

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Arturo Bronstein (*Argentina*), Martin Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Ana Virginia Gomes (*Brasil*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Manuel Luque (*España*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Roberto Pedersini (*Italia*), Rosa Quesada Segura (*España*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marly Weiss (*Estados Unidos*), Marcin Wujczyk (*Polonia*).

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)
Michele Tiraboschi (*Italia*)

Comité de Redacción

Graciela Cristina Del Valle Antacli (*Argentina*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), Maria Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Martina Ori (*Italia*), Eleonora Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Lavinia Serrani (*Italia*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*).

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

*Coordinador de este número de la Revista Internacional y Comparada de
RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO:*

Prof. Dr. Juan Gorelli Hernández

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

Introducción al número por parte del Coordinador

En este nuevo número de la Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, vamos a encontrarnos un conjunto de trabajos de investigación orientados en dos direcciones bien distintas. En primer lugar, diversos trabajos dedicados al análisis de la enfermedad como uno de los elementos que está incidiendo en el mundo del trabajo. De otro lado, el análisis de realidades jurídicas de carácter internacional.

En cuanto a la primera de las dos direcciones, se han presentado dos trabajos de investigación. En primer lugar, elaborado por Iluminada Feria Basilio y dedicado al tratamiento jurídico de la enfermedad como elemento diferenciador y la discriminación por causa genética. En él se destaca que no es precisamente una cuestión de ciencia ficción: cada vez es más viable el acceso al patrimonio genético del trabajador. Ello permite el acceso a informaciones que van más allá del simple conocimiento de la situación o no de enfermedad actual, pues permite conocer cuál es la predisposición del trabajador a padecer ciertas enfermedades. Surge así un importante conflicto entre los intereses empresariales de disponer de los medios oportunos para seleccionar a los trabajadores más adecuados y los intereses de los trabajadores para acceder al empleo. Se realiza un esfuerzo de análisis del tratamiento internacional sobre todo a través de la documentación procedente de la UNESCO y las Declaraciones Internacionales que afectan a esta cuestión; así como la regulación existente en el Consejo de Europa. Se realiza además un interesante análisis de las singularidades de la discriminación por causa genética, estableciendo criterios de distinción con la discriminación por discapacidad, y enfermedad. Destaca también el papel que juega el derecho a la intimidad y su confluencia con la discriminación genética. En definitiva, se plantea cómo un instrumento como el cribado, que se utiliza como herramienta de la medicina preventiva, puede tener incidencia en el

ámbito laboral mucho más allá de la prevención de riesgos, e incidir en la propia contratación de trabajadores.

En segundo lugar, encontramos la aportación de Silvia Fernández Martínez, dedicada al análisis de la enfermedad crónica como causa de despido. Con este trabajo se realiza un análisis de derecho comparado, centrado fundamentalmente en el estudio de la enfermedad como causa de discriminación. Se constata como la enfermedad no está recogida en la Directiva 2000/78/CE, por lo que los ordenamientos internos se limitan a recoger la discriminación por discapacidad, dejando de lado la enfermedad. Se constata así que la jurisprudencia de ciertos ordenamientos, como el español son muy rígidos y no extienden la protección antidiscriminatoria a los supuestos de enfermedad, al igual que ocurre en otros ordenamientos como el italiano o el alemán. Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria ha comenzado a señalar una situación intermedia: las enfermedades de larga duración, que tienen carácter crónico, pero que no suponen una discapacidad. Se plantea así la aplicación a las enfermedades crónicas del discutido concepto de los “ajustes razonables”, que recordemos está limitado por la propia regulación comunitaria, de manera que no pueden suponer una excesiva carga para los empresarios. Finalmente este trabajo se centra en el análisis de la enfermedad como causa de despido objetivo.

