-4).

Entonces, probablemente, la aplicación de las técnicas civiles deberían limitarse a la determinación del ámbito subjetivo del convenio extraestatutario (arts.1257 y 1259 CCiv.) sin confusión de lo que es una técnica de determinación de dicho ámbito, con otra de aplicación voluntaria de aquél²⁸. Por tanto no debería servir para cuestionarse su concepción como producto autónomo de la

convenio colectivo al finalizar su ultraactividad: Lahera Forteza, J, “La eficacia jurídica y personal de los convenios colectivos estatutarios”, en AAVV, “El sistema de negociación colectiva en España”, Aranzadi, Pamplona, 2013, págs. 303 y 304.

²⁷ En contra Desdentado, que considera que en la automaticidad de las condiciones del convenio al contrato, lo decisivo no es que no sea necesario un acuerdo para la incorporación de esas condiciones, sino que efectivamente las condiciones entran en el contrato, se contractualizan, sin perder su origen convencional: Desdentado Bonete, A, “La ultraactividad en el Tribunal Supremo. Un comentario a la Sentencia de 22 de diciembre de 2014”, Revista de Información Laboral num.3/2015 parte Art. Doctrinal, BIB 2015\1022, versión digital, pág. 15.

²⁸ Véase: Olarte Encabo, S, “El convenio colectivo por adhesión. Régimen jurídico-positivo”, Civitas, Madrid, 1995, págs. 73 y ss..

autonomía colectiva, heterónomo, tutelado por los derechos constitucionales de los arts. 28.1 y 37.1 CE, de aplicación directa, automática e indisponible.

3. UN PUNTO CIEGO: ¿NO ERA TEMPORAL?

La novedosa doctrina del Tribunal Supremo iniciada con la sentencia de 22 de diciembre de 2014 y reiterada por la sentencia de 23 de septiembre de 2015 olvida que si se toma como punto de partida que el convenio es norma, es difícil aceptar la pervivencia de sus condiciones en el contrato individual tras la finalización de su vigencia. Y ello por cuanto el Tribunal Supremo ha mantenido y aún sostiene que los convenios colectivos, al ser normas jurídicas, no pueden ser fuente de condiciones más beneficiosas (vid. arts. 82.3 y 4, y 86.4 ET)²⁹. El hecho de que el convenio sea una norma temporal ni es ni exclusivo del convenio colectivo, ni afecta a su carácter normativo -u obligacional- y a las consecuencias que de ello se deriven³⁰. Frente a la pretensión de limitarla a la sucesión de convenios, el hecho de que no exista convenio aplicable tampoco parece que pueda ser óbice para la aplicación de dicha doctrina, en tanto es consustancial, según vimos en el apartado precedente, a su naturaleza normativa.

Es más, asumiendo que el convenio es norma, incluso la remisión al convenio aplicable que eventualmente se incluya en el contrato de trabajo, en mi opinión y según hemos visto también en el apartado anterior, no puede considerarse en el común de los casos sino la expresa declaración por las partes de su sumisión y respeto a la norma, en este caso convencional (arts. 1089, 1255 y 1258 CCivil), y no como una voluntaria integración del mismo independiente de la pervivencia del convenio.

Por otra parte, la aplicación del convenio mediante su incorporación al contrato no es otra cosa que lo se ha venido afirmando por sectores de la doctrina del convenio colectivo extraestatutario. Y el Tribunal Supremo también ha negado que el convenio extraestatutario genere condiciones más beneficiosas dado su pactado carácter temporal³¹. Si conforme a esta tesis, el Tribunal Supremo declara que una vez concluida la vigencia del convenio extraestatu-

²⁹ Por todas: SSTS. 8-7-2010, rec. 248/2009; 26-9-2011, rec. 149/2010.

³⁰ Ruiz Castillo, M^ªM y Escribano Gutiérrez, "La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo", Bomarzo, Albacete, 2013, págs. 184 y 185.

³¹ Por todas: SSTS 11-5-2009, rec 2509/2008 y 16-6-2009, rec 2272/2008.

tario, el empresario podrá adoptar decisiones unilaterales de carácter colectivo sin seguir el procedimiento del art. 41 ET, ¿qué puede justificar lo contrario respecto de la “contractualización normativa”³²?

En mi opinión³³, la nulidad parcial del contrato de trabajo por contravención de las normas indisponibles, en este caso el convenio colectivo (arts. 6.3 CCivil y 9.1 y 3.5 ET), lo que deja en evidencia es que su integración normativa tiene un significado diferente respecto de la que deriva del convenio extraestatutario³⁴: en la primera hay sustitución, en ésta última, en principio, un desplazamiento temporal. La derogación de la norma integradora no permite, según vimos, la vida autónoma de sus efectos sin el soporte del Derecho Transitorio. A lo sumo, lo que podría cuestionarse es la recuperabilidad de la cláusula anulada en el extraordinario supuesto de que así lo disponga la norma de Derecho Transitorio³⁵, pero nada más. Al no ser factible esa recuperación, tendrían no obstante que mantenerse aquéllas condiciones que por ser esenciales para la pervivencia del contrato no pueden estar sometidas a cláusula de temporalidad alguna, ni individual ni colectiva, si no hay pacto sobre su sustitución acordada (particularmente arts. 1256 y 1261 y 1273 CCiv)³⁶. Y ello por cuanto la finalización del convenio colectivo no es causa de extinción del contrato. Y porque es por la efectiva ejecución de las condiciones esenciales, y no por la mera aplicabilidad del convenio –piénsese en las condiciones más beneficiosas-, que se contractualizan y perviven a la muerte del convenio que las instituyó.

³² SSTS. 22-7-2013, rec. 106/2012; 14-5-2013, rec.285/2011; 9-2-2010, rec.105/2009.

³³ Como ya tuve la oportunidad de defender en: “Aportaciones al debate sobre la ultraactividad”, NREDT, nº 171, págs. 80 a 82.

³⁴ Ya se considere su aplicación por integración, ya sea por aplicación directa (véase apartado anterior).

³⁵ García Rubio, M^a P, “Derecho Transitorio”, en AAVV –dir. A. Domínguez-, “Comentarios al Código Civil”, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 2149; vid. STS –civil- 8-3-1996, RJ 1996/1939. Caso contrario, no puede volver a la vida lo que fue nulo conforme a la norma desaparecida, según reconoce, por ejemplo, la sala de lo social del Tribunal Supremo: 28-1-2004, rec. 100/2002

³⁶ Propugnan la tesis intermedia de mantenimiento de las condiciones esenciales una vez concluida la ultraactividad del convenio: Álvarez De La Rosa, M, ““Aplicación temporal del convenio colectivo: finalización del convenio y régimen posterior de condiciones de trabajo”, RDS, nº 65”, págs. 36 a 40; Durán López, F, “Ultraactividad: sentido y alcance. Una propuesta de contractualización limitada de condiciones de trabajo pactadas colectivamente”, Relaciones Laborales, nº 9, 2014, págs. 47 a 49.

4. ¿UNA INCERTIDUMBRE?: ÁMBITO MATERIAL Y SUBJETIVO

En este campo la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2015 puede tener si cabe más interés que la de 22 de diciembre de 2014. En esta última no existía convenio superior aplicable y sólo resolvía sobre el mantenimiento del salario. No obstante su argumentación, como criticaba uno de los votos particulares, tomó forma de Teoría General, quizá con la finalidad de clarificar su postura y ofrecer la tan necesitada seguridad jurídica, con lo que fácilmente presagiaba su extensión a otras condiciones de trabajo.

La segunda confirma tales predicciones al decidir expresamente sobre el mantenimiento de otras materias no esenciales para la pervivencia del objeto del contrato. Se trata de un supuesto en que sí existe convenio superior, el estatal, que dispone una estructura articulada para la negociación colectiva del sector. Conforme a ésta, el convenio sectorial estatal regulaba con competencia exclusiva las siguientes materias: la estructura y concurrencia de convenios, la subrogación del personal, el régimen disciplinario, la clasificación profesional y la formación para el empleo, las modalidades de contratación, el periodo de prueba, la igualdad de trato y de oportunidades, los planes de igualdad y la prevención de riesgos laborales (art. 10.2). Por su parte, el convenio provincial finado –y anterior a aquél superior– regulaba algunas de aquellas junto a otras no abordadas en el estatal: jornada de trabajo (art. 6), vacaciones (art. 7), horas extraordinarias (art. 8), licencias (arts. 9 y 10), excedencias (arts. 11 y 12), retribuciones (art. 13 a 15 y 18), dietas (art. 16), plus de transporte (art. 17), jubilaciones anticipadas (art. 19), mejora de la prestación por IT (art. 20), complemento de la prestación por riesgo durante el embarazo (art. 21), revisión médica anual (art. 24), póliza de seguros (art. 25), personal con capacidad disminuida (art. 26), ropa de trabajo (art. 27), sustituciones (art. 28), lugar habitual del puesto de trabajo (art. 29), despidos por causas objetivas y expedientes de regulación de empleo (art. 32), garantías sindicales (art. 37 a 43), y comisión interpretativa del convenio (art. 44).

Expresamente el Tribunal Supremo afirma el mantenimiento de las condiciones de trabajo previstas en los arts. 6 a 21 del convenio provincial, y que son « *los aspectos más típicamente “normativos” y relevantes del vínculo laboral individual* ». Pero la selección de preceptos no es exhaustiva, puesto que un oportuno « *etc* » y la indicación de que aquéllos lo son « *entre otros* », nos remite, de nuevo, a la incertidumbre. Bien es cierto que ésta se reduce considerablemente dado que es cada vez más clara la intención del Tribunal Supremo de “contratualizar” íntegramente el contenido normativo del convenio pues, no se olvide, confirma una sentencia que opta, precisamente, por el mantenimiento de todas

las cláusulas cuyas materias no hayan sido abordadas por el Estatal. De hecho, y por si cabía alguna duda, concluye afirmando que *«salvo en las materias reguladas en el convenio sectorial de ámbito estatal, las demás condiciones de trabajo establecidas con anterioridad en el convenio provincial seguirán siendo de aplicación a los trabajadores afectados por el conflicto»*.

Tanto es así que se descuida, por ejemplo, que en el art. 6 del convenio provincial, lo que se establecía era una jornada máxima que, por consiguiente, sólo perviviría si era la que efectivamente desempeñaba el trabajador y no, en caso contrario (condición más beneficiosa). También se obvia que en otros preceptos se está realizando una regulación colectiva de eficacia necesariamente general. Es el caso de las vacaciones, por ejemplo, en que se establecen sistemas de preferencia, rotación y turnos (art. 7). O la adhesión al acuerdo interconfederal (art. 19). Otras cláusulas igualmente tienen una indudable dimensión colectiva, en cuanto van dirigidas al apoyo de la acción sindical y que, difícilmente, pueden entrar en el patrimonio personal contractual (art. 12, excedencia por ejercicio de cargo sindical provincial, arts. 9.1.b LOLS, 46.4 y 48.3 ET). Y, finalmente, que la cláusula 13 se refiere a los incrementos de los años 2007 a 2009, con lo que sería una cuestión a someter a interpretación, pues ni siquiera parece seguro que dichos incrementos, distintos además para cada año, siguiesen siendo aplicables incluso en la ultraactividad³⁷.

No obstante, en este caso parecen salvarse las materias más problemáticas a la hora de articular su contractualización o de admitir un tratamiento diferente entre los trabajadores del centro de trabajo. Así se remite a la regulación del convenio estatal, según hemos visto, la clasificación profesional, el régimen disciplinario, la regulación de las modalidades contractuales, el periodo de prueba, la igualdad de trato y de oportunidades, los planes de igualdad y la prevención de riesgos laborales. ¿Optaría también por su integración y limitación subjetiva?, por ejemplo, ¿respecto de las cláusulas sobre prevención de riesgos?

Además, siguen pendientes otras tantas respecto de las que no se pronuncia expresamente y que difícilmente admiten tanto esa contractualización, por no ser en puridad condiciones de trabajo individuales, como ese tratamiento dispar entre los trabajadores del centro de trabajo. Es el caso, por ejemplo, de las garan-

³⁷ Vid, por ejemplo: SSTS 10-6-2009, rec 103/2008, 29-1-2013, rec. 49/2012, 2-7-2009, rec 44/2008,

tías sindicales, reguladas en los arts. 37 a 43. Aún cuando no parece que puedan considerarse éstas en puridad las “condiciones de trabajo” a las que se refiere el Tribunal Supremo, lo cierto es que no se excepciona expresamente ninguna materia salvo las reguladas por el estatal.

Quizá no sea en estricto trasladable la doctrina sobre la limitación material del convenio extraestatutario en tanto está justificada por su eficacia contractual, y por consiguiente limitada subjetivamente, así como por la vulneración del derecho de libertad sindical. Estas razones en sí, no justificarían el rechazo de la pervivencia del convenio estatutario mediante contractualización limitada a los trabajadores por él afectados, habida cuenta de la eficacia general originaria del mismo³⁸. Sin embargo, deja en evidencia que una de esas razones de fondo es ahora también predicable, pues con apoyo en una interpretación sistemática y finalista de los preceptos afectados, se parte de que el desplazamiento de las reglas estatutarias por remisión al convenio colectivo sólo puede entenderse hechas al estatutario y a su capacidad de regulación general³⁹. En cualquier caso, como he tratado de mostrar en páginas precedentes, el verdadero conflicto es previo a esta situación consecuyente y a la incoherencia que subyace en esta limitación personal posterior de la regulación colectiva, y estriba en la propia articulación de la aplicación del convenio estatutario a través de su incorporación al contrato de trabajo, y para mayor gravedad atemporal.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de diciembre de 2014 dejó claro que la contractualización del convenio fenecido sólo es predicable respecto de los trabajadores que estuvieron sometidos al mismo, y no a los de nuevo ingreso posteriores a la finalización de la ultraactividad. Realmente no puede ser de otra forma si de contractualización se trata⁴⁰. La sentencia de 23 de septiembre de 2015 reitera dicho límite, aún cuando confirma una sentencia cuyos efectos pare-

³⁸ Téngase presente que no pueden ser objeto de regulación a través de convenio extraestatutario materias que requieren de una eficacia general, tales como la subrogación, clasificación y promoción profesionales, movilidad geográfica, la creación del comité intercentros, contratación temporal, etc (por todas: SSTs. 16-7-2014, rec 110/2013, 11-7-2012, rec. 38/2011, 11-5-2009, rec 2509/2008, 1-6-2007, rec 71/2006, 18 y 20-11-2003, rec 4895 y 4579/2002).

³⁹ En esta línea, considera que sólo cabe una regulación colectiva de aquéllas en las que el Estatuto de los Trabajadores se remite al convenio colectivo: Goerlich Peset, JM^º, “La nueva situación de «post-ultraactividad» del convenio colectivo: una visión «rupturista». A propósito de la STS de 22 de diciembre de 2014, sobre la interpretación del artículo 86.3 in fine ET sobre ultraactividad de los convenios”, cit., págs. 9 a 11.

⁴⁰ En este sentido respecto de un convenio extraestatutario, no cabe la adhesión al mismo una vez perdida su vigencia: STS. 8-6-2015, rec 246/2013.

cían extenderse también a aquéllos. Esta aparente incongruencia queda salvada en el FJº Cuarto.7, al desvalorar como mera consulta sin contenido efectivo y actual, la ampliación de la demanda inicial, por la que pasó de pretenderse *«para todas las empresas y trabajadores afectados por el conflicto»*, para extenderse también a los trabajadores contratados tras el fin de la ultraactividad. Queda, por consiguiente, limitado el conflicto a los trabajadores afectados que lo eran a la pérdida de la ultraactividad del convenio provincial.

En cualquier caso, el Tribunal reitera su remisión a la negociación colectiva como vía por excelencia para solventar los problemas que puedan derivarse de la inaplicación de tales condiciones a los trabajadores de nuevo ingreso. Con ello, por una parte y aún sin perjuicio de que tras el análisis de una pretensión de contenido concreto y actual, se declare lo contrario, parece indicarse implícitamente que las diferencias que tengan tal razón y origen no pueden considerarse a priori discriminatorias. Y por otro se sostiene como no podría ser de otra forma en un caso de negociación articulada como éste, que *«aún habiendo terminado la ultraactividad del convenio en cuestión, ello no significa que no permanezca la obligación de negociar de buena fe en el ámbito colectivo, como establece el art. 89.1 ET»*.

Y es que es claro que el próximo convenio colectivo sí tendrá que enfrentarse a la valoración, en su caso, de la asunción de un doble régimen jurídico heredado del convenio fenecido, sin que pueda justificarse, con toda probabilidad, la exclusión del personal de nuevo ingreso, o una regulación diversificada de las condiciones laborales ni, en principio, un específico convenio para dicho colectivo⁴¹. A esta solución apunta ya la STS. 21-10-2014, rec 308/2013, que extiende a los trabajadores de nuevo ingreso y considera discriminatoria la circunscripción a los trabajadores que estuvieron vinculados al anterior convenio colectivo del beneficio de los 30 minutos de descanso del bocadillo y su consideración como tiempo de trabajo efectivo⁴². Y ello precisamente, en la argumentación del Tribunal, porque el convenio colectivo no es instrumento hábil para la generación de condiciones más beneficiosas.

⁴¹ Sobre exclusión del ámbito subjetivo del convenio colectivo y doble escala salarial, véanse, por ejemplo: SSTC 52/1987, 7-5 y 136/1987, 22-7; STS. 14-3-2007, rec 158/2005, 22-1-1996, rec 523/1995. Con mayor amplitud: Gorelli Hernández, J, “Los sujetos obligados por el convenio colectivo”, en AAVV, “El sistema...”, cit., págs. 694 y ss.

⁴² Véase: Todolí Signes, A, “Aplicación de la doctrina de la doble escala salarial a la jornada laboral: El no reconocimiento de las mejoras “Ad Personam”, ni los “derechos adquiridos” nacidos en el convenio colectivo anterior, como factores justificantes de la diferencia en las condiciones

5. ¿UNA DIFICULTAD?: SU EXTINCIÓN MEDIANTE NUEVO CONVENIO

La concreción de las materias que permanecen vivas a través de su integración en el contrato individual nos lleva a otro problema. ¿Qué sucede en los casos en que el convenio superior existe pero regula parcialmente una materia como pueda ser, por ejemplo, la contratación o sencillamente no prevé regulación alguna sobre la materia de que se trate? Precisamente, en el caso analizado podría plantearse, por ejemplo, si persisten o no las preferencias de ocupación previstas por el convenio provincial respecto de los trabajadores a tiempo parcial, dado que el estatal no aborda la regulación de aquella modalidad.

Nuevamente, si de contractualización de condiciones de trabajo hablamos, la experiencia respecto del convenio extraestatutario puede servirnos, quizá, de referente.

La sucesión entre convenios colectivos extraestatutarios se configura como una novación y no como una sucesión normativa (principio de modernidad o norma posterior deroga a norma anterior). La relación entre convenios estatutarios y extraestatutarios, se resuelve -en principio, teóricamente, aún con pronunciamientos contradictorios y críticas doctrinales-⁴³ según lo previsto en el art. 3.1.c) del ET; tanto si el convenio extraestatutario vigente es anterior como si es posterior, habría que aplicar el convenio que, cláusula por cláusula, resulte más favorable para los trabajadores⁴⁴. En esta línea, se alcanza a aplicar una suerte de complementariedad entre ambos, de manera que no cabe apreciar derogación de los preceptos extraestatutarios respecto de las materias no recogidas en el posterior estatutario de idéntico nivel⁴⁵. Bien es cierto que dicha relación

laborales”, Revista de Información Laboral num.1/2015 parte Art. Doctrinal, versión digital, BIB 2015\229.

⁴³ Véase, por ejemplo, una referencia de jurisprudencia y doctrina judicial en: Alfonso Mellado, CL, “Los convenios colectivos extraestatutarios”, en AAVV, “El sistema de negociación colectiva en España”, cit., págs. 948 y 949; Álvarez Cuesta, H/Rodríguez Hidalgo, J.G, “Relación entre convenios colectivos estatutarios y extraestatutarios: concurrencia y ultraactividad”, en AAVV, “La eficacia de los convenios colectivos”, MTAS, Madrid, 2003, págs.. 595 y ss.

⁴⁴ Fernández Domínguez, J.J., “Los convenios colectivos extraestatutarios”, en AAVV, “Manual jurídico de la Negociación Colectiva”, La Ley, Madrid, 2008, pág. 1003 y 1004.

⁴⁵ Por ejemplo: STS de 1 julio 1991, rec 86/1991: «No advierte la recurrente que el convenio colectivo de 1990 silencia la regulación de los préstamos sociales, que si lo estaban en los convenios colectivos anteriores y en el pacto extraestatutario de 1988 y 1989. Son varias las condiciones de trabajo que reguladas en el pacto extraestatutario con propósito y vocación de

complementaria no está descartada entre convenios estatutarios, pero está prevista como excepción a la regla general de no afección (arts. 83.2 y 84 ET), o de sucesión normativa y dependiente de la voluntad expresa de las partes –arts. 82.4 y 86.4 ET-. Inicialmente se mantuvo que una vez extinto el convenio extraestatutario, también debería aplicarse idéntica comparación con el nuevo convenio estatutario⁴⁶. Sin embargo, el Tribunal Supremo posteriormente rectificó dicha doctrina⁴⁷ no sólo porque, como ya se dijo, el convenio extraestatutario no puede generar condiciones más beneficiosas dado su carácter temporal, sino porque –aparte lo cuestionable de que pueda regular la materia en concreto– supondría una flagrante contravención del nuevo convenio estatutario vigente y un desincentivo a la negociación de la clasificación profesional en perjuicio de los propios afiliados o de los adheridos a aquél pacto.

Con la nueva tesis del Tribunal Supremo establecida en sus sentencias de 22 de diciembre de 2014 y 23 de septiembre de 2015, las condiciones del convenio estatutario perviven más allá del final de su vigencia ultraactiva a través del mecanismo de la contractualización. Con esto, su pretendida integración contractual conlleva bastante más problemas que la sustitución del convenio extraestatutario, cuya vigencia finaliza con plena obediencia a la voluntad de las partes⁴⁸. Resulta ser que ahora sí se generan lo que antes se

permanencia, han sido silenciadas en el convenio colectivo de 1990; entre ellas, lo referente a los préstamos sociales. No puede sostenerse, ante el silencio del convenio colectivo, que desde éste se haya pretendido volver al régimen primitivo, anterior al pacto extraestatutario. Aquí no hay, como advierte el Ministerio Fiscal, un conflicto de normas que conduzca a la aplicación de la más favorable; hay una sola norma aplicable, regulada en el pacto extraestatutario y respetada en el convenio colectivo de 1990, que no da un tratamiento nuevo y específico a dicha materia».

⁴⁶ Así lo sostuvo el TS en sus sentencias de de 12-12-2008, rec. 538/08, cuya doctrina reiteran las sentencias de 23/12/08, rec. 3199/07, de 25/2/09, rec. 1880/08 y 20/3/09, rec. 1923/08: «*“Pero de esta naturaleza contractual del pacto extraestatutario no cabe obtener la conclusión que sostiene la limitación temporal de las condiciones establecidas en el mismo, como ocurre en el caso de la sucesión de convenios estatutarios. En el caso de las condiciones de trabajo establecidas por un convenio extraestatutario **no estamos ante una sucesión de normas**, como ocurre en el supuesto de la sucesión de los estatutarios, **sino que se produce la coexistencia entre una regulación normativa**, en este caso del XVI y XVII Convenio Colectivo, **y una regulación contractual...** y no debe confundirse esta subsistencia de las condiciones de trabajo derivadas del pacto extraestatutario con la ultraactividad que para el convenio estatutario establece el art. 86.3.2º del Estatuto de los Trabajadores”*»

⁴⁷ En sus sentencias de 11-5-2009, rec 2509/2008 y 16-6-2009, rec 2272/2008, que rectifica la doctrina de las sentencias referidas en nota anterior.

⁴⁸ Es sabido que al convenio extraestatutario no se aplican las reglas estatutarias sobre ultraactividad, lo que no significa que no se pueda pactar ésta, incluso con carácter indefinido hasta la

habrían llamado “condiciones más beneficiosas”, y, siguiendo la doctrina sostenida respecto de ellas, supuestamente deberían ser absorbidas y compensadas, en su caso, por el convenio estatutario que eventualmente rija en el futuro⁴⁹.

No obstante, ya se han alzado voces que con toda lógica distinguen esta contractualización de las cláusulas y sus mecanismos de resistencia respecto de las condiciones más beneficiosas en estricto, de manera que las primeras, habida cuenta su origen colectivo –y sobre todo normativo, cabría añadir-, no serían inmunes a los futuros convenios que podrían establecer, por consiguiente, una regulación *in peius* disponiendo de aquéllos⁵⁰. En definitiva, seguirían aplicándose de una u otra forma los arts. 82.4 y 86.4 ET.

Sin embargo, de la misma manera cada vez con más frecuencia se sostienen posturas defensivas que, en mi opinión, contradicen el carácter normativo del convenio colectivo y el principio de modernidad y sucesión normativas. Así, se ha sostenido doctrinalmente que en tanto cabría la libre disposición de aquéllas por un convenio del mismo nivel que el originario de las mismas, dicha posibilidad no sería igualmente predicable en la sucesión de convenios en distintos niveles; éste por derivar de una unidad de negociación distinta, no podría disponer de las condiciones del convenio fenecido precedente estableciendo otras menos favorables –contractualizadas, claro está-⁵¹. El Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de septiembre de 2014, creo interpretar, parece poner coto a esta línea doctrinal.

firma de un nuevo acuerdo: STS 6-5-2015, rec 167/2014 que confirma a la SAN 27-11-2013, nº sent. 215/2013, proc 315/2013.

⁴⁹ Vid: Asquerino Lamparero, M^ªJ., “La condición más beneficiosa: una visión general”, Revista Doctrinal Aranzadi Social num.7/2011 parte Estudio, BIB 2011\1462, versión digital, págs. 19.

⁵⁰ Desdentado Bonete, A, “La ultraactividad en el Tribunal Supremo. Un comentario a la Sentencia de 22 de diciembre de 2014”, cit., págs. 7, 16 y 17. En este sentido, si bien desde una perspectiva de la naturaleza del convenio colectivo como contrato: Lahera Forteza, J, “La contractualización del convenio colectivo: una lectura contractualista”, cit., pág. 66.

⁵¹ Desdentado Bonete, A, cit., pág. 18. Una postura conexa podría ser la que propugna Lahera, que desde el punto de partida de que el convenio colectivo es un contrato y no una norma, defiende el mantenimiento de las condiciones del extinto para los trabajadores que estuvieron efectivamente sometidos al mismo, y tan sólo los trabajadores de nuevo ingreso quedarían bajo la regulación del convenio superior que en su caso existiese: Lahera Forteza, J, “La contractualización del convenio colectivo: una lectura contractualista”, cit., págs.. 60 y 64.

La sentencia de 22 de diciembre de 2014 no resuelve sobre este tipo de problemas porque no había convenio superior. Sin embargo, ésta de 23 de septiembre de 2015 avanza algo más sobre esta problemática puesto que el convenio superior regula, como hemos visto, tan sólo algunas materias, de conformidad con la estructura –reparto- que hace en el art. 10. Quizá por ello, en un caso como el presente, resulta mucho más fácil la delimitación de qué debe persistir y qué no, pues atendiendo a dicha distribución y al consiguiente hecho de que ni siquiera el nuevo convenio provincial podría asumir válidamente tal regulación contraria a dicha estructura (arts. 83.2 y 84.3 ET), puede entenderse que existe convenio superior y que regula la materia de que se trate, con lo que procedería la aplicación de los arts. 82.4 y 86.4 ET.

Sin embargo, esta postura la considero, en principio, trasladable al resto de los supuestos porque la sentencia dice –creo- más de lo que parece. En el caso, la supervivencia de las condiciones del convenio fenecido sólo se justifica por las características particulares de la estructura de la negociación sectorial. Pero la contractualización no alcanza a sostenerse respecto de las materias que están reguladas, aún no exhaustivamente, por el convenio superior aplicable, lo que se deduce tanto al referirse en todo momento al término “materias”, a su distribución interniveles, a que se declare su aplicación, sin perjuicio de las reglas de concurrencia de convenios colectivos del art. 84 ET, y, como colofón, una importantísima indicación a «*la incidencia que pudiera tener la tradicional doctrina jurisprudencial en torno a la rechazable técnica del “espiguelo normativo”*».

Y es que en los supuestos de sucesión normativa –y ahora habría que añadir “con o sin solución de continuidad”-, lo que procede es la aplicación del principio de modernidad y de reversibilidad de nuestro ordenamiento laboral y, más concretamente, en la sucesión convencional (arts. 82.3 y 4 y 86.4 ET)⁵². El nuevo convenio, sea del nivel que sea, no está condicionado por el anterior, como tampoco la ultraactividad es –ni ha sido, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo- un instrumento de cobertura de vacíos del convenio sucesivo aplicable⁵³; necesariamente tampoco ahora, bajo su nuevo carácter contractual, puede alcanzar dicha utilidad.

⁵² Durán López, F, cit., 2014, pág. 44.

⁵³ Conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, la ultraactividad no está prevista para cubrir un vacío normativo ni lagunas parciales surgidas a raíz de la conclusión del convenio siguiente ya celebrado (arts. 82.3 y 4 y 86.4 ET): SSTS. 12-3-2012, rec 4/2011; 10-7-2001, rec 2973/2000.

Pero, en cualquier caso, insisto, no se explica el por qué del diverso tratamiento entre las cláusulas –supuestamente- contractualizadas a partir del convenio extraestatutario respecto de las del estatutario fenecido. ¿Por qué resisten unas al tiempo previsto legal o convencionalmente y otras no?⁵⁴. Por tanto, no se alcanza a atisbar un mínimo de coherencia en la doctrina tradicional del Tribunal Supremo tampoco en este punto⁵⁵.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA, F.J., “Medios para la integración del contrato (exégesis del art. 1258 del Código Civil español)”, monografias.com, versión digital.

ALFONSO MELLADO, CL, “Los convenios colectivos extraestatutarios”, en AAVV, “El sistema de negociación colectiva en España”, Aranzadi, Pamplona, 2013.

ÁLVAREZ CUESTA, H/RODRÍGUEZ HIDALGO, J.G, “Relación entre convenios colectivos estatutarios y extraestatutarios: concurrencia y ultraactividad”, en AAVV, “La eficacia de los convenios colectivos”, MTAS, Madrid, 2003.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M, ““Aplicación temporal del convenio colectivo: finalización del convenio y régimen posterior de condiciones de trabajo”, RDS, nº 65”.

ASQUERINO LAMPARERO, M^ªJ., “La condición más beneficiosa: una visión general”, Revista Doctrinal Aranzadi Social num.7/2011 parte Estudio, BIB 2011\1462, versión digital.

CORREA CARRASCO, M, “La negociación colectiva como fuente del derecho del Trabajo”, Universidad Carlos III, BOE, Madrid, 1997.

DESDENTADO BONETE, A, “La ultraactividad en el Tribunal Supremo. Un comentario a la Sentencia de 22 de diciembre de 2014”, Revista de Información Laboral num.3/2015 parte Art. Doctrinal, BIB 2015\1022, versión digital.

⁵⁴ Hay quien partiendo de la contractualización de las condiciones del convenio estatutario, y parece mediando la aplicación del art. 4.3 y Disp. Transitoria 2^a y 13 CCiv, asume la pervivencia del régimen contractual, que no convencional: Desdentado Bonete, A, cit., págs. 13 a 16. No obstante, tales Disp. Transitorias del CCiv no se refieren exclusivamente a las condiciones contractuales sino a todo el régimen jurídico de la norma derogada, luego no es una mera garantía de subsistencia del régimen contractual anterior, sino de su completo régimen jurídico.