Este primer conjunto de trabajos dedicados a la enfermedad y su repercusión en derecho del trabajo se complementan con un interesante comentario de la Profesora Rosa Pérez Anaya sobre la obesidad como causa de despido a la luz de la jurisprudencia comunitaria. La Profesora sevillana, no precisamente obesa, parte del análisis de la protección antidiscriminatoria de la Unión Europea, centrándose en la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al reconocimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación. A partir de ahí va estableciendo líneas de conexión entre la obesidad con la discapacidad y enfermedad, pasando al análisis jurisprudencial del tratamiento y evolución que ha venido realizando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La segunda parte de este número de la revista se dedica al análisis de realidades nacionales. En este caso hemos de señalar como se han presentado dos trabajos diferentes, pero de enorme interés y calidad; si bien muy diferentes en su concepción. En primer lugar, encontramos el trabajo de Fernando Arab Verdugo, dedicado al análisis de la regulación chilena: “Presente y futuro de la legislación laboral chilena”. Se pretende (y consigue) realizar un análisis de carácter transversal de la última evolución de la regulación del país del Cono Sur americano. Se diferencia

nítidamente cuál ha sido la evolución normativa chilena tanto a nivel individual como colectivo. En algunos aspectos es relevante las diferencias entre los estándares chilenos y los europeos (en unos casos a favor de los trabajadores europeos – un buen ejemplo sería la regulación de la jornada semanal –, pero en otros casos favorable a los trabajadores chilenos como es el caso de la regulación del descanso postnatal). Destaca la regulación introducida por la Ley “Multi Rut” que supone visitar normativamente una cuestión tan relevante como es el propio concepto y delimitación del empresario, a la luz de la existencia de importantes alteraciones en los sistemas productivos generados como consecuencia de la externalización. Por otra parte se destacan las reformas en el ámbito del derecho colectivo del trabajo, resaltando aquí también importantes diferencias con los ordenamientos europeos: la legitimación en exclusiva de los sindicatos para negociar a nivel de empresa, la regulación del esquirolaje, la consideración de que cada convenio colectivo se conforma como un “piso” insoslayable para los nuevos convenios colectivos, lo que plantea el problema de la petrificación de la negociación colectiva. Especial interés tienen también la reflexiones sobre las reformas procesales, en materia de difusión de los principios de oralidad, publicidad e intermediación; así como la problemática específica del sistema de recursos.

De otro lado contamos con un trabajo totalmente diferente, tanto por dedicarse a una realidad nacional totalmente distinta, la italiana, y en lugar de ser un análisis transversal, es un estudio centrado exclusivamente en una cuestión de actualidad: la política de empleo. El trabajo, titulado “La política de empleo italiana entre idea e ideología”, realiza una análisis muy crítico sobre esta cuestión, resaltando como también Italia se ha visto sometida a la “flexiseguridad”, pero un concepto de flexiseguridad bastante alejado del original procedente de Dinamarca. El punto de partida del análisis, como no podía ser de otra manera es el de señalar los principales elementos del libro verde “Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del SXXI”. El trabajo se centra además en una cuestión de relevancia, que es moneda común en la mayoría de los estados de la Unión Europea: que la política de empleo pasa necesariamente por coordinar las políticas pasivas de empleo con las activas; o mejor dicho, la subordinación de las políticas pasivas a las necesidades de las políticas activas de empleo; es lo que se ha venido denominando como sistema de “welfare”. En Italia, como en otros muchos países se condiciona la prestación por desempleo al cumplimiento de un conjunto de requisitos que son propios de las políticas activas: los compromisos de actividad, la obligación de seguir itinerarios formativos, la penalización al rechazo de las ofertas adecuadas de empleo. Se resalta también el importante auge de

los servicios privados de empleo como alternativa a los ineficaces servicios públicos de empleo.

Este segundo componente del número de la revista se complementa con dos comentarios dedicados a dos realidades jurídicas nacionales: de un lado el de María Luisa Martín Hernández, titulado “Cambios producidos en el mundo del trabajo y transformaciones del ordenamiento jurídico-laboral español: El auge de los instrumentos de soft law”; y por otra parte el de Atilio Noguera y Dangelly Tropiano, dedicado a los “Aspectos relevantes de la jubilación de los funcionarios y empleados de la administración pública nacional y los docentes en Venezuela”. De un lado un trabajo sobre fuentes del derecho y, por otra parte, un estudio de Seguridad Social.