⁵⁵ En este sentido también: Goerlich Peset, JM^a, “La nueva situación...”, cit, pág. 12.

DURÁN LÓPEZ, F, “Ultraactividad: sentido y alcance. Una propuesta de contractualización limitada de condiciones de trabajo pactadas colectivamente”, *Relaciones Laborales*, nº 9, 2014.

DURÁN LÓPEZ, F, “Los convenios colectivos”, en AAVV, “El modelo social en la Constitución española de 1978”, MTAS, Madrid, 2003.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., “Los convenios colectivos extraestatutarios”, en AAVV, “Manual jurídico de la Negociación Colectiva”, La Ley, Madrid, 2008.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^aF., “Reformas normativas y vigencia de los convenios colectivos”, en AAVV –M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y F. Valdés Dal-Ré-, “La reforma laboral de 2012 en materia de negociación colectiva”, La Ley, 2012.

GARCÍA RUBIO, M^a P, “Art. 1258”, en AAVV –dir. A. Domínguez-, “Comentarios al Código Civil”, Lex Nova, Valladolid, 2010.

GARCÍA RUBIO, M^a P, “Disposiciones Transitorias y adicionales”, en AAVV –dir. A. Domínguez-, “Comentarios al Código Civil”, Lex Nova, Valladolid, 2010.

GOERLICH PESET, JM^a, “La nueva situación de «post-ultraactividad» del convenio colectivo: una visión «rupturista». A propósito de la STS de 22 de diciembre de 2014, sobre la interpretación del artículo 86.3 in fine ET sobre ultraactividad de los convenios”, *Revista de Información Laboral* num.2/2015 parte Art. Doctrinal, BIB 2015\578, versión digital.

GORELLI HERNÁNDEZ, J, “Los sujetos obligados por el convenio colectivo”, en AAVV, “El sistema de negociación colectiva en España”, Aranzadi, Pamplona, 2013.

LAHERA FORTEZA, J, “La eficacia jurídica y personal de los convenios colectivos estatutarios”, en AAVV –dir. Monereo Pérez, J.L y Moreno Vida, N.–, “El Sistema de Negociación Colectiva en España”, Aranzadi, Pamplona, 2013.

LAHERA FORTEZA, J, “La contractualización del convenio colectivo: una lectura contractualista”, *Derecho de las relaciones laborales*, nº 1, abril, 2015.

LLAMAS POMBO, E, “Artículo 1089”, en AAVV, “Comentarios al Código Civil”, en AAVV –dir. A. Domínguez-, “Comentarios al Código Civil”, Lex Nova, Valladolid, 2010.

MARTÍN PÉREZ, A, “Artículo 1089”, en AAVV –dir. M. Albadalejo-, “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, Tomo XV, Vol. 1º, Edersa, Madrid, 1989.

MOLINA NAVARRETE, C, “Lagunas y antinomias del régimen legal de ultraactividad de convenios: líneas de integración y corrección por el «Derecho vivo»”, *Trabajo y Derecho*, nº 2, febrero, 2015.

MONTOYA MELGAR, A, “Un apunte sobre el declive de la eficacia normativa del convenio colectivo”, en AAVV –coord. J. Gorelli-, “El derecho a la negociación colectiva”, CARL, Sevilla, 2014.

OJEDA AVILÉS, A, “Encontrar la solución en un criterio clásico”, RGDTSS, nº 40, mayo, 2015.

OLARTE ENCABO, S, “El convenio colectivo por adhesión. Régimen jurídico-positivo”, Civitas, Madrid, 1995

PALOMEQUE LÓPEZ, MC, “Validez del contrato”, en AAVV –dir.E. Borrajo Dacruz-, “Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores”, Tomo III, Edersa, Madrid, 1985.

PALOMEQUE LÓPEZ, MC, “Los votos particulares”, RGDTSS, nº 40, mayo, 2015.

PEIDRO PASTOR, I, “Pluralismo y dualismo en el problema de las fuentes de la obligación”, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Octubre de 1954, Reus, Madrid, 1954 (separata).

RUIZ CASTILLO, M^ªM y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J, “La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo”, Bomarzo, Albacete, 2013.

SANTOS BRIZ, J, “Art. 1089”, en AAVV –coord. I. Sierra Gil-, “Comentario del Código Civil”, Bosch, Barcelona, 2000.

TODOLÍ SIGNES, A, “Aplicación de la doctrina de la doble escala salarial a la jornada laboral: El no reconocimiento de las mejoras “Ad Personam”, ni los “derechos adquiridos” nacidos en el convenio colectivo anterior, como factores justificantes de la diferencia en las condiciones laborales”, Revista de Información Laboral num.1/2015 parte Art. Doctrinal, versión digital, BIB 2015\229.

VALDÉS DAL-RE, F, “La negociación colectiva, entre tradición y renovación”, Comares, Granada, 2012.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E, “Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

DESPIDO Y DERECHO A LA INTIMIDAD INFORMÁTICA ¿UN SISTEMA DE GARANTÍAS PENDIENTE DE CONSTRUCCIÓN?

Sentencia del TEDH, de 12 de enero de 2016 (Caso Barbulescu V Rumanía)

ESTHER CARRIZOSA PRIETO*

SUPUESTO DE HECHO: El pronunciamiento analiza la legitimidad del despido efectuado a un trabajador por haber utilizado herramientas de mensajería instantánea (Yahoo Messenger) para fines personales durante el tiempo de trabajo. Las cuentas para utilizar tales servicios se habían creado por el demandante; una de ellas tenía fines profesionales mientras que la otra era de uso exclusivamente personal.

El trabajador prestaba sus servicios desde 2006 para una empresa privada como encargado de las ventas. A petición de la empresa, creó una cuenta de Yahoo Messenger con el objeto de gestionar y responder a las consultas de los clientes. En julio de 2007, la empresa le comunica que ha efectuado un control de sus comunicaciones a través de Yahoo Messenger desde el día 5 al 13 julio y que dicho control había evidenciado el uso de Internet para fines personales en contra de las instrucciones existentes. El demandante alegó por escrito que sólo había utilizado la aplicación para fines profesionales, alegación a la que responde la empresa mostrando una transcripción de las comunicaciones del trabajador (45 páginas) en las que se reflejaban todos los mensajes que el solicitante había intercambiado con su pareja y su hermano durante el período de control a través de la cuenta profesional y de cinco mensajes que el solicitante había intercambiado con su pareja el 12 de julio 2007 utilizando la cuenta personal de Yahoo Messenger. La empresa despide al trabajador por desobedecer las instrucciones empresariales basándose en que *“está estrictamente prohibido perturbar el orden y la disciplina dentro de las instalaciones de la empresa y... usar los ordenadores, fotocopiadoras, teléfonos y fax para fines personales”*.

El demandante impugnó el despido ante la Corte de Bucarest, alegando la

* Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Acreditada como Profesora Titular de Derecho del Trabajo desde Mayo 2013).

nulidad de las actuaciones pues se habían realizado lesionando sus derechos a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones, protegidos ambos por la Constitución de Rumanía (La Constitución rumana garantiza el derecho a la protección de la vida íntima, privada y familiar en su artículo 26 y el secreto a las comunicaciones en el art. 28). En virtud de Sentencia de 7 de diciembre de 2007, la Corte desestimó su reclamación basándose en que el empleador había observado el procedimiento de despido previsto por el Código de Trabajo e informado de la existencia de instrucciones o directrices empresariales que prohibían el uso de las herramientas informáticas de la empresa para fines personales. Los argumentos principales para desestimar la lesión son: a) que dentro de las facultades empresariales de control de la actividad laboral se incluye la capacidad para supervisar el uso que de los ordenadores hacen los empleados; b) que antes de que sucedieran estos hechos ya se había despedido a otro trabajador por utilizar Internet, el teléfono y las fotocopidora para fines personales; c) que la empresa había dejado claro que el uso de internet debía tener un uso exclusivamente profesional, medida que se consideró necesaria para preservar los sistemas informáticos, evitar que la empresa se viese afectada por actividades ilícitas realizadas por los trabajadores e impedir la revelación de secretos comerciales.

Frente a esta sentencia, el demandante interpuso recurso, alegando infracción del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que fue desestimado el 17 de junio de 2008 por la Corte de Apelación de Bucarest al considerar que la conducta del empleador había sido razonable y que la vigilancia de las comunicaciones del demandante fue el único medio para determinar si se había producido una infracción disciplinaria. Ante esta nueva sentencia desestimatoria, el trabajador presentó demanda de tutela ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), argumentando que la decisión de rescindir su contrato se produjo lesionando su derecho al respeto de su vida privada y a la privacidad de su correspondencia y que los tribunales nacionales no habían protegido estos derechos. Se alega, en consecuencia, el art. 8 del CEDH que establece: *“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”*.

RESUMEN: El Tribunal admite el recurso y declara que el despido producido no lesionó el derecho a la intimidad del trabajador puesto que existía una

prohibición específica de utilizar los medios de la empresa (ordenadores, teléfono, correo e internet) para uso personal por parte de los trabajadores. Existiendo una prohibición de estas características, la utilización con esa finalidad no queda protegida y amparada por el ejercicio del derecho a la privacidad que consagra el art. 8 CEDH. El pronunciamiento contiene un importante voto particular que disiente de la opinión mayoritaria.

ÍNDICE

1. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD INFORMÁTICA DE LOS TRABAJADORES.
2. LAS INQUIETANTES COINCIDENCIAS CON LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.
3. LAS CONSIDERACIONES EFECTUADAS EN EL VOTO PARTICULAR. UN SISTEMA DE GARANTÍAS PENDIENTE DE CONSTRUCCIÓN.

1. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD INFORMÁTICA DE LOS TRABAJADORES

La sentencia objeto de comentario, aun pudiendo parecer reiterativa, especialmente para aquellas personas que se hayan aproximado en los últimos años a la doctrina del Tribunal Constitucional Español sobre el derecho a la intimidad de los trabajadores, presenta un importancia inusitada al ser un claro ejemplo del error que supone mezclar en un mismo pronunciamiento técnicas interpretativas de los derechos fundamentales que debieran resultar alternativas: la delimitación y la limitación de los derechos fundamentales. Efectivamente, una visión más amplia que considere los pronunciamientos recaídos en aplicación del art. 8 del CEDH en los últimos diez años, debe apreciar una importante alteración, cuando no un giro, en la doctrina del TEDH sobre la vigencia y eficacia de este derecho en el ámbito de la relación laboral. Y precisamente este cambio de rumbo llama la atención sobre el pronunciamiento puesto que, como veremos en nuestro análisis, viene a coincidir, tememos que también a consolidar, las últimas interpretaciones efectuadas por el Tribunal Constitucional Español y la jurisprudencia más reciente de nuestro Tribunal Supremo¹.

¹ Respecto del Tribunal Supremo, la STS de 6 octubre 2011 (RJ 2011\7699) representa el punto de ruptura con la línea jurisprudencial mantenida hasta ese momento, circunstancia que motiva un voto particular al que se adhieren cuatro magistrados. Un análisis en Carrizosa Prieto,

Efectivamente, aunque son numerosas las Sentencias en las que el TEDH se ha pronunciado sobre el control efectuado por el empresario para conocer el uso que los trabajadores dan a las herramientas informáticas (teléfono, equipos informáticos o correo electrónico), la más importante es la Sentencia de 3 de abril de 2007, Caso Copland contra Reino Unido (TEDH\2007\23). El pronunciamiento analiza, por todos es conocido, la legitimidad, de acuerdo con el art. 8 del CEDH, de los controles empresariales efectuados a una trabajadora respecto del uso del teléfono, la navegación en Internet y del correo electrónico con objeto de constatar su uso personal durante el tiempo de trabajo (además de profesional). El pronunciamiento constituye la referencia jurisprudencial fundamental en materia de intimidad informática de trabajadores por establecer una doctrina clara y contundente sobre este aspecto. De acuerdo con sus declaraciones y argumentos, la eficacia del derecho a la intimidad de los trabajadores en el ámbito laboral quedaría definido por las siguientes reglas:

a) A pesar de existir diferencia entre vida privada y profesional, las llamadas telefónicas que proceden del ámbito laboral (también los correos electrónicos y la información que deriva del uso personal de internet) forman parte de la “vida privada” y “correspondencia” a que alude el art. 8.1 del CEDH².

b) No obstante, y puesto que los derechos no son absolutos, pueden existir casos en que el control o seguimiento del uso que hace el trabajador del teléfono, del correo electrónico e internet pueda considerarse necesario y, por tanto, lícito en ciertas situaciones que persigan un fin legítimo³.

c) Estas medidas de control y seguimiento constituyen intervenciones en el contenido de un derecho garantizado por el Convenio. Su protección exige que la intervención esté garantizada a través de una ley, que contemple expresamente, de forma clara, los distintos supuestos en que se pueden producir estas injerencias y la finalidad que se persigue con cada una de ellas, posibilitando que los ciudadanos conozcan las circunstancias y condiciones de la limitación. La existencia de una regulación clara es especialmente exigible en aquellos ámbitos en que no existe vigilancia pública y hay, en consecuencia, un mayor riesgo de abuso de autoridad.

E., “El control empresarial sobre el uso de los equipos informáticos y la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores”, *Temas Laborales*, núm 116/2012, pp. 251-267.

² STEDH de 3 de abril de 2007. Caso Copland contra Reino Unido (TEDH\2007\23), párr. 41; STEDH de 25 de junio de 1997. Caso Halford contra Reino Unido (TEDH\1997\37), párrs. 42 y ss.

³ STEDH de 3 de abril de 2007, párr. 48.

d) No puede darse por válida una alegación genérica para que distintos poderes, públicos o privados, adopten las medidas necesarias y oportunas para efectuar el mencionado control⁴.

Una síntesis de esta doctrina nos llevaría a concluir: a) que los trabajadores conservan su derecho a la intimidad aun cuando los dispositivos utilizados para realizar las actuaciones que lo canalicen sean de propiedad del empresario y su uso se produzca durante el horario de trabajo; b) que las injerencias empresariales que se produzcan sobre este derecho, o bien deben contar con el consentimiento del titular o bien deben estar previstas expresamente en una ley que las justifique. Siendo estas las directrices generales del asunto Copland, el pronunciamiento que ahora analizamos, como mínimo, vendría a contrariar algunos de los aspectos que se concretaron en aquel en cuanto otorga plena validez a una orden empresarial que prohíbe absolutamente el uso privado de las herramientas informáticas durante el tiempo de trabajo.