Juan Gorelli Hernández

Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Huelva

ÍNDICE

Artículos

- Iluminada R. Feria Basilio**, *Antesala al tratamiento jurídico de la enfermedad como elemento diferenciador: la discriminación por causa genética*.....**1**
- Silvia Fernández Martínez**, *Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada*.....**31**
- Fernando E. Arab Verdugo**, *Presente y futuro de la legislación laboral chilena*.....**48**
- Antonello Olivieri**, *La política de empleo italiana entre idea e ideología*.....**62**

Comentarios

- María Luisa Martín Hernández**, *Cambios producidos en el mundo del trabajo y transformaciones del ordenamiento jurídico-laboral español: El auge de los instrumentos de soft law*.....**84**
- Atilio Noguera, Ydangely Tropiano**, *Aspectos relevantes de la jubilación de los funcionarios y empleados de la administración pública nacional y los docentes en Venezuela*.....**118**
- Rosa María Pérez Anaya**, *La obesidad como causa de despido: desde la perspectiva comunitaria*.....**139**

Reseñas Bibliográficas

- Jessica Judith Sánchez Morales**, *El despido o la violencia del poder privado, por Joaquín Pérez Rey. Una reseña*.....**159**
- Delfina Curi**, *El Principio de la Estabilidad Laboral, por Ricardo Barona Betancourt. Una reseña*.....**162**
-

Antesala al tratamiento jurídico de la enfermedad como elemento diferenciador: la discriminación por causa genética*

Iluminada R. FERIA BASILIO**

RESUMEN: Los descubrimientos genómicos están permitiendo acceder al conocimiento más íntimo que cupiera imaginar: el patrimonio genético, gran parte del cual, determina certezas o predisposiciones a padecer buen número de enfermedades y patologías. Dicho conocimiento genera tanto esperanzas como temores y, en torno a ellos, complejos conflictos de intereses que están focalizando la atención de los organismos internacionales dedicados al amparo de los derechos humanos. En el plano laboral, se entabla la necesidad de proteger a los empleados/demandantes de empleo de eventuales discriminaciones basadas en la causa genética. No obstante, esta nueva causa discriminatoria presenta unos perfiles propios que la diferencia de las causas discriminatorias tradicionales y, a la vez, permiten adelantar la barrera tuitiva en supuestos de enfermedad y, en su caso, discapacidad.

Palabras clave: Discriminación, genética, enfermedad.

SUMARIO: 1. La genética como nueva causa de discriminación. 2. El progresivo tratamiento de la causa genética en el ordenamiento internacional de los derechos humanos. 3. La genética en relación a otras causas de discriminación. Especial atención a la enfermedad. 3.1. La singularidad de la causa genética. 3.2. La discriminación por raza/etnia/religión y la ciencia genética. 3.3. La separación entre discapacidad, enfermedad y genética. 3.4. La genética como posible elemento de un fenómeno de discriminación múltiple. 4. Algunos perfiles propios a considerar en el tratamiento jurídico de la discriminación genética. 5. Bibliografía.

* La presente aportación se enmarca en el Proyecto DER 2012-36755. Mercado de trabajo, transiciones laborales y edad: jóvenes y mayores de 55 años.

** Supervisora de Gestión de Personal en Atlantic Copper, S.L.U. Asistente Honoraria 2014/2015 en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla. Doctora en Derecho.

1. La genética como nueva causa de discriminación

El desarrollo de la genómica se halla en fase exponencial, en especial, desde la publicación de la cartografía del genoma humano en 2003 (Proyecto Genoma Humano). Dicho crecimiento es tanto más vertiginoso cuanto mayores avances se producen. El genoma humano despierta fascinación y temor a partes iguales, ya que supone desvelar la esencia más profunda de la Humanidad y, en cierta medida, la primera oportunidad científica de recorrer el velo del destino personal y, hasta cierto punto, la ocasión de poder incidir en el devenir del mismo.

Ahora bien, ese temor también supone el recuerdo presente de execrables experiencias históricas, en las que la ciencia genética ha sido evocada como base para someter a determinados individuos a impensables ataques a su dignidad. Aunque el desarrollo político-jurídico de la sociedad internacional y el paulatino imperio del respeto a los derechos humanos torne en irrepetibles tales experiencias (al menos con carácter sistemático), sí se hace preciso contar con el respaldo jurídico-normativo que impida, siquiera de forma aislada, el empleo de esta información con fines discriminatorios.

La potencial información sensible que cabe extraer del genoma humano puede hacer surgir la tentación de emplearla como fundamento para la toma de decisiones. Con dicha tentación no nos estamos refiriendo a la práctica médica, cada vez más consolidada, de recurrir a este conocimiento como vía para la prevención o la detección precoz de determinadas enfermedades y patologías, sino, en lo que nos interesa, a la política empresarial de tomar decisiones económicas. Más allá de prejuicios ideológicos, la principal motivación de la discriminación genética sería, al menos en los países en los que ello se ha estudiado¹, de corte económico: temor a que determinado gen o poliformismo acabe generando una discapacidad o enfermedad incapacitante que se traduzca para el tercero, potencial discriminador, en mayores costes o una pérdida de resultados.

A los efectos que interesan a esta aportación, podríamos entender por características genéticas toda información concerniente al genoma humano, reveladora de aspectos negativos o positivos de la salud, psicología o rasgos físicos del sujeto, u otro relacionado consanguíneamente con él; una información, esta, muy próxima al estado de salud de los individuos, por cuanto revela sus puntos fuertes y débiles,

¹ Calvo Gallego, F. J., “Test genéticos y vigilancia de la salud del trabajador”, *Derecho y conocimiento*, Universidad de Huelva, vol. 2, 2002, p. 18.

mostrando ineludibles males o predisposiciones más o menos gobernables. Habríamos de englobar, no sólo los genes, constituyentes del 2-5% del genoma humano, sino también el mal denominado hasta el pasado mes de febrero “ADN basura”. Esta parte, antes desdeñada del genoma, parece contener las llaves que determinan la in/activación de los genes, siendo por ello los responsables últimos de características personales y múltiples enfermedades².

Esta información, por tanto, sería muy “útil” desde la óptica económica de los Recursos Humanos. Por más que pudiera parecer una visión excesivamente mercantilista, en el conflicto de intereses que representa el uso laboral de la genética, no sólo está presente la irrenunciable defensa de los derechos humanos del trabajador, sino también la ponderación de intereses empresariales con razones para su defensa (en términos reduccionistas, la libertad empresarial legitimaría la búsqueda del mayor rendimiento posible a la inversión en costes laborales y la minimización del riesgo de incurrir en responsabilidad por daños)³.

Hacer frente a esta nueva realidad supone abandonar una aptitud social que obvia la dimensión y repercusión⁴ de las características genéticas⁵. Precisamente por la caracterización de esta información, la tutela del patrimonio genético tiene como fin último la evitación de cualquier conducta discriminadora en sede laboral, si bien debe estar sustentada sobre una protección previa de la intimidad y protección de datos de los trabajadores y demandantes de empleo. Así comienza a suceder en el orbe internacional y en algunos ordenamientos internacionales, en los que, ya sea desde la óptica de la intimidad/discriminación o desde ambas, empieza a abordarse dicha tutela.

2. El progresivo tratamiento de la causa genética en el ordenamiento internacional de los derechos humanos

Más allá de las interpretaciones inclusivas o incluyentes que pudieran

² Romanoski, C. E. (*et al.*), “Epigenomics: Roadmap for regulation”, *Nature*, Nature Publishing Group, vol. 518, 2015, pp. 314-316.

³ Vidal Gallardo, M., “Derecho a la intimidad genética en las actividades sanitaria y contractual”, *Información Laboral*, Lex Nova, n. 17, 2008, documento electrónico.

⁴ Morris, A., “Affirmative action: fair shakers and social engineers”, *Harvard Law Review*, Harvard Law School, n. 99, 1986, p. 1317.