Efectivamente, advierte el Tribunal que el supuesto analizado en el caso Copland es completamente distinto al que se presenta en el Caso Barbulescu puesto que en este, al contrario que en aquel, existe una instrucción empresarial que prohíbe el uso con fines privados de las herramientas informáticas. En consecuencia, existiendo una prohibición de ese tenor, la cuestión de si el empresario vulnera o no el derecho a la intimidad depende de que el demandante cuente con una expectativa razonable de privacidad. Además de esta orientación, que ya es sumamente preocupante en cuanto implica que el empresario decide si el derecho a la intimidad de los trabajadores rige o no en el ámbito laboral, el problema se encuentra en que los argumentos utilizados en el caso Barbulescu ni se dirigen a constatar la legitimidad de la limitación, como se disponía en el caso Copland, ni se restringen a comprobar, al menos no de forma ordenada y adecuada, si efectivamente existió o no tal expectativa de privacidad, cuestión que parece obviarse por completo. El asunto se resuelve acudiendo a los siguientes argumentos:

En primer lugar, que los tribunales nacionales determinaron que el solicitante había utilizado Yahoo Messenger para fines privados en el ordenador de la empresa y durante las horas de trabajo, cometiendo con ello una falta disciplinaria (desobediencia a las ordenes empresariales) sancionada con el despido de acuerdo con la regulación de las facultades disciplinarias previstas en la legisla-

⁴ STEDH de 3 de abril de 2007, párrs. 45-47.

ción laboral. En segundo lugar, que el acceso del empleador a la cuenta de Yahoo Messenger del demandante se produjo en base a la creencia (articulada sobre declaraciones expresas del propio demandante) de que solo contenía mensajes de carácter profesional. Siendo así, el empleador actuó dentro de sus facultades disciplinarias y bajo la creencia de que los mensajes tenían carácter profesional. En tercer lugar, que aun cuando se utilizó la transcripción literal de las comunicaciones del demandante como prueba de la indisciplina ante los tribunales internos, no se dio relevancia (ni se consideró a efectos sancionadores) el contenido de dichas comunicaciones, transcripción que únicamente se utilizó para demostrar el uso privado de los medios informáticos. En cuarto lugar, que aunque no se ha ocasionado un daño real a la empresa, no es irrazonable que esta controle de forma efectiva cómo se realiza la prestación de servicios durante el tiempo de trabajo. A ello se une que el trabajador no había explicado de forma convincente por qué había utilizado la cuenta de mensajería de Yahoo para fines personales. En quinto y último lugar, que el empresario únicamente examinó las comunicaciones que el trabajador había efectuado a través de sus cuentas en Yahoo Messenger, obviando el resto de datos y documentos almacenados en el ordenador por lo que la supervisión fue, en último término, limitada y proporcionada. Por todas estas razones, el TEDH concluye que no hay nada que indique que las autoridades nacionales no encontraron un equilibrio justo entre el derecho del demandante al respeto de su vida privada y los intereses de su empleador, por lo que no se produjo violación del art. 8 de la Convención⁵.

Sorprende una argumentación de estas características en tanto articula una forma de resolver el supuesto que no se ajusta adecuadamente a las técnicas de interpretación aplicables cuando se trata de determinar el punto de equilibrio deseable en la confrontación entre derechos consagrados en el Convenio: la limitación o la delimitación; de hecho, el razonamiento contiene elementos de una y otra técnica interpretativa pero tan mezclados y desordenados que es sumamente difícil deslindar los distintos argumentos.

Ciertamente el punto de partida es la existencia de una prohibición empresarial de uso de los mecanismos informáticos para usos particulares, prohibición que no resulta cuestionada aunque su validez anula por completo la vigencia del derecho a la intimidad en el seno de las organizaciones productivas. El hecho de acudir a la expectativa razonable de privacidad nos indica que estamos ante la delimitación del derecho a la intimidad del trabajador, si bien en el caso concreto

⁵ STEDH de 12 de enero de 2016, párrs. 56-62.

existen serias dudas de que se pueda descartar dicha expectativa dado que, tal como reconoce el pronunciamiento, no queda probado que el trabajador hubiera sido advertido previamente de que se podía efectuar un control de sus comunicaciones, circunstancia que niega el propio trabajador; tampoco se aporta, como hubiese sido deseable, copia de la notificación firmada por el trabajador.

Con respecto a la técnica de limitación del derecho a la intimidad, aún no siendo coherente aplicarla en cuanto el pronunciamiento parece excluir la expectativa de privacidad por la propia existencia de la prohibición de usar los instrumentos informáticos con fines particulares, son varios los criterios del canon de proporcionalidad que se mencionan, aunque de forma desordenada y, en ocasiones, completamente desconectados. Es importante destacar, a estos efectos, que en ningún momento se identifica cual es el bien o derecho que se pretende proteger con la prohibición de usar las herramientas informáticas de titularidad empresarial para fines privados. Ciertamente se mencionan de forma bastante somera finalidades tales como la preservación de los sistemas informáticos, la conveniencia de evitar que la empresa se vea afectada por actos ilícitos de los trabajadores (entendemos que realizados a través de internet) o por la divulgación de secretos comerciales, circunstancias que no parecen tener la suficiente entidad para justificar una limitación tan contundente como la planteada. Con carácter adicional se afirma el carácter limitado y proporcionado de la injerencia empresarial al recaer únicamente sobre las comunicaciones que el trabajador realizó a través de sus cuentas de Yahoo Messenger y obviar el resto de datos y documentos almacenados en el ordenador.

Consideramos que si se tienen en cuenta todas las circunstancias del caso, esto es, a) que el empleador accede a la cuenta del demandante y que utiliza la transcripción de sus comunicaciones como elemento de prueba en los procedimientos laborales nacionales; b) que a través de esta intrusión, y en virtud de las características del sistema de mensajería instantánea, el empresario accedió a conversaciones privadas del empleado en la que se trataban temas íntimos como su salud o su vida sexual; c) que además de a la cuenta creada con perfil profesional, la empresa accedió a las conversaciones que el trabajador mantuvo con su pareja, conversaciones encauzadas a través de una cuenta Yahoo Messenger personal; se debe estimar que la conducta empresarial vulneró el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones del trabajador de forma completamente desproporcionada, circunstancia que queda completamente en evidencia cuando el Tribunal reconoce que todo este sacrificio (del derecho a la intimidad y del secreto de las comunicaciones) se produce porque es razonable que el empresario compruebe que sus trabajadores realizan adecuadamente la prestación de servicios, pues *“aunque no se ha ocasionado un daño real a la*

empresa, no es irrazonable que esta controle de forma efectiva cómo se realiza la prestación de servicios durante el tiempo de trabajo”.

2. LAS INQUIETANTES COINCIDENCIAS CON LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Los argumentos utilizados en la Sentencia de 12 de enero de 2016 (Caso Barbulescu V Rumania) coinciden, lo hemos dicho ya, con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta materia. A estos efectos, se ha de tener en cuenta que a pesar de ser un tema bastante conflictivo, el TC no ha emitido muchos pronunciamientos sobre la cuestión, si bien los que se han formulado son relativamente recientes⁶. Efectivamente, desde el año 2012 se han dictado varias sentencias de gran importancia en cuanto, apartándose de pronunciamientos anteriores, apuestan por la delimitación como técnica para determinar el contenido constitucional del derecho fundamental a la intimidad informática en el ámbito de las relaciones laborales.

El primer examen constitucional sobre este derecho se contiene en la STC 241/2012, de 17 de diciembre, que analiza la legitimidad de la conducta empresarial consistente en revisar el disco duro de un PC para extraer los correos enviados a través de un sistema de mensajería entre dos trabajadoras de la empresa cuyo contenido se podía considerar ofensivo para la dirección y para determinados compañeros. Los derechos afectados son el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones. Con respecto al derecho a la intimidad, el Tribunal no encontró lesión al considerar que almacenar el contenido de los mensajes en el disco duro de un ordenador compartido, ubicado en una zona común, implicaba una renuncia voluntaria a la privacidad de las comunicaciones. En cuanto al derecho al secreto de las comunicaciones, el razonamiento es similar: el hecho de que el ordenador fuese de uso público es incompatible con los usos personales, por lo que la pretensión de secreto carece de cobertura constitucional⁷.

Otro pronunciamiento de interés lo constituye la STC 170/2013 de 7 de

⁶ Holgado González, M., La protección constitucional de la intimidad de los trabajadores frente al uso de las nuevas tecnologías de la comunicación, en VV.AA., *La protección jurídica de la intimidad y de los datos de carácter personal frente a las nuevas tecnologías de la información y comunicación*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 55 y ss.

⁷ STC 241/2012, de 17 de diciembre (F.J. 3º y 4º).

octubre, que analiza la legitimidad del control empresarial de la comunicaciones de un trabajador, concretamente la lectura del contenido de los mensajes SMS y el análisis y copia del disco duro de su ordenador de trabajo, instrumentos que ponen de manifiesto que éste envió documentos relativos a la producción de su empresa a otra empresa del sector. Estos actos, constitutivos de una conducta de deslealtad, provocan un despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual. Al igual que en el caso anterior, se alega la lesión del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), si bien en este caso la empresa no había informado previamente sobre las reglas de uso y control de las herramientas informáticas, circunstancia que no impide excluir la expectativa de confidencialidad, como veremos en seguida.

Con respecto al secreto de las comunicaciones, el Tribunal considera que el derecho solo protege las comunicaciones que se realizan a través de determinados medios o canales cerrados de comunicación. En consecuencia, no estarán protegidas aquellas formas de envío de la correspondencia que se configuran como comunicación abierta, esto es, no secreta, siendo precisamente esta fórmula la que caracteriza el sistema de correo electrónico utilizado por el trabajador⁸. El carácter abierto derivaría, de la existencia de una previsión convencional que indirectamente prohíbe la utilización del correo electrónico para fines personales (existía un CC Sectorial de eficacia general que tipificaba como infracción leve el uso para fines particulares del correo electrónico). Dicha previsión conlleva, a juicio del Tribunal, no sólo la prohibición de usar estos mecanismos en cualquier empresa del sector, sino el reconocimiento genérico de que cualquiera de estas empresas cuenta con “*la facultad de controlar su utilización, al objeto de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la adecuación de su prestación a las exigencias de la buena fe contractual*”. De acuerdo con estos argumentos, la remisión de mensajes efectuada por el trabajador se realizó a través de un canal de comunicación que, conforme a las previsiones convencionales indicadas, se hallaba abierto al ejercicio del poder de inspección reconocido al empresario; sometido a su posible fiscalización y, en consecuencia, fuera de la protección constitucional del art. 18.3 CE⁹.

Consideraciones muy parecidas se realizan respecto del derecho a la intimidad, si bien, en este caso, al igual que sucede en el Caso Barbulescu, la técnica

⁸ STC 241/2012, de 17 de diciembre (F.J. 5º).

⁹ STC 241/2012, de 17 de diciembre (F.J. 5º).

de la delimitación se mezcla con la limitación provocando contradicciones importantes entre los distintos argumentos manejados para resolver el supuesto. El Tribunal considera que aunque el derecho a la intimidad es aplicable en el ámbito laboral, su ámbito de protección queda determinado por dos circunstancias distintas: a) por la existencia de una expectativa razonable de privacidad; b) por su propia naturaleza limitada, que le hace ceder ante intereses constitucionalmente relevantes siempre que el límite que aquél haya de experimentar se revele como adecuado, necesario y proporcionado para lograr un fin constitucionalmente legítimo. De acuerdo con ello, el Tribunal estimó que en el caso concreto no existía una expectativa razonable de privacidad con respecto a los correos electrónicos puesto que el hecho de que existiera un Convenio que tipificaba como infracción sancionable el uso de las herramientas informáticas para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral, impedía considerar que su utilización quedara al margen del control empresarial. En consecuencia, es la propia regulación convencional aplicable la que excluye una expectativa razonable de privacidad en el supuesto analizado, por lo que, las actuaciones del trabajador quedan fuera de la esfera de protección del derecho a la intimidad.

Tal como hemos tenido ocasión de comprobar, en los supuestos analizados se ha utilizado la expectativa de privacidad o confidencialidad para delimitar el derecho a la intimidad del trabajador. Factores como el hecho de que un ordenador sea de uso público o compartido o la propia existencia de un convenio colectivo sectorial que tipifica como falta leve el uso para fines privados de las herramientas informáticas durante el tiempo de trabajo, tienen la virtualidad de excluir las comunicaciones del trabajador del contenido constitucional protegido por el derecho a la intimidad. Si la actuación del trabajador no está amparada por el contenido constitucional del derecho, no hay injerencia ni limitación que analizar. Esta forma de interpretar el derecho a la intimidad informática implica, por mucho que las declaraciones formales digan lo contrario, que en realidad el derecho no rige en el ámbito de las relaciones laborales.

3. LAS CONSIDERACIONES EFECTUADAS EN EL VOTO PARTICULAR. UN SISTEMA DE GARANTÍAS PENDIENTE DE CONSTRUCCIÓN

La importancia de la Sentencia de 12 de enero de 2016 (Caso Barbuлесcu V Rumania) no solo radica en que pone de manifiesto el déficit de tutela que afecta al derecho a la intimidad cuando en su interpretación se mezclan criterios de distintas técnicas jurídicas; presentan también una importancia capital las

evidencias que manifiesta el voto particular formulado por el Magistrado Pinto De Albuquerque al disentir de la opinión mayoritaria. Las argumentaciones del Magistrado se estructuran en torno a tres afirmaciones fundamentales.

La primera sostiene que el acceso a internet se debe considerar como un derecho o facultad en cuanto posibilita los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información. Desde esta perspectiva, el acceso a internet formaría parte de estos derechos y como tal, los Estados tienen “*la obligación positiva de promover y facilitar el acceso universal a Internet, incluyendo la creación de la infraestructura necesaria para facilitar la conexión. En el ámbito de las comunicaciones privadas en Internet, los Estados asumen la obligación de promover la libertad de expresión, junto con la obligación de proteger el derecho al respeto de la vida privada [...] pues no pueden garantizar que los individuos son capaces de buscar y recibir libremente información o expresarse sin también respetar, proteger y promover su derecho a la privacidad*”. Por otro lado, también se destaca que las comunicaciones a través de internet pueden lesionar otros derechos, especialmente, el derecho a la privacidad y a la libertad de expresión y que el derecho a respeto a la vida privada de las personas involucradas en las comunicaciones de Internet puede entrar en conflicto con los derechos y libertades de los demás, siendo este el supuesto en que nos encontramos.

La segunda advierte que existe un cúmulo importante de disposiciones internacionales que protegen las comunicaciones a través de internet de los empleados, por lo que no se puede sostener que la vigilancia de internet en el lugar de trabajo dependa del poder discrecional del empresario, máxime si consideramos que la tecnología ha difuminado considerablemente la separación ente vida personal y laboral, flexibilizado los horarios de trabajo, los propios lugares en que se realiza la prestación de servicios e incluso los usos que se dan a los instrumentos empresariales y personales (ordenadores, teléfonos, etc.). En consecuencia, el control que puede efectuar el empresario del acceso a internet, aun existiendo razones para justificarlo (desvío de recursos del empleador para fines personales, daños en los sistemas informáticos del empleador, participación en actividades ilícitas o divulgación de secretos comerciales) debe tener carácter limitado y ello con independencia de que el control se efectúe durante el tiempo de trabajo o fuera del tiempo de trabajo pero usando medios e instrumentos de titularidad empresarial. De acuerdo con estas disposiciones, las comunicaciones de internet no están menos protegidas por producirse durante la jornada de trabajo, en el lugar de trabajo o en el contexto de una relación de laboral. Cualquier interferencia por parte del empleador en los derechos del trabajador al respeto de la vida privada y a la libertad de expresión, incluido el

mero almacenamiento de datos personales relacionados con la vida privada del empleado, debe estar justificada en una sociedad democrática por la protección de intereses específicos tutelados por el CEDH.

Del marco internacional aplicable, el Magistrado extrae una serie de principios aplicables a la creación, implementación y aplicación de una política de uso de Internet en el ámbito de las relaciones laborales.

1. Las formas particulares de tratamiento de datos personales, por ejemplo del uso de Internet y las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo de los empleados, requieren de una regulación detallada, incluyendo normas específicas sobre el uso del correo electrónico, mensajería instantánea, redes sociales, blogs y navegación por la web. En todo caso, es necesario que se detalle cómo se puede usar Internet, los casos y el procedimiento a seguir para implementar mecanismo de control y el procedimiento para garantizar el tratamiento de los datos obtenidos. No obstante, y en virtud de las conexiones que se establece entre el acceso a internet y los derechos a la libertad de expresión y a la información, una prohibición general del uso sería inadmisibles, al igual que la implantación de mecanismos de control constantes o continuados.

2. Los trabajadores deben ser conscientes de la existencia de una política de uso de Internet en el lugar y en el tiempo de trabajo, así como fuera del lugar y del tiempo de trabajo. Esta exigencia requiere que todos los empleados deban ser notificados personalmente y que quede constancia de dicha notificación. Así mismo, los trabajadores deberán ser informados con carácter previo de los objetivos, el alcance, los medios técnicos y el tiempo durante el que se realizarán dichos controles. En caso de presunta infracción de la política de uso de Internet por los empleados, se les debe dar la posibilidad de contestar ante esta acusación en el marco de un procedimiento justo que, en todo caso, debe ser objeto de supervisión judicial.