⁵ Se distinguen tres etapas en la Historia respecto a la relación entre genética y vida social: prácticas eugenésicas, interés por el conocimiento genético y “medicalización” de la ciencia genética. [Fernández Domínguez, J. J., *Pruebas genéticas en el Derecho del Trabajo*, Civitas, Colección Estudio de Derecho Laboral, Madrid, 1999, pp. 87 y 88].

hacerse de los instrumentos matrices del ordenamiento público internacional (la llamada Carta Internacional de los Derechos Humanos), la proclamación de la problemática genética como una realidad social y jurídica ha venido de la mano de la UNESCO, ente internacional que ha adoptado tres instrumentos expresamente dirigidos a la ciencia genética: la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos⁶, la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos⁷ y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos⁸. La asunción de este papel deriva de la necesidad de contar con un posicionamiento ético-político mínimo aceptable para toda la sociedad internacional⁹. Aunque las diferencias culturales sólo han permitido la adopción de formulaciones declarativas, no vinculantes, que dejan en manos nacionales la autodeterminación de los Estados en este campo, se ha de reconocer su peso relativo al prever algún mecanismo de seguimiento¹⁰. Además, esa permanencia de las Declaraciones en el ámbito de los compromisos políticos e internacionales, no niega la importancia relativa de las mismas, cuanto menos, como parámetro interpretativo de tribunales inter/nacionales¹¹ y como impulso de la labor de otros organismos encargados de la protección de los derechos humanos (incluida la OIT¹²). Así, se inicia expresamente el recorrido hacia el tratamiento jurídico internacional de la genética como causa de discriminación, “nueva” en sí misma considerada o soporte añadido de las causas de discriminación tradicionales¹³, lo que en todo caso choca

⁶ Adoptada por unanimidad por la Conferencia General de la UNESCO, el 11 de noviembre de 1997.

⁷ Adoptada por unanimidad por la Conferencia General de la UNESCO, el 16 de octubre de 2003.

⁸ Adoptada por unanimidad por la Conferencia General de la UNESCO, el 19 de octubre de 2005.

⁹ Lacadena, J. R., “Bioética y biociencia”, en Gros Espiell, H. y Gómez Sánchez, Y., *La Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Comares, Granada, 2006, p. 125.

¹⁰ El art. 24 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos; art. 25 de la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos y art. 25 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos.

¹¹ Así, en el ámbito regional del Consejo de Europa, el TEDH se ha hecho eco de los principios presentes en la Declaración de la UNESCO (apdo. 42 STEDH de 7 marzo de 2006, asunto Evans c. Reino Unido, *Application* n. 6339/2005).

¹² Director General de la OIT, “La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean”, *Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo*, Informe I (B), 97ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2007, pp. 53 y 54.

¹³ La fundamentación genómica de la igualdad puede predicarse de todos los supuestos

frontalmente con la fundamentación biológica de la igualdad que la genética representa¹⁴.

Esa llamada silenciosa a la consideración de la genética por parte de las entidades encargadas del desarrollo del Derecho de los Derechos Humanos, ha sido especialmente recogida por el Consejo de Europa. Tras la primera resolución en la materia, emitida en 1978, se han sucedido un amplio número de recomendaciones y resoluciones¹⁵, las cuales han abordado, algunas con mayor concreción que otras, diversas temáticas sobre bioética y biomedicina. Entre todas ellas, hemos de destacar la atención especial que se le ha prestado a la protección de datos genéticos, entendiéndose que habría de ser el primer paso para la tutela frente a la discriminación genética. La discriminación, *per se*, fue directamente abordada en la Recomendación n. (94) 11 sobre el cribado como una herramienta de medicina preventiva, en referencia a una posible estigmatización de los (no) participantes en este tipo de pruebas, a la presión social para participar y a las dificultades que se generarían para las personas que arrojasen un resultado positivo en ámbitos como el empleo (art. 1.9). Esta “discriminación” se neutralizaría, fundamentalmente, mediante la exigencia de un consentimiento libre e informado, sólo regulable mediante ley.

discriminatorios, aunque es especialmente determinante frente al racismo [Gros Espiell, H., “La Declaración Universal sobre la Bioética y los Derechos Humanos y las otras declaraciones de la UNESCO en material de bioética y genética. Su importancia e incidencia en el desarrollo del Derecho Internacional”, en Gros Espiell, H. y Gómez Sánchez, Y., *La Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Comares, Granada, 2006, p. 220].

¹⁴ Así era ya declarado por el art. 1 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos: “*El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad*”.