3. La aplicación de una política de uso de Internet en el lugar de trabajo, en cuanto restringe uno o varios derechos fundamentales de los trabajadores, debe responder a las exigencias del principio de necesidad y proporcionalidad, requisitos que son predicables, especialmente la proporcionalidad, de los controles concretos que se pretendan realizar.

4. Las sanciones por el uso indebido de Internet por un empleado deben comenzar con una advertencia verbal, y aumentar gradualmente a una amonestación por escrito, una sanción económica, descenso de categoría y, en caso de reincidencia graves, la extinción de la relación laboral. En los casos en que los

controles efectuados incumplan la política de protección de datos o las previsiones legales o convencionales establecidas al efecto, el trabajador debería tener derecho a resolver el contrato de trabajo y a la reparación de los daños.

La tercera y última de las afirmaciones hace referencia a la ausencia de un política sobre el uso de internet en el supuesto analizado. Considera el Magistrado que aun habiendo una prohibición absoluta de uso de internet para fines privados, no queda claro que los trabajadores hubiesen sido informados sobre la política vigente en la empresa. No estima, en consecuencia, que el sistema aplicado en la empresa fuese acorde a la concepción del acceso a internet como un derecho (o como facultad del derecho a la libertad de expresión) pues no garantizaba un marco transparente de regulación, una política de aplicación coherente y una estrategia de aplicación proporcionada; muy al contrario, la lesión del derecho a la intimidad del demandante obedece a un decisión de vigilancia ad hoc que ocasiona efectos drásticos en su vida social y que conlleva la sanción de despido. Dicha solución, concluye el Magistrado, no es muy acorde con la eficacia horizontal de los derechos reconocidos en el CEDH, dimensión que también debe ser garantizada por los Estados partes en cuanto tienen la obligación de prevenir y remediar las lesiones que los sujetos privados provoquen en los derechos garantizados por el Convenio.

Consideramos que los argumentos del Magistrado, por acertados, son completamente aplicables respecto del art. 8 del CEDH y del art. 18 de la CE. Es evidente que la doctrina y jurisprudencia actual, basada en la delimitación del derecho, no tutela de forma adecuada ni el derecho a la intimidad ni el derecho al secreto de las comunicaciones, por lo que parece más adecuado inclinarse por la técnica de limitación, mucho más garantista, en cuanto requiere aplicar el juicio de proporcionalidad con todas sus exigencias (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). Con carácter adicional, debemos considerar que en los conflictos generados por el uso de las herramientas informáticas durante el tiempo de trabajo existen otros derechos del trabajador que se pueden ver conculcados y que han permanecido hasta ahora en un segundo plano: el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información. Estamos, en consecuencia, muy lejos de garantizar la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, pues su efectividad ha quedado relegada, de acuerdo con la doctrina actualmente en vigor, a que el empresario autorice su aplicación. En estas circunstancias, es de vital importancia construir un sistema que proteja de forma efectiva el ejercicio de estos derechos y para ello es necesario partir, tal como sostiene el voto particular, de que el acceso a internet se debe considerar un derecho fundamental y de que cualquier injerencia en su contenido debe estar justificada de acuerdo con las exigencias de una sociedad democrática.

**LA EXTINCIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO COMO
SANCIÓN ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE
COMUNICACIÓN DEL DESEMPEÑO DE UNA ACTIVIDAD
PROFESIONAL**

Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de julio de 2015

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA*

SUPUESTO DE HECHO: En momentos de crisis económica la protección de desempleo se alza en un plano prioritario, convirtiendo a esta contingencia en la prestación estrella de todo el sistema jurídico de Seguridad Social. Las terribles consecuencias que ha causado este fenómeno se han visto reflejadas en un mercado de trabajo debilitado en donde ahora reinan los principios de precariedad, desprotección, desorientación y desmotivación laboral. La compatibilidad entre el trabajo irregular y el disfrute de la prestación por desempleo constituye un hecho, más que habitual, en la praxis ordinaria. La existencia de una economía debilitada por la situación de crisis económica ha venido a normalizar el fraude en las prestaciones de Seguridad Social, implicando así a una gran parte de la población española ante la impasibilidad del legislador por frenar la causa raíz del problema. La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2015 (Sala de lo Social, Sección 1^a) viene a analizar un supuesto de extinción de la prestación por desempleo que se produce como consecuencia de la imposibilidad de compatibilizar el trabajo por cuenta ajena con el disfrute periódico de la prestación de Seguridad Social. Lejos de estudiar exhaustivamente el hecho de si procede la suspensión o la terminación definitiva de la prestación por desempleo, el Supremo centra ahora toda su atención en términos de valoración de la infracción cometida ¿cabe pues catalogar esta infracción como grave? o, por el contrario, ¿nos encontramos ante un supuesto de infracción muy grave en el sentido que describe el artículo 26.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, por el que se aprueba la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante LISOS)?

* Profesora Ayudante Doctora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

RESUMEN: El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina 2788/2014 interpuesto por la representación procesal de Don Severiano, contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (con sede en Burgos) dictada el 28 de mayo de 2014 en los autos seguidos a instancia del recurrente frente a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Empleo. Todo sucede en el marco de una visita de la Inspección por la que se detecta que el actor, que era perceptor de la prestación por desempleo, estaba trabajando sin haber comunicado tal circunstancia al Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) y sin estar dado de alta en la Seguridad Social. El SPEE decide extinguir la prestación por comisión de una falta muy grave ex art. 26.2 de la LISOS. Criterio que comparte la Sala de suplicación, que rechaza la pretensión de la parte de que se proceda a la suspensión de la prestación y no a la extinción, por ser encuadrable su comportamiento en el art 25.3 de la misma norma. El Alto Tribunal Español, con remisión al criterio sentado en su anterior sentencia de 13/5/15 (Rcud 2758/14) considera errado subsumir la conducta de autos en el art. 26.2; infracción muy grave, razonando que la misma tiene encaje en el tipo contenido en el art. 25.3 de la LISOS (en donde se califica la infracción como grave). Ello porque se trata de la aplicación del derecho sancionador de carácter público y de los principios de tipicidad y legalidad que aparecen como axiales. Todo ello, sin olvidar, que la restricción de derechos ha de entenderse siempre en sentido estricto y de conformidad con lo tipificado por la ley. De lo contrario, el art. 26.2 acabaría atrayendo para sí las conductas omisivas del artículo 25.3, dejándolo sin aplicación práctica. Sentado lo anterior, la sentencia anotada confirma la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, si bien afirma que la fundamentación sobre la que aquélla pivota es errónea.

ÍNDICE

1. EL FRAUDE EN LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO COMO FORMA DE SUPERVIVENCIA ANTE LA SITUACIÓN DE CRISIS ECONÓMICA
2. TRABAJO INFORMAL Y ECONOMÍA SUMERGIDA: CARACTERIZACIÓN Y PRINCIPALES MANIFESTACIONES
 - 2.1. Manifestaciones y formas del trabajo irregular: antecedentes y supuesto de hecho en la STS de 29 de julio de 2015
 - 2.2. La compatibilidad entre las prestaciones por desempleo y el desempeño de la actividad profesional
 - 2.3. El fraude y su ubicación en el ordenamiento jurídico
 - 2.4. La prueba del fraude y la actuación judicial
3. RESOLUCIÓN Y VALORACIÓN JURÍDICA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LA SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 2015

“El equilibrio es así efímero. Debes disfrutarlo al máximo cuando lo encuentres porque volverás a caer en el desequilibrio en cualquier momento”¹

1. EL FRAUDE EN LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO COMO FORMA DE SUPERVIVENCIA ANTE LA SITUACIÓN DE CRISIS ECONÓMICA

Desde que la crisis llamó a nuestra puerta a principios del año 2008, todos hemos sido testigo de los efectos devastadores que este fenómeno económico ha originado y aún continúa causando tanto a nivel particular, familiar, como nacional, comunitario e internacional. Cada día son más y más las personas que ven extinguidos sus contratos de trabajo o, incluso, el cese de su actividad por el cierre de la empresa en la que trabajaban y como ahora se encuentran en las largas listas del paro. Esta crispada situación se ha traducido en un crecimiento vertiginoso y de larga duración de los niveles de desempleo, debido todo ello a la caída de la actividad productiva.

En este contexto, el barco que sostienen al sistema de Seguridad Social se encuentra cada vez más debilitado debido al daño que el huracán de la economía sumergida está causando en todos los sectores que se encuentran legalmente constituidos. Deplorable es, quizás, el término que mejor define la situación de todas aquellas personas que se ven abocadas a vivir en una espiral de pobreza y trabajo irregular a la espera de un empleo digno, moviéndose así en un terreno movedizo entre la legalidad y el fraude al sistema de Seguridad Social. Y es que, a día de hoy, el empleo sumergido y el fraude constituyen elementos centrales que inciden en la crisis de financiación del sistema de Seguridad Social y, en particular, de protección de las prestaciones por desempleo.

Toda ésta situación evidencia la necesidad de intervenir a fin no sólo de proporcionar unas condiciones más ventajosas para trabajadores, sino también frenar las consecuencias negativas que sobre los distintos sectores empresariales y las finanzas públicas está causando esta lacra². En este sentido, se ha previsto

¹ De Miguel Taroncher, S: *El equilibrista*, Sevilla, editorial el Círculo Rojo, 2011.

² La multinacional Randstad cifra en 18,6% del PIB el valor del trabajo irregular en España, es decir, alrededor de 190.000 millones de euros -0,6 puntos porcentuales inferior que el dato relativo de la Unión Europea (18%), pero casi el doble que en Reino Unido (9,7%) y Francia (9,9%) y muy por encima del de Estados Unidos (6,6%).

en la LISOS la posibilidad de sancionar los supuestos de incompatibilidad entre las prestaciones de la Seguridad Social y el desempeño de la actividad profesional, a saber: “Dar ocupación como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad “ (Artículo 23.1 a) de la LISOS).

2. TRABAJO INFORMAL Y ECONOMÍA SUMERGIDA: CARACTERIZACIÓN Y PRINCIPALES MANIFESTACIONES

Actualmente, el término “economía sumergida” es calificado de muy distintas formas para referirse a una misma realidad³, así por ejemplo se habla de: “economía paralela”, “invisible”, “subterránea”, “clandestina” o, incluso, “negra”. Todos ellos son términos que se refieren a una economía que se desarrolla mediante reglas propias y que es contraria o sólo ajena a la legalidad. Independientemente del calificativo que se use, lo que está claro es que todos estos conceptos se emplean con carácter general para referirse a un conjunto de actividades económicas que se circunscriben, en todo o en parte, al margen de la economía formal⁴.

Por su parte, la palabra “irregular” es también utilizada en este contexto no sólo para calificar la economía en general, sino también para referirse al “empleo” en particular. En este último sentido, la doctrina científica usa como sinónimos de “trabajo informal” los adjetivos “irregular” e “ilegal” cuando, precisamente, todos ellos no significan exactamente lo mismo. Las notas características que mejor aluden al “empleo irregular” son las de elusión e incumplimiento de obligaciones legales, mientras que en el “empleo ilegal” lo que se quiere subrayar es que la actividad desarrollada se lleva a cabo al margen de la ley, pero de forma delictiva (a saber: el narcotráfico, el tráfico de blancas, la prostitución...). Por lo tanto, el empleo irregular consiste en el desarrollo de una actividad lícita, en sí misma, pero que se efectúa al margen de las exigencias legales⁵, quedando al margen del control y la fiscalización.

³ González Ortega, S: “Empleo irregular y Administración Laboral”, *Temas Laborales*, núm. 125/2014, pp. 149-150.

⁴ Serrano Sanz, J.M: “Economía bajo la superficie”, en VV.AA, *Implicaciones de la Economía sumergida en España (Libro marrón)*, Círculo de Empresarios, Madrid, 2010, pp. 221-237.

⁵ González Ortega, S: “Empleo irregular y Administración Laboral”...op.cit., pp. 149-150. En contra, Aliaga Méndez, V.A y Alberich Medina, I: “Crisis económica y economía sumergida”, en *Cronista del Estado Social y Democrático*, 28/2012, pp. 58-65.

Igualmente es frecuente emplear como sinónimo de sendos conceptos (economía y empleo) el calificativo de “informal”. No obstante, esta identificación no es del todo correcta, ya que “informal” significa que la actividad se desenvuelve al margen de los mecanismos formales y de manera invisible, no computable y no controlable. Por lo que ese actuar implica, necesariamente, el incumplimiento de las normas, de ahí que, conforme a lo hasta ahora dicho, el empleo informal (y también la economía) sea también irregular. Ahora bien, no siempre se puede predicar de esta condición, puesto que existen muchos y variados desempeños personales que tienen lugar en el marco de unas relaciones que no se rigen por las reglas de mercado, produciéndose los intercambios al margen de él (por ejemplo: el autoconsumo, las relaciones vecinales, por amistad, altruismo y que no son remuneradas. En este mismo sentido, cabe destacar el trabajo doméstico cuando se desarrolla por los miembros de la familia y sin que exista contraprestación alguna por los servicios que asume)⁶.

2.1. Manifestaciones y formas del trabajo irregular: antecedentes y supuesto de hecho en la STS de 29 de julio de 2015

Hoy día, son múltiples los comportamientos que llevan a cabo las personas para eludir la aplicación de los mínimos legales o convencionales relativos a las condiciones de trabajo o para evitar determinados procedimientos administrativos de licencias o autorizaciones⁷. Y es que, la crisis económica no sólo afecta a empresas, sino también a trabajadores y a las finanzas públicas, de ahí que una de las manifestaciones más típicas de este fenómeno sea la de compatibilización, prohibida por la ley, entre prestaciones de la Seguridad Social (desempleo, incapacidad temporal o permanente, jubilación) y trabajo no declarado para mantener el derecho a las prestaciones.

La STS de 29 de julio de 2015, objeto de estudio en este trabajo, describe los siguientes hechos probados: “PRIMERO.- D. Severiano solicitó de la demandada prestaciones por desempleo que le fueron concedidas por el SPEE conforme a una base reguladora diaria de 54,15 euros, en fecha 10-02-12 por período de 660 días. SEGUNDO.- En fecha 19 de mayo de 2012 el actor se encontraba prestando servicios por cuenta ajena para la empresa La Alberquilla, S.L., sin encontrarse de alta en el RGSS, y sin haber comunicado la baja en la

⁶ González Ortega, S: “Empleo irregular y Administración Laboral”... op.cit., pp. 149-150.

⁷ Para un conocimiento más exhaustivo ver González Ortega, S: “Empleo irregular y Administración Laboral”... op.cit., pp. 151-153.

prestación en la fecha de inicio de la relación laboral. TERCERO.- En fecha 19 de mayo de 2012 el inspector de la Inspección provincial de Trabajo y Seguridad Social de Segovia, giró visita de inspección al centro de trabajo Restaurante La Alberquilla, S.L., comprobando que Severiano estaba prestando servicios en dicho centro, siendo perceptor de prestación de desempleo, no encontrándose dado de alta en RGSS en el momento de la actuación inspectora, tramitándose ésta posteriormente, el mismo día 19 de mayo a las 19:38 horas. CUARTO.- En fecha 20 de junio de 2012, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantó Acta de Infracción al trabajador, por quedar probado que el trabajador ha estado compatibilizando la prestación de desempleo con el trabajo por cuenta ajena el día 19 de mayo de 2012, calificando la infracción descrita como falta muy grave, del art. 26.2 de la LISOS, proponiendo la imposición de una sanción de extinción de la prestación por desempleo y exclusión del derecho a percibir cualquier prestación económica a partir del 19-05-2012, con devolución de las cantidades percibidas. QUINTO.- En fecha 3 de julio de 2012, el SPEE dicta Resolución por la que acuerda suspender cautelarmente, con efectos de 19 de mayo de 2012, la prestación por desempleo que venía percibiendo el actor, hasta que recaiga resolución definitiva en el expediente sancionador. SEXTO.- El actor presentó ante la Inspección de Trabajo, en fecha 9 de julio de 2012, escrito de descargo, que aquí se da por reproducido. SÉPTIMO.- En fecha 3 de septiembre de 2012 el jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Segovia eleva propuesta de sanción de extinción de la prestación desde 19-05-2012 y reintegro de las cantidades indebidamente percibidas. OCTAVO.- En fecha 4 de febrero de 2013, el organismo demandado dicta Resolución de extinción de prestación por desempleo por infracción muy grave, imponiendo la sanción de extinción de la prestación desde 19 de mayo de 2012, sin perjuicio del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas. NOVENO.- En fecha 25 de febrero de 2013, el SPEE emitió comunicación sobre percepción indebida de prestaciones por desempleo, con reclamación de cantidades, por importe de 326,29 euros. DÉCIMO.- En fecha 21-05-2012 el actor comunicó la colocación al SEPE, a jornada completa. UNDÉCIMO.- La comunicación de colocación al SEPE puede realizarse a través del teléfono 901119999 ó en el 921750498, de lunes a viernes y en horario de 9.00 a 14.00 horas. DUODÉCIMO.- En fecha 25 de marzo de 2013 la actora formuló reclamación previa contra la anterior resolución, que fue resuelta en fecha 26 de abril de 2013”.

2.2. La compatibilidad entre las prestaciones por desempleo y el desempeño de la actividad profesional

El desempleo o “paro forzoso” constituye, actualmente, uno de los mayores problemas económicos y sociales a los que debe enfrentarse una sociedad indus-

trializada como la nuestra. No se trata de un fenómeno nuevo⁸, sino que siempre ha existido⁹, haciendo notar su presencia con mayor esplendor en momentos de crisis económica. Por lo que, al final, la situación de necesidad de aquellos que queriendo y pudiendo no encuentran empleo (art. 262 Real decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social- en adelante TRLGSS-) ha pasado de ocupar un papel “marginal”¹⁰ a ser el principal escollo con el que ha tropezado las políticas de Seguridad Social y de empleo contemporánea.

A lo largo de la historia se han establecido diversas medidas para frenar el desempleo o menguar sus efectos, sin embargo, en las últimas décadas el crecimiento de las bolsas de parados se ha elevado exponencialmente.

Gran parte de la responsabilidad en las altas tasas de desempleo se le atribuye al sistema de economía de mercado y a los continuos cambios en los procesos de reestructuración y organización del sistema capitalista¹¹, los cuales no han sido capaces de adaptarse a la realidad social presente. Pero también una parte importante la tiene la puesta en práctica de políticas “liberalizadora” de los mercados.

En todo Estado Social y Democrático se debe garantizar el derecho de toda persona a una existencia digna (art. 10.1 Constitución Española- CE), por lo que si no se consagra de forma efectiva el desarrollo de una actividad laboral (art. 35.1 CE) deberán los Poderes Públicos intervenir. Debiendo éstos hacer uso de los mecanismos de políticas de empleo -art. 40.1 CE-¹², al tiempo que se activan los mecanismos sustitutivos del salario (*lucro cesante*) por el sistema de Segu-

⁸ Se trata de una prestación que ha surgido tardíamente dada su complejidad técnica y altos costes. Ver Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Quesada Segura, R.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 11ª edición, 2015, pág. 443.

⁹ García Murcia, J.: “Desempleo”, VV.AA.: *Desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, pág. 33.

¹⁰ Monereo Pérez, J.L.: *El sistema de protección por desempleo en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 18.

¹¹ García Murcia, J.: “Desempleo”... op.cit., p. 29 a 34.

¹² “Si la política de pleno empleo es el instrumento de realización del Derecho del Trabajo y éste es un factor de integración y condición para la democracia se puede comprender por qué la política de empleo ha sido considerada como un elemento inherente a la forma política del Estado Social contemporáneo...”. Ver, Monereo Pérez, J.L.: *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, págs. 9 a 31.

ridad Social. Por lo que, al final, tendrá el Estado¹³ que buscar fórmulas de políticas activas de empleo (actuando en el campo de la formación, mejora en el acceso al empleo y fomento del mismo)¹⁴ y proteger al desempleado, en tanto que repara el daño patrimonial mediante la concesión de una prestación (políticas pasivas)¹⁵. De este modo, la protección por desempleo se inscribe dentro del marco de las políticas orientadas al pleno empleo por imperativo constitucional (art. 35.1 y 40.1 CE) y aplicación de la normativa internacional¹⁶, al insertarse su tutela, de forma específica, en el art. 41 de la Carta Magna¹⁷.

Si se analiza las múltiples disposiciones reguladoras en esta materia se comprueba la debilidad en la prestación que dispensa la Seguridad Social, la cual es, en muchos casos, insuficiente para garantizar un nivel de rentas suficiente para vivir¹⁸. Motivados por la necesidad económica, cada vez más, los beneficiarios de la prestación por desempleo (y también aquellos que han agotado su protección o que no han completado su período mínimo de cotización) están efectuando prácticas laborales encubiertas, irregulares¹⁹ o ilegales, al tiempo que

¹³ Aquí se incluyen también las distintas Administraciones Públicas (Nacional, autonómica y local), incluida las Supranacionales. García Murcia, J.: “Desempleo”... op.cit., pág. 52 y siguientes.

¹⁴ A este respecto, cabe conectar la protección por desempleo con la organización de los servicios públicos de colocación. De esta forma, se facilita la consecución de un empleo gracias al desarrollo de “...acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión e inserción profesional en favor de los trabajadores desempleados, y aquellas otras que tengan por objeto el fomento del empleo estable. Todo ello sin perjuicio, en su caso, de las competencias de gestión de las políticas activas de empleo que se desarrollarán por la Administración General del Estado o por la Administración Autonómica correspondiente, de acuerdo con la normativa de aplicación” (art. 206.2 LGSS).

¹⁵ En definitiva, “la protección por desempleo (pasiva) y la política activa habrán de desenvolverse dentro de una misma programación: ni las acciones activas pueden desconocer la posibilidad del desempleado de obtener ingresos sustitutivos del salario, ni éstos pueden actuar en sentido contrario a los objetivos de incentivación del empleo...”. Ver García Murcia, J.: “Desempleo”... op.cit., pág. 82.

¹⁶ Monereo Pérez, J.L.: *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*... op.cit., pág. 34. Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Quesada Segura, R.: *Manual de Seguridad Social*... op.cit., pág. 445.

¹⁷ “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo”

¹⁸ Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Quesada Segura, R.: *Manual de Seguridad Social*... op.cit., pág. 444-445.

¹⁹ Monzo Giménez, A.: “El fraude a las prestaciones por desempleo, entre la picaresca y la necesidad”, *Diario La Ley*, 1988, págs. 869-870 en versión digital. A este respecto se “... incluye

observan impotentes la falta de respuesta de los Poderes Públicos al problema de la crisis económica. Ahora bien, no todo puede decirse que sea necesidad, también se encuentran en la *praxis* supuestos de picaresca en donde el sujeto acepta lo que sea por tal de aumentar su nivel de ingresos²⁰.

La preocupación por atajar el fraude en la prestación por desempleo ha sido una constante en los diferentes Gobiernos de España y así ha quedado reflejada en las medidas que se han adoptado en nuestro país. El empleo sumergido no sólo invita a la precariedad laboral, sino que también conduce a la competencia desleal por medio de salarios más bajos y al impago de las cotizaciones²¹, por no hablar del grave atentado que contra los derechos de los trabajadores provoca²².

2.3. El fraude y su ubicación en el ordenamiento jurídico

Para la doctrina judicial no ha sido tarea fácil definir qué se entiende por fraude, ya que son muchas las formas en que este fenómeno puede manifestarse, a saber: engaño, simulación, omisión, estafa, desfalco...etcétera). Por este motivo, durante largo tiempo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) ha estado dividida en dos líneas de pensamiento, de un lado, la que entendía que el hecho de que uno o varios trabajadores obtuvieran prestaciones por desempleo que no le correspondían debía considerarse como un delito de “fraude en las subvenciones”²³, por aplicación del principio de especialidad²⁴ y, de otro lado,

en dichas situaciones a personas que dedican una buena parte de su tiempo en ayudar en los negocios familiares, comercios, bares, restaurantes, laborales agrícolas y ganaderas...etcétera”.

²⁰ Monzo Giménez, A.: “El fraude a las prestaciones por desempleo, entre la picaresca y la necesidad”...op.cit., págs. 869 y siguientes.

²¹ Baviera Puig, I: “Avances en la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 9-10, Enero-febrero 2014, pág. 88.

²² Fernández Orrico, J.: “La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social”, *Relaciones Laborales*, nº 1, Enero de 2014, pág. 2 versión digital.

²³ Véase STS de 19 de abril de 1997 (RJ 1997\3030): *De esta manera, se evita también la injusta situación en la que se encontraban los trabajadores en paro, sometidos a un régimen más riguroso que los empresarios con dificultades económicas que recurrieran a la obtención fraudulenta de una subvención. También se evita de esta manera la consecuencia similar a la que conduce el punto de vista defendido en la teoría que -sin ningún fundamento legal- entiende que el art. 350 CP, derogado era aplicable únicamente a subvenciones y ayudas de fomento de actividades económicas. Si esto fuera correcto, las subvenciones y ayudas que persiguen un interés social, como las destinadas a los trabajadores en paro, estarían sometidas a la protección penal de la estafa, que no limita la punibilidad a los ilícitos que superen una determinada suma defraudada (2.500.000 ptas. hasta la LO 6/1995 y 10.000.000 desde la entrada en vigor de ésta y en el derecho vigente).* En concreto véase el Fundamento Jurídico Primero, apartado 2.

la que defendía que los hechos descritos podrían asemejarse al delito de estafa, en donde la pena resulta más favorable para el sujeto infractor²⁵. Independientemente de la posición del tribunal, la comisión de este ilícito quedaba ubicado en el antiguo artículo 350 del Código Penal (CP)²⁶- hoy art. 308 del CP-, estableciéndose así un doble régimen de sanciones (administrativas y penales)²⁷. La razón de esta disyuntiva se encontraba en el hecho de que el fraude a la Seguridad Social no aparecía castigado penalmente en ningún precepto legal, por lo que se asimilaba dicho término a los “falseamientos u ocultaciones en subvenciones y ayudas concedidas por una Administración Pública”. Ante la falta de unanimidad, la respuesta del Supremo no tardaría mucho en llegar, pronunciándose finalmente en el primero de los sentido indicados: ... *pese a la objeción alguna vez formulada de que el subsidio por desempleo no es una subvención (...), se reconoce que la finalidad de consecución de un fin público “indudablemente concurre en la actividad pública encaminada a paliar los efectos sociales negativos del paro laboral...; por lo que cabe extender el concepto del art. 308 CP (fraude de subvenciones) también al engaño relativo en la prestación por desempleo*²⁸.

En esta misma línea, la STS de 4 de julio de 1997 (RJ 1997\6236), en la que además se añade que la cuantía de 10.000.000 ptas del art. 308 CP es un elemento del delito que no puede ser determinada en la ejecución de la sentencia. Véase,

²⁴ Según expresa el TS, entre el delito de estafa (*lex generalis*) y el delito de fraude de subvenciones (*lex specialis*), pues, hay una relación de concurso aparente de leyes, que se resuelve a favor de este último delito en virtud del principio de especialidad (STS de 19 de abril de 1997, antes mencionada).

²⁵ STS de 13 de abril de 1999 (RJ 1999\4846); 19 de marzo de 2001 (RJ 2001\3560) y 28 de noviembre de 2013 (RJ 2013\8397).

²⁶ Artículo que fue incluido por la Ley Orgánica 6/1995.

²⁷ Por lo que sólo cuando se superase la cantidad de diez millones de pesetas se aplicaría la sanción penal, siendo la sanción administrativa aplicable en caso de que la suma defraudada fuese inferior.

²⁸ *El concepto de subvención debe englobar las prestaciones otorgadas por la Seguridad Social, que entendemos incluidas por cuanto se trata de atribuciones patrimoniales otorgadas por un organismo de carácter público a un particular, persona física o jurídica, y destinadas al cumplimiento de determinados fines... véase las STS de 15 de febrero del 2002 (JUR 2002\132117); 1 de marzo de 2002 (LA LEY 3455/2002) y 29 de mayo de 2002 (RJ 2002\5580). Para un conocimiento más exhaustivo de esta materia véase Soto Nieto, F: “Fraude de subvenciones o ayudas por desempleo”, *Diario La Ley*, nº 5575, 2002, p. 1955 y siguientes. Jaén Vallejo, M: “El fraude de prestaciones por desempleo constituye una conducta prevista en el art. 308 CP, por razón del principio de especialidad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 04-j01, 2002, p. 1 y ss.*

Al margen de estas conjeturas que realizan los tribunales de lo penal, se observa como en el derecho privado²⁹ sí se describe con claridad este término en el artículo 6.4 del vigente Código Civil (CC): “Los actos realizados al amparo del texto 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 hubiere tratado de eludir”. Aunque parezca una norma exclusiva de la legislación civil, el Tribunal Constitucional (TC) ya ha aclarado que este concepto es también aplicable al resto de ramas del ordenamiento jurídico (incluido el laboral y de Seguridad Social)³⁰.

Para que exista un fraude en la prestaciones a la Seguridad Social, primero, debe el trabajador (o en connivencia o acuerdo con el empresario *-consilium fraudes-*³¹) crear una apariencia de legalidad; segundo, violar el contenido ético del precepto legal que se ampara; tercero, cometer un ilícito administrativo³² con el propósito; cuarto, de obtener (en este caso) la protección por desempleo.

En relación a las prestaciones por desempleo, el fraude se produce cuando el beneficiario incumple su “compromiso de actividad” (art. 299 del TRLGSS), es decir, no busca un empleo (1), realiza un trabajo oficialmente no declarado (2) y obtiene unos ingresos complementarios a los de la prestación (3)³³. Sin embargo, no tienen por qué concurrir a un mismo tiempo esos tres elementos para que se hable de fraude, ya que las situaciones pueden ser muy distintas y no por ello todas perseguibles. Cabe hablar, entonces, de los siguientes supuestos fraudulentos: a) un parado forzoso que tras un golpe de fortuna lleva a cabo pequeños trabajos, compatibilizando éstos con el disfrute de la prestación por

²⁹ STS (Sala de lo Civil) de 8 de octubre de 2003 (RJ 2003\7224).

³⁰ STC de 26 de marzo de 1987 (RTC 1987\37).

³¹ STSJ de Castilla y León (Burgos) de 27 de julio del 2001 (JUR 2001\293930): *La connivencia constituye un acuerdo de voluntades para lograr un fin lícito o ilícito, exteriorizando una voluntad distinta que la realmente querida y pactada, amparada bajo una forma legal diferente que le sirve de cobertura. Constituye en definitiva una simulación contractual en el que los contratantes de mutuo acuerdo y con plena conciencia y voluntad, adoptan un acuerdo con un contenido o finalidad distinta de la que manifiestan al exterior, adoptando una forma típica cuyos efectos son distintos de los realmente queridos* (FJ 4º). Véase también la STSJ de Madrid de 7 de mayo de 2007 (JUR 2007\200886).

³² Sánchez-Terán Hernández, J.M.: *Los criterios de graduación de en las sanciones administrativas en el orden social*, Valladolid, Lex Nova, 2007, pág. 115.

³³ Monzo Giménez, A.: “El fraude a las prestaciones por desempleo, entre la picaresca y la necesidad”...op.cit., págs. 11 y siguientes.

desempleo³⁴; b) beneficiarios de la prestación que trabajan temporalmente por cuenta propia o ajena con horario fijo³⁵; c) el “beneficiario golondrina”, esto es, aquél que trabaja durante el tiempo mínimo para tener derecho al desempleo, el cual, una vez agotado, ingresa de nuevo en la población activa y así sucesivamente³⁶; d) el falso desempleado que en realidad tiene un trabajo fijo³⁷.