¹⁵ Destacamos al objeto de interés de esta aportación: Recomendación (81) 1 sobre regulaciones de bancos de datos médicos automatizados; Recomendación (84) 16 sobre la notificación de trabajos que impliquen ácido desoxirribonucleico (ADN); Recomendación (90) 3 sobre la investigación médica en seres humanos; Recomendación (92) 3 en las pruebas de cribado genéticos con fines de salud; Recomendación (93) 4 sobre ensayos clínicos con el uso de componentes y productos fraccionados derivados de sangre o plasma humano; Recomendación (94) 1 sobre bancos de tejidos humanos; Recomendación (94) 11 sobre el cribado como herramienta de la medicina preventiva; Recomendación (97) 5 sobre la protección de los datos médicos; Recomendación (2002) 9 sobre la protección de los datos personales recogidos y tratados a efectos de seguro; Recomendación (2006) 4 sobre la investigación en material biológico de origen humano; y Resolución n. 3 de la Conferencia de Ministros sobre los Derechos del Hombre, de 19-20 de marzo de 1985, sobre los derechos humanos y el progreso científico en los campos de la biología, la medicina y la bioquímica.

Pese a todo, desde inicios de la década de los noventa se subrayó la necesidad de aprobar un instrumento internacional que se pronunciase sobre nuevos derechos o actualizase los tradicionales, identificase titulares y determinase la primacía entre valores individuales y colectivos, ya que el marco regulatorio existente se denotaba insuficiente ante los planteamientos biomédicos¹⁶. Fue así como el Consejo de Europa, en consenso con otros Estados Miembros, ofreció a finales de la década el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, o Convenio de Oviedo¹⁷. Y aunque data del mismo año que la primera Declaración de la UNESCO en genética, sí adopta una fórmula de obligatoriedad jurídica. Este Convenio permanece en el ámbito público-estatal y no establece un sistema de garantía especialmente reforzado¹⁸, pero permite que todo nacional de Estado Parte pueda reclamarle frente a cualquier vulneración en los derechos y libertades proclamados por aquel, tanto cuando provenga del Estado mismo, como cuando se deba a la actuación de una tercera persona y haya ausencia/fallo en la legislación interna o en la tutela jurisdiccional.

En lo tocante a la genética humana, el Consejo de Europa ha reconocido

¹⁶ Romeo Casabona, C. M., “El Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina: sus características y sus repercusiones en el Derecho español”, en Romeo Casabona, C. M. (Ed.), *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*, Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA, Diputación Foral de Bizkaia y Comares, Bilbao-Granada, 2003, pp. 1 y 9. En los aspectos que nos interesan: qué papel se confiere al consentimiento, el reconocimiento o no de la posibilidad de retirarlo en algún momento del proceso, o la confrontación que puede establecerse entre este y el derecho a la vida o a bienes colectivos como la salud pública.

¹⁷ Abierto a la firma el 4 de abril de 1997, logró las cinco ratificaciones necesarias para su entrada en vigor el 1 de diciembre de 1999.

¹⁸ Esencialmente: obligación de los Estados Parte de adoptar en las medidas necesarias para la aplicación del Convenio (art. 1); obligación de garantizar una protección jurisdiccional adecuada (art. 23), previendo sanciones (art. 25) y una reparación equitativa del daño injustificado (art. 24); y finalmente, la posibilidad de requerir a cualquier Estado Parte explicaciones en torno su legislación asegura el respeto del Convenio (art. 30). No se prevé la posibilidad de recurrir al TEDH individual ni interestatalmente; limitando su actuación a la emisión de informes consultivos sobre la interpretación del Convenio. Por otra parte, el art. 27 del Convenio recuerda que los Estados Parte no están compelidos a establecer o mantener una protección biomédica más restrictiva, lo que se ha interpretado como un refuerzo de su configuración como protección mínima internacional [Bellver Capella, V., “Pasos hacia una bioética universal: el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina”, en Romeo Casabona, C.M. (ed.), *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*, Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA, Diputación Foral de Bizkaia y Comares, Bilbao-Granada, 2003, p. 55].

su preocupación por el uso no médico de la misma, determinándose como “discriminación” la actuación que pudieran padecer aquellas personas “genéticamente susceptibles” por quienes han de adoptar respecto a las mismas decisiones con trasfondo económico, entre otros, en el ámbito laboral, y que bien pudiera generar la “*excluding certain categories of persons from society*”¹⁹. Así, aunque únicamente aborda las pruebas genéticas predictivas²⁰, y enmarcadas en una “*atención sanitaria de calidad apropiada*”²¹, menciona como su objeto y finalidad la proscripción de la discriminación en razón del patrimonio genético (art. 1), y la predica cualquiera que sea la forma que adopte la conducta y respecto a toda persona (art. 11). Las mismas consideraciones son reiteradas por el Protocolo Adicional del Convenio relativo a las pruebas genéticas con fines de salud²². Y esa reiteración en la predicación de la prohibición de discriminación respecto a cualquier persona, conlleva el respeto debido a las dos perspectivas en liza, tanto la individual como la colectiva, debiéndose tomar en consideración ambas a la hora de adoptar las medidas adecuadas para prevenir la estigmatización²³. Por tanto, aunque la alusión a grupos se conecta con la causa discriminatoria misma (herencia), no limita a la mediación de estos (ni supuesta ni presunta mediatamente) su apreciación directa. La declaración y erradicación de la discriminación por causa genética, pues, podría y debería tener en cuenta la existencia de “grupos genéticos” en los términos que referenciaremos a continuación, pero claramente, entendemos, se supera toda consideración en torno a la pertenencia a un grupo y se protege al individuo por encima de cualquier identificación grupal.

¹⁹ Steering Committee on Bioethics of Council of Europe, *Working party on Human Genetics (CDBI-CO-GT4)*, DIR/JUR (97) 13 Bis, Strasbourg, 27 October 1997, p. 25.

²⁰ Art. 12 Convenio de Oviedo: “*Sólo podrán hacerse pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad, o detectar una predisposición o una susceptibilidad genética a una enfermedad, con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético apropiado*”.

²¹ El prfo. 24 Informe Explicativo al Convenio señala que con tal expresión se pretendía hacer alusión a las actividades diagnósticas, preventivas, terapéuticas y de rehabilitación destinadas a mantener/mejorar el estado de salud de la persona, o a aliviar su sufrimiento.

²² Protocolo Adicional al Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, relativo a las pruebas genéticas con fines de salud, adoptado el 27 de noviembre de 2008.

²³ De acuerdo con los prfos. 43 y 44 Informe Explicativo del Protocolo, este apartado segundo del art. 4 implica que las Partes “deberían” poner en marcha iniciativas como campañas de información sobre el genoma y los avances en su conocimiento dirigidas a la población general; una información mucho más concreta bastaría con reservarla a las personas que pretendiesen participar en programas de cribado.

3. La genética en relación a otras causas de discriminación. Especial atención a la enfermedad

Esta pequeña aportación a un necesario número basado en el tratamiento de la enfermedad desde el ámbito laboral, parte del convencimiento de que toda causa de discriminación presenta unos perfiles propios²⁴, lo que impide que la tutela diseñada para una causa pueda asimilarse plenamente para la protección de otra. En el caso de la información genómica, ello es predicable, incluso, respecto a la propia enfermedad/dolencia/patología, por lo que el planteamiento de un tratamiento jurídico de la misma, tal y como ha ocurrido respecto a otros factores de discriminación²⁵, ha de ser en cierta medida *sui generis*.

3.1. La singularidad de la causa genética

Gran parte de los rasgos personales (sino todos), pueden estar condicionados o predispuestos, en mayor o menor grado según las teorías científicas, por el patrimonio genético individual; y ello es predicable tanto de las características físicas y psíquicas, como de aquellas que de un modo u otro pueden conectarse con enfermedades, patologías o limitaciones del sujeto (abstracción hecha de la voluntad y el entorno²⁶, aún más determinantes para quien suscribe estas líneas).

Plantearnos el tratamiento de las características genéticas como causa de discriminación no puede suponer, en nuestra opinión, convertir cualquiera de estos rasgos en causa de discriminación, ya que ello desnaturalizaría el concepto discriminatorio y su necesaria conexión con un grave ataque a la

²⁴ Fernández López, M. F., “Igualdad y no discriminación por razón de sexo: planteamiento constitucional”, en Aparicio Tovar, J. y Baylos Grau, A., *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 95 y 96.