La labor de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), coordinada con la de otros organismos, resulta esencial aquí para frenar el daño que a las arcas del sistema laboral está originando la actuación engañosa de los perceptores de la prestación por desempleo.

³⁴ Sentencia del Tribunal Central de Trabajo (STCT) de 1 de mayo de 1979 y de 2 de octubre de 1986; STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 14 de mayo de 2001 (AS 2426). Estas actuaciones clandestinas son típicas de las empleadas de hogar, los subsidiarios con estudios que dan clases particulares, camareros, pintores y electricistas que trabajan a domicilio...etc. Es decir, actividades que muchas veces se desarrollan en domicilios personales, en donde la Inspección de Trabajo no puede acceder, sin previo consentimiento del titular, al tratarse de un ámbito reservado a la intimidad personal. Resulta ejemplar en este punto la STEDH de 9 de octubre de 2012, caso Zwinkels contra Países Bajos, (núm. 16593/10) que denuncia la violación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) por la entrada, sin permiso, de dos inspectores de trabajo en el garaje del domicilio en donde trabajaba el recurrente, con la finalidad de interrogar a dos extranjeros que estaban pintando en la casa y de quienes sospechaban que no tenían permiso de trabajo. El TEDH declaró, finalmente, inadmisibles las demandas de conformidad con lo previsto por el art. 35.3 b) y 4 del CEDH.

³⁵ STS de 24 de julio de 2001 (Ar.8080): *No tiene derecho a las prestaciones por desempleo el sujeto que está dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Las prestaciones por desempleo son incompatibles con el trabajo por cuenta propia. Dicha incompatibilidad no desaparece aunque la posible beneficiaria es titular de una licencia de taxi y había cedido la administración y explotación a su cónyuge. Además permanecía de alta en el impuesto de actividades económicas y ello no es debido a un descuido, si no que necesariamente como es titular de una licencia de taxi, los beneficios económicos que comporta la explotación pertenecen a su titular y por los mismos debe pagar los correspondientes impuestos.*

³⁶ Esta actitud es típica de los trabajos familiares, de amistad...etcétera en donde el empresario da de alta al trabajador, pudiendo éste prestar o no la actividad laboral. Ver Monzo Giménez, A.: “El fraude a las prestaciones por desempleo, entre la picaresca y la necesidad”...op.cit., pág. 15 y siguientes. En esta línea, Fernández Orrico, J.: “La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social”... op.cit., págs. 15 y siguientes.

³⁷ Este supuesto se da mucho en el ámbito del trabajo agrario, sector de la construcción y falsos autónomos. Monzo Giménez, A.: “El fraude a las prestaciones por desempleo, entre la picaresca y la necesidad”...op.cit., pág.15.

Sin embargo, en la actualidad, no sólo defraudan los beneficiarios de las prestaciones por desempleo, sino también los propios centros, entidades y organizaciones sindicales y patronales que reciben las subvenciones Estatales o Autonómicas para el desarrollo de programas de formación para desempleados. Lo lamentable es aquí que estas prestaciones accesorias (o complementarias anejas a la principal) sean provistas para fines lucrativos privados, en lugar de ser destinadas a impulsar el empleo, mejorar la competitividad de los parados³⁸ o su reinserción en el mercado laboral³⁹. Por lo que la protección por desempleo queda de nuevo aquí desvirtuada al pender de un fino hilo que se rompe con la actuación simulada de los encargados en la formación profesional de los parados. Por triste que pueda parecer, estas entidades han aprovechado la coyuntura de la situación económica como arma arrojadiza contra los más necesitados, ya que los controles que hasta ahora se han utilizando por el SPEE son completamente inefectivos. Ello evidencia que algo está fallando y que deberán adoptarse una serie de medidas si es que realmente se quiere recuperar la senda del crecimiento económico y del empleo.

2.4. La prueba del fraude y la actuación judicial⁴⁰

La demostración objetiva de que un sujeto actúa de forma fraudulenta para obtener la prestación por desempleo no supone una tarea nada fácil para aquel que lo invoca⁴¹. Y es que hay que tener en cuenta que “el fraude no se presume,

³⁸ Ver la Resolución de 4 de marzo de 2014, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de subvenciones a los programas de Escuelas Taller y Casas de Oficios y de Talleres de Empleo, en el ámbito exclusivo de gestión del citado Servicio, de proyectos en colaboración con órganos de la Administración General del Estado.

³⁹ Véase la Resolución de 30 de julio de 2014, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se proroga la vigencia y se modifica la de 1 de agosto de 2013, por la que se determina la forma y plazos de presentación de solicitudes y de tramitación de las ayudas económicas de acompañamiento incluidas en el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo prorrogado por el Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero.

⁴⁰ Para un conocimiento más exhaustivo en esta materia véase López Insua, B.M.: “El fraude en las prestaciones por desempleo”, Revista de Derecho de la Seguridad Social, páginas 123-137.

⁴¹ Normalmente, es el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) el que “de oficio” inicia el procedimiento ante la autoridad judicial (Ver Disposición Adicional Tercera del RD-Ley 5/2002 de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad) y al que le corresponde demostrar fehacientemente la actuación fraudulenta. Ver Purcalla Bonilla, M.A.: “Prestaciones por desempleo vinculadas a contratación temporal fraudulenta o abusiva: reclamación judicial de oficio por parte del INEM”, *Diario La Ley*, nº 5708, 2003, pág. 1 y siguientes en versión digital.

sino que ha de probarse”⁴², lo que implica, muchas veces, indagar en la vida privada de las personas. Por esta razón, las investigaciones que llevan a cabo la ITSS, Entidades Gestoras y Servicios Comunes, han de seguirse con la máxima cautela para no vulnerar el derecho a la intimidad (art. 18 CE)⁴³.

Varios son los elementos que entran aquí en escena y que deberán ser probados, directa o indirectamente, admitiéndose, en este caso, el juego de presunciones del art. 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en donde: “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” (*praesumptio hominis*)⁴⁴.

La prueba directa es la más difícil de demostrar, pues supone que el autor (o autores) de la conducta fraudulenta reconozca expresamente su actuación, lo cual conduce a la impunidad de esta clase de conductas. Por eso, lo normal es que el fraude se acredite sobre la base de indicios⁴⁵ o deducciones lógicas (prueba indirecta) que pongan de manifiesto el elemento intencional característico de elusión en la aplicación de una norma para que, en su lugar, se aplique otra que conlleve el fin perseguido⁴⁶. Para ello, señala el TC que se debe partir de: a) de unos hechos plenamente probados y b) que de los hechos constitutivos de delito se deduzcan esos indicios, a través de un proceso mental y razonado⁴⁷. A este respecto, cobran gran valor las actas que son elaboradas por la ITSS, en donde sus funcionarios constatan y dan fe⁴⁸ de unos hechos irregulares (presun-

⁴² STS de 14 de mayo del 2008 (RJ 2008\3292) y 12 de mayo del 2009 (RJ 2009\3252).

⁴³ Fernández Orrico, J.: “La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social”... op.cit., pág. 6.

⁴⁴ En tanto se demuestra el fraude de ley, “La entidad gestora podrá suspender el abono de las prestaciones por desempleo cuando se aprecien indicios suficientes de fraude en el curso de las investigaciones realizadas por los órganos competentes en materia de lucha contra el fraude” (medida introducida por la Disposición Final 1ª del RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo).

⁴⁵ STSJ de Aragón de 5 de junio de 2008 (AS 2008\2412).

⁴⁶ STSJ de la C. Valenciana de 2 de mayo de 2006 (JUR 2006\261435).

⁴⁷ STC de 26 de febrero de 2007 (RTC 2007\43) y 2 de julio del 2012 (RTC 2012\144).

⁴⁸ Según establece el Criterio Técnico núm. 6/1997 de 11 de junio de 1997, sobre presunción de certeza de las Actas de Infracción (elaborado por la Dirección General de Inspección de Trabajo y de Seguridad Social): “el término constatación no tiene necesariamente una significa-

ción imperativa de certeza)⁴⁹ de los que cabrá deducirse una serie de conclusiones lógicas. Y, a partir de estas, podrá ahora demostrarse la falacia en la actuación del presunto sujeto infractor⁵⁰.

Un aspecto de especial interés que habrá de valorar aquí el órgano jurisdiccional es el de la “intencionalidad” o “ánimo de defraudar” como fin para obtener prestaciones por desempleo -es lo que la doctrina denomina como “intencionalidad cualificada”-. Este presupuesto resulta muy difícil de juzgar⁵¹

ción estricta de comprobación directa e inmediata por el Inspector, sino que éste establece, en su caso, la veracidad de tales hechos previo proceso de investigación a través de medios o fuentes de conocimiento indirectas... Los hechos que motivan el acta deben ser suficientemente relatados (incorporados) en la medida que se hayan constatado en la fase probatoria y en cuanto que sean relevantes para la determinación de la comisión infractora y la calificación y graduación de las sanciones que proceda...”.

⁴⁹ “Por mandato legal caben considerarse veraces los hechos que el Inspector afirme en el acta haber comprobado tal y como los describe”, Díaz Rodríguez, J.M.: *Actas, informes y requerimientos de la Inspección de Trabajo*, Pamplona, Lex Nova, 2004, pág. 242. Fernández Orrico, J.: “La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social”... op.cit., pág. 10.

⁵⁰ STSJ de Madrid de 26 de julio del 2011 (RJCA 2011\678). La conclusión que alcanza aquí la Sala es la de admitir la existencia de una fraude en la prestación por desempleo en base a los hechos que son constatados en el acta de la ITSS. Así es, la ITSS interroga a un representante legal de la empresa quien le reconoce que “el trabajador se fue porque compró una empresa” y el trabajador “llegó a un despido amistoso con la empresa puesto que él tenía voluntad de marcharse a una Correduría de Seguros”. Para este tribunal resulta extraño que el trabajador acepte un despido disciplinario y renuncie recurrirlo ante la jurisdicción social en que podría conseguir una importante indemnización si el despido es declarado improcedente.

Muestra de la desconfianza existente en torno a las actuaciones que son llevadas a cabo por trabajadores y empresarios, la Disposición Final 1ª. 2 RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, modifica el párrafo tercero del art. 229 de la LGSS, permitiendo ahora que: “La entidad gestora podrá exigir a los trabajadores que hayan sido despedidos en virtud de las letras c), d) y e) del apartado 1 del artículo 208, acreditación de haber percibido la indemnización legal correspondiente. En el caso de que la indemnización no se hubiera percibido, ni se hubiera interpuesto demanda judicial en reclamación de dicha indemnización o de impugnación de la decisión extintiva, o cuando la extinción de la relación laboral no lleve aparejada la obligación de abonar una indemnización al trabajador, se reclamará la actuación de la Inspección a los efectos de comprobar la involuntariedad del cese en la relación laboral”.

⁵¹ Durante algún tiempo la doctrina del TS se encontraba dividida en dos posturas, de un lado, la que mantenía la necesidad de demostrar ese elemento de intencionalidad (tesis subjetiva) y, de otro lado, la que defendía que lo esencial es la violación de la ley independientemente de la intención (tesis objetiva). Actualmente, la doctrina mayoritaria más reciente de la Jurisdicción Social

teniendo en cuenta sólo los hechos que el inspector de trabajo refleja en el acta. Y es que, demostrar ese elemento subjetivo o de intención fraudulenta del presunto sujeto infractor supone para los funcionarios de la ITSS o, incluso del SPEE⁵², adentrarse en la interioridad de las personas.

Para demostrar esa intencionalidad habrá de ponerse en conexión los hechos probados con los resultados obtenidos y, aún así, se pueden encontrar pronunciamientos muy diversos. Ciertamente, subsiste todavía algún sector de la doctrina judicial que mantiene que no hay fraude si realmente se suscribió un contrato de trabajo, aun cuando el trabajador no prestara efectivamente sus servicios, con la única finalidad de obtener prestaciones de la Seguridad Social⁵³. Sin embargo, la doctrina mayoritaria mantiene una postura completamente contraria, por lo que sí se demuestra que la intención de ambas partes (trabajador y empresario) es la de que el trabajador obtenga la prestación por desempleo, independientemente de que se reuniera o no los requisitos de laboralidad, estaríamos ante un fraude⁵⁴. Este último es el caso típico de las llamadas empresas ficticias, en donde se formalizan diversos contratos y se dan de alta a personas con la intención de obtener beneficios, a través de prestaciones o legalización de personas extranjeras⁵⁵.

se ha inclinado por la primera de estas tesis, afirmando que: *... el fraude es algo integrado por un elemento subjetivo o de intención, de manera que para que pueda hablarse de fraude es necesario que la utilización de determinada norma del ordenamiento jurídico persiga, pretenda o muestre el propósito de eludir otra norma del propio ordenamiento* (ver STS de 12 de mayo de 2009 - RJ 2009\3252- y 6 de febrero de 2003 - RJ 2003\3086-).

⁵² *No puede establecerse que la mera sucesión de contratos, uno primero de carácter indefinido, y otro segundo de carácter temporal con duración de unos tres meses, equivale, "per se" y sin ninguna circunstancia adicional, a una situación de fraude de ley cuya inexistencia deba ser probada por el trabajador ya que la baja pudo obedecer a múltiples razones y la intención fraudulenta en la nueva contratación requiere la prueba plena (por parte de quién alega el fraude, SEPE), notoria e inequívoca de la inexistencia de una efectiva prestación de servicios o de la simple apariencia formal del segundo contrato, de modo que se pruebe inequívocamente la existencia de fraude.* Ver STS de 6 de febrero de 2003 (RJ 2003\3086).

⁵³ *No cabe presumir nada, ni aventurar actuación fraudulenta en quién simplemente pretende tener un acogimiento adecuado en el sistema de Seguridad Social,* (ver STSJ de Extremadura de 2 de febrero del 2010 -JUR 2010\112738-). Normalmente este comportamiento se encuentra en relaciones de amistad o sentimentales (con "connivencia" entre empleador y trabajador) en donde el único objetivo es la obtención de la prestación por desempleo.

⁵⁴ Fernández Orrico, J.: "La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social"... op.cit., pág. 15 y siguientes.

⁵⁵ Cuando ese ocurra la ITSS deberá emitir informe la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), detallando todos los datos de los trabajadores afectados al objeto de que se proceda

Finalmente, deberá concurrir el elemento de “la exigencia de un resultado fraudulento” en la prestación temporal (teoría objetiva). Ahora bien, ¿es necesario que se alcance el objetivo? o ¿basta con la mera tentativa o puesta en marcha del fraude? La respuesta a estas preguntas variará según las circunstancias de cada caso⁵⁶. Ahora bien, lo que sí está claro es que si llega a demostrar la compatibilización indebida de la prestación por desempleo con el trabajo, automáticamente será sancionada esa conducta como de infracción grave (art. 26.2 de la LISOS y 282.1 del nuevo TRLGSS). De igual modo, si se produce su “solicitud” (aunque todavía no haya recaído resolución de la Entidad Gestora) también cabrá ahora imponer sanción muy grave. En efecto, hasta el Real Decreto-Ley 20/2012 de 13 de julio, únicamente podía sancionarse al empresario (con infracción muy grave por no dar de alta su empleado)⁵⁷, pero no al trabajador, por no ser todavía perceptor de la prestación por desempleo⁵⁸.

3. RESOLUCIÓN Y VALORACIÓN JURÍDICA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LA SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 2015

Tras haberse extinguido a D. Severiano la prestación por desempleo y reclamado el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas por parte del SPEE, como sanción por haber omitido la prestación de servicios sin haber causado baja en las prestaciones, ni comunicado la actividad al SPEE, se plantea ahora ante el Supremo el debate en términos de valoración de la infracción

a la revisión de oficio y anulación de tales altas (arts. 54 y 56 Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social), sin perjuicio del inicio del correspondiente procedimiento sancionador.

⁵⁶ Así por ejemplo, en el caso de empresas ficticias basta la mera constatación de que se ha dado de alta al trabajador y éste no desarrolla su actividad laboral para entender la existencia de un fraude. Sin embargo, el supuesto anterior en donde el trabajador finge ser despedido disciplinariamente, sino llega a consumarse el fraude porque no solicita la prestación dado que encuentra otro empleo, no cabría hablar de engaño. Fernández Orrico, J.: “La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social”... op.cit., págs. 18- 19.

⁵⁷ Fernández Orrico, J.: *La Inspección de Trabajo frente al fraude en las prestaciones de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2010, pág. 110-115.

⁵⁸ López Parada, R.A.: “Otras modificaciones introducidas en la Ley de infracciones y sanciones en el orden social por la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social”, en VV.AA, Camino Frías, J.J. (Dir) *Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social*, Pamplona, Lex Nova-Thomson Reuters, 2013, pág. 292- 293.

cometida. A este respecto, aporta el recurrente como sentencia de contraste la resolución del TS de 13 de mayo de 2015, por la cual el Supremo falla en un sentido favorable al trabajador declarando así la indebida aplicación del artículo 26.2 de la LISOS (infracción muy grave), en relación con lo preceptuado por el artículo 25.3 de la LISOS (infracción grave).

Así pues, con arreglo a los hechos descritos, lo acaecido es que el trabajador no cumplió con su deber de comunicar previamente el desempeño de una actividad profesional por cuenta ajena, hecho que es perfectamente subsumible en lo preceptuado por el artículo 25.3 de la LISOS: “ No comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de la suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción cuando por cualquiera de dichas causas se haya percibido indebidamente la prestación...”. A juicio del Supremo no cabe, de acuerdo con esta interpretación, aplicar lo previsto en el artículo 26.2 de la LISOS para las infracciones muy graves, ya que dicho precepto solo puede proyectarse sobre este caso si se asume una interpretación laxa o analógica de lo que se considera “compatibilizar”. Resultaría pues inadecuada esta interpretación del artículo 26.2 de la LISOS cuando se está en el terreno sancionador, pues podría conducir a invadir el supuesto tipificado en el artículo 25.3, en contra de lo que una interpretación sistemática y el principio de especificidad aconsejan.

Por todo ello, razona en la presente sentencia el Alto Tribunal que: “De acuerdo con esas premisas, hemos de reiterar que los hechos declarados probados poseen su más adecuada subsunción entre las faltas graves que tipifica el artículo 25.3 de la LISOS y no en el artículo 26.2 de ese mismo texto legal. La compatibilización entre prestaciones por desempleo y trabajo retribuido no llega a nacer propiamente cuando se ha trabajado durante un periodo por el cual la Entidad Gestora no abona cuantía alguna. Recordemos que las consecuencias sancionadoras están parificadas cuando se comete una falta grave del artículo 25.3 o una muy grave del artículo 26.3 de la LISOS. Por tanto, la solución conferida al caso es la correcta, aunque la fundamentación sea errónea.

Queda por despejar la duda de si, al estar en juego el Derecho Sancionador Público, existe alguna regla que impida alterar la valoración jurídica de los hechos declarados probados. Cuando el Inspector de Trabajo calificó la conducta del trabajador la misma fue subsumida en el artículo 26.2 de la LISOS y ahora declaramos que ello es erróneo, pero que la adecuada subsunción de aquella conduce al mismo resultado que el impugnado.

Adicionalmente, la Resolución administrativa del SPEE que el trabajador trae ante la jurisdicción social se basa en dos incumplimientos (omitir la comunicación del trabajo, compatibilizar actividad laboral y desempleo) y en dos preceptos (arts. 25.3 y 26.2 LISOS). No hay en ello infracción normativa alguna pues los hechos tenidos en cuenta para la sanción son los mismos desde el principio. Además, el artículo 138.2 de la Ley 30/1992 (ubicado en Capítulo dedicado a los “Principios de la potestad sancionadora”) prescribe que en la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica.

Esa misma aproximación es válida para explicar el modo en que resolvemos el presente pleito: entendiendo que la sentencia recurrida ha errado en la fundamentación aplicada pero que la correcta valoración jurídica de los hechos declarados probados conduce a conclusión idéntica. No ha existido indefensión alguna, porque dicho queda que siempre se le ha achacado la misma conducta; el trabajador no acreditó la existencia de causa justificada para incumplir su obligación legal de informar al SPEE acerca de su trabajo; la propia Resolución administrativa recurrida, aunque erróneamente respecto del artículo 26.2 de la LISOS, advertía sobre la concurrencia de dos tipificaciones aplicables e invocaba el artículo 25.2 de la LISOS, que consideramos acertadamente interpretado y aplicado”.

Por tanto, dada la analogía entre los hechos descritos en la STS de 13 de mayo de 2015 y la ahora estudiada de 29 de julio de 2015, cabe aclarar que no hay lugar al recurso de casación que plantea Don Severiano. La existencia de soluciones contradictorias constituye un presupuesto del recurso de casación para la unificación de doctrina (art. 219.1 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social- en adelante LRJS-). Sin embargo, el papel asignado por el art. 228.2 de la LRJS a la sentencia no es el de elegir, de forma necesaria, entre dos términos antagónicos de una disyuntiva sino que hemos de conferir al litigio la solución ajustada a Derecho, lógicamente siempre que se cumplan los presupuestos procesales para ello. Debiendo este caso, por razones de seguridad y homogeneidad jurídicas, aplicar la doctrina ya unificada en la sentencia del Supremo dictada en la sentencia de contraste. Y es que, al no existir nuevas consideraciones que aconsejen su modificación procede desestimar el recurso de casación.

Reseña de Legislación

COMENTARIO DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: SEPTIEMBRE A DICIEMBRE DE 2015

MARÍA DOLORES RUBIO DE MEDINA

Doctora en Derecho. Funcionaria: DP. Convenios Colectivos
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

I. En este período se han publicado los nombramientos de altos cargos de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio que se relacionan:

1. Decreto 470/2015, de 10 de noviembre, por el que se dispone el nombramiento de don Jesús González Márquez como Director General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral (BOJA núm. 220 de 12 de noviembre de 2015).

2. Decreto 471/2015, de 10 de noviembre, por el que se dispone el nombramiento de doña María José Asensio Coto como Directora General de Industria, Energía y Minas (BOJA núm. 220 de 12 de noviembre de 2015).

3. Decreto 472/2015, de 10 de noviembre, por el que se dispone el nombramiento de don Rafael Moreno Segura como Director General de Políticas Activas de Empleo del Servicio Andaluz de Empleo (BOJA núm. 220 de 12 de noviembre de 2015).

4. Decreto 473/2015, de 10 de noviembre, por el que se dispone el nombramiento de don Jesús González Márquez como Director-Gerente del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales (BOJA núm. 220 de 12 de noviembre de 2015).

5. Decreto 475/2015, de 10 de noviembre, por el que se dispone el cese de don Francisco Jiménez Felices como Gerente Provincial de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía en Almería (BOJA núm. 220 de 12 de noviembre de 2015).

6. Decreto 476/2015, de 10 de noviembre, por el que se dispone el cese de don Alejandro Zubeldía Santoyo como Gerente Provincial de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía en Granada (BOJA núm. 220 de 12 de noviembre de 2015).

II. El resto de la normativa elaborada por la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio, -al margen de las referencias sobre la materia que

podieran encontrarse en la Ley 1/2015, de 21 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2016 (BOJA núm. 247 de 23 de diciembre de 2015), básicamente de carácter retributivo-, aprobada en este período, es la siguiente:

1. DECRETO 495/2015, DE 1 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE DICTAN NORMAS PARA FACILITAR LA PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS POR CUENTA AJENA Y DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA Y SUS AGENCIAS EN LAS ELECCIONES GENERALES, CONVOCADAS PARA EL DÍA 20 DE DICIEMBRE DE 2015 (BOJA núm. 235 de 3 de diciembre de 2015).

2. RESOLUCIÓN DE 7 DE OCTUBRE DE 2015, DE LA PRESIDENCIA DEL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA, POR LA QUE SE ORDENA LA PUBLICACIÓN DEL ACUERDO DE CONVALIDACIÓN DEL DECRETO-LEY 5/2015, DE 15 DE SEPTIEMBRE, POR EL QUE SE MODIFICAN EL OBJETO Y LOS FINES DE LAS AGENCIAS PÚBLICAS SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO Y AGENCIA PÚBLICA ANDALUZA DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN, ESTABLECIENDO EL PROCEDIMIENTO PARA CULMINAR LA INTEGRACIÓN DE LA RED DE CONSORCIOS ESCUELA DE FORMACIÓN PARA EL EMPLEO (BOJA núm. 203 de 19 de octubre de 2015).

En aplicación del contenido del artículo 110.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, la Diputación Permanente del Parlamento de Andalucía, en fecha de 17/3/2015, acordó convalidar el Decreto-ley 5/2015, de 15 de septiembre, por el que se modifican el objeto y los fines de las agencias públicas Servicio Andaluz de Empleo y Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación, estableciendo el procedimiento para culminar la integración de la Red de Consorcios Escuela de Formación para el Empleo, que fue publicado en el BOJA núm. 187, de 24 de septiembre de 2015.

3. RESOLUCIÓN DE 14 DE OCTUBRE DE 2015, DE LA DIRECCIÓN GERENCIA DEL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO, POR LA QUE SE CONVOCAN PARA EL AÑO 2015 LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA COMPETI-

TIVA PARA LOS PROGRAMAS DE ORIENTACIÓN PROFESIONAL, ACOMPAÑAMIENTO A LA INSERCIÓN Y EXPERIENCIAS PROFESIONALES PARA EL EMPLEO REGULADOS EN LA ORDEN DE 20 DE MARZO DE 2013, QUE SE CITA (BOJA núm. 205 de 21 de octubre de 2015; corrección de errores en BOJA núm. 237, de 9 de diciembre de 2015).

Según su apartado Séptimo, el plazo de presentación de solicitudes, fue de 7 días a partir del día siguiente a la publicación de esta Resolución en BOJA; por tanto, al estar cerrada la convocatoria, no analiza de su contenido.

4. RESOLUCIÓN DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2015, POR LA QUE SE DISPONE LA PUBLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GERENCIA DE LA AGENCIA ANDALUZA DE LA ENERGÍA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2015, POR LA QUE SE AMPLÍA EL PLAZO MÁXIMO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 5.3 DEL DECRETO-LEY 1/2014, DE 18 DE MARZO, POR EL QUE SE REGULA EL PROGRAMA DE IMPULSO A LA CONSTRUCCIÓN SOSTENIBLE EN ANDALUCÍA Y SE EFECTÚA LA CONVOCATORIA DE INCENTIVOS PARA 2014 Y 2015, RESPECTO A LAS ACTUACIONES DE IMPORTE IGUAL O SUPERIOR A 18.000 EUROS (IVA EXCLUIDO) (BOJA núm. 185 de 22 de septiembre de 2015).

La disposición establece una ampliación de la fecha máxima de ejecución y justificación de las actuaciones incentivables prevista en el artículo 5.3 del Decreto-ley 1/2014, de 18 de marzo, respecto de las actuaciones incluidas en su artículo 9.2, de importe igual o superior a 18.000 euros, IVA excluido, hasta el 30 de octubre de 2015.

5. RESOLUCIÓN DE 10 DE DICIEMBRE DE 2015, DE LA DIRECCIÓN GERENCIA DEL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO, POR LA QUE SE CONVOCA PARA EL AÑO 2016 LA CONCESIÓN DE INCENTIVOS PÚBLICOS DIRIGIDOS A FINANCIAR LOS COSTES SALARIALES DERIVADOS DEL MANTENIMIENTO DE LOS PUESTOS DE TRABAJO OCUPADOS POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO, REGULADO EN LA ORDEN DE 23 DE DICIEMBRE DE 2014, QUE SE CITA (BOJA núm. 242 de 16 de diciembre de 2015).

Mediante esta disposición se convoca la concesión de incentivos públicos dirigidos a financiar los costes salariales derivados del mantenimiento de los puestos de trabajo ocupados por personas con discapacidad en Centros Especiales de Empleo regulados en la Orden de 23 de diciembre de 2014.

Se incentivan los puestos de trabajo que hubieren sido ocupados por personas con discapacidad desde el 1 de diciembre de 2014 a día 30 de noviembre de 2015. En cuanto al plazo de presentación de solicitudes, se estableció desde el día 1 de enero de 2016 hasta el día 1 de febrero de 2016, ambos inclusive.

6. RESOLUCIÓN DE 12 DE DICIEMBRE DE 2015, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES LABORALES Y SEGURIDAD Y SALUD LABORAL, POR LA QUE SE DETERMINAN LAS FIESTAS LOCALES DE LOS MUNICIPIOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA PARA EL AÑO 2016 (BOJA núm. 244 de 18 de diciembre de 2015).

Las fiestas laborales para el año 2016 en Andalucía se determinaron en el Decreto 114/2015, de 24 de marzo, publicado el día 26 de marzo en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía que tendrán que completarse con las dos fiestas locales que corresponden a cada municipio y que se relacionan en el Anexo de esta Resolución.

7. ORDEN DE 1 DE OCTUBRE DE 2015, POR LA QUE SE MODIFICA LA DE 23 DE DICIEMBRE DE 2014, POR LA QUE SE APRUEBAN LAS BASES REGULADORAS PARA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIÓNES A LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES DE ANDALUCÍA PARA EL DESARROLLO DE UN PROGRAMA DE ACTUACIONES CONJUNTAS DE DOTACIÓN Y MODERNIZACIÓN DE ESPACIOS PRODUCTIVOS (BOJA núm. 196 de 7 de octubre de 2015).

Las modificaciones realizadas afectan a los apartados 5.d) y 25.b) del Cuadro Resumen.

8. ORDEN DE 2 DE DICIEMBRE DE 2015, POR LA QUE SE ESTABLECE EL CALENDARIO DE DOMINGOS Y FESTIVOS EN QUE LOS ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES PODRÁN PERMANECER

ABIERTOS AL PÚBLICO DURANTE EL AÑO 2016 (BOJA núm. 238 de 2 de diciembre de 2015).

Los domingos y días festivos en que los comercios podrán permanecer abiertos al público durante el año 2016 serán los siguientes:

- 3 de enero, domingo.
- 29 de febrero, lunes.
- 3 de julio, domingo.
- 15 de agosto, lunes.
- 4 de septiembre, domingo.
- 12 de octubre, miércoles.
- 27 de noviembre, domingo.
- 11 de diciembre, domingo.
- 18 de diciembre, domingo.
- 26 de diciembre, lunes.

9. ORDEN DE 2 DE DICIEMBRE DE 2015, POR LA QUE SE DESIGNAN MIEMBROS DEL CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, EN REPRESENTACIÓN DE LA CONSEJERÍA (BOJA núm. 238 de 2 de diciembre de 2015).

Se designan miembros del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, como representantes de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio, a las personas titulares de determinados cargos directivos de la Consejería:

D.^a Antonia Jesús Moro Cárdeno, Viceconsejera.

D. Julio Samuel Coca Blanes, Secretario General de Empleo.

D. Jesús González Márquez, Director General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral.

1. ESTUDIOS

La existencia de la empresa en el mundo de Oliver E. Williamson
Manuel Alcaide Castro

La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo
Jesús Cruz Villalón

Marina mercante, derechos de conciliación y negociación colectiva, ¿es posible conciliar a bordo de un buque?
M^a Isabel Ribes Moreno

Eficacia de los “permisos por acontecimientos familiares” desde la perspectiva de las personas trabajadoras: una propuesta de mejora normativa
Pilar Núñez-Cortés Contreras

2. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

PODER DE DIRECCIÓN

Universidad de Córdoba

La contractualización de las condiciones de trabajo del convenio colectivo estatutario: un nuevo paradigma judicial
M^a Inmaculada Benavente Torres

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

Despido y derecho a la intimidad informática ¿Un sistema de garantías pendiente de construcción?

Esther Carrizosa Prieto

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

La extinción de la prestación por desempleo como sanción ante el incumplimiento del deber de comunicación del desempeño de una actividad profesional

Belén del Mar López Insua

3. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

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