²⁵ Las particularidades más evidentes en el entorno de trabajo se han reconocido en relación con el sexo, donde se ha tratado especialmente la prohibición de discriminación directa e indirecta y la imposición de acciones positivas (Rey Martínez, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México DF, 2005, p. 36) y la discapacidad, respecto a la que se han articulado en exclusividad los ajustes razonables.

²⁶ Como claramente expresa el art. 3 Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos: “Cada individuo posee una configuración genética característica. Sin embargo, la identidad de una persona no debería reducirse a sus rasgos genéticos, pues en ella influyen complejos factores educativos, ambientales y personales, así como los lazos afectivos, sociales, espirituales y culturales de esa persona con otros seres humanos, y conlleva además una dimensión de libertad”.

dignidad humana. Ahora bien, las características genéticas pueden conformar una probabilidad, más o menos incierta, una clara realidad futura o una realidad aún no manifestada. El grave ataque a la dignidad que entendemos como elemento consustancial al concepto moderno de discriminación, únicamente residiría a nuestro entender en el estadio temporal en el que dichas características genéticas aún no se hayan exteriorizado. Y ello con independencia de que estos factores genéticos estuvieran conectados o no a características que, una vez manifestadas o actualizadas, tuvieran por sí mismas la calificación de factor de discriminación. Es decir, la configuración de las características genéticas como causa de discriminación deriva de la búsqueda y/o utilización de esta información, por relacionarse con una características personal aún no actual o meramente latente, para la toma de decisiones sobre su titular, ya se trate de la probabilidad de ser obsesa, quedarse calva, estar predispuesta a la ansiedad o estar destinada a padecer cáncer de pulmón.

Desde esta perspectiva, la prohibición de discriminación por causa genética acaba conectada inexorablemente con la tutela de la intimidad y la protección de datos al ser consustancial a este factor. Y aunque esta perspectiva escapa al objeto de esta exposición, sí debemos aclarar que mientras el factor genético no sea clara y patentemente exteriorizado, el mismo estará protegido, no sólo por la intimidad y la protección de datos personales, sino también por la perspectiva sancionadora y represiva de la prohibición de discriminación. En cambio, cuando dicha característica, aún con base genética, esté clara y patentemente exteriorizada, consideramos que sólo debiera ser tutelada en la medida en que revele una característica que pudiera ser objeto autónomo de la tutela antidiscriminatoria.

Hemos de reconocer que las características genéticas pueden, a priori, no encajar en la concepción tradicional de la discriminación, en la medida en que, entre otras notas, se ha predicado respecto a grupos sociales que sufren un perjuicio histórico, generalmente derivado de la posesión de unos rasgos perceptibles para la sociedad²⁷, y se ha entendido más probable la vulneración de la dignidad humana cuando la conducta fuese pública y notoria²⁸.

Por nuestra parte, no podríamos sostener que esa habitual conexión entre vejación y publicidad/notoriedad sea necesaria. La difusión a terceros de la lesión causada a la dignidad puede tenerse como elemento valorable del

²⁷ Rey Martínez, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México DF, 2005, pp. 29-30.

²⁸ Alfaro Águila-Real, J., "Autonomía privada y derechos fundamentales", *Anuario de Derecho Civil*, Ministerio de Justicia, vol. 46, n. 1, 1993, pp. 93 y ss.

daño causado, pero la discriminación no deja de ser tal aunque nadie más que los implicados tengan conocimiento de la misma. Elementos como la visibilidad o trascendencia pública son denominadores comunes extraídos de la experiencia histórica, pero el respeto de la dignidad humana en la sociedad actual puede llevarnos al reconocimiento de nuevas causas y formas de discriminación no necesariamente conectados con la notoriedad de la conducta ilícita. Así sucede en el ámbito genético: la mayor parte de la constitución genética de un individuo no es apreciable a simple vista. Hasta pueden mantenerse en el desconocimiento de su propio portador, mientras que el sujeto activo de la discriminación puede llegar a entrar en conocimiento de la misma por encima de la voluntad de este. Esta posible ausencia de visibilidad de la causa discriminadora para el propio sujeto pasivo y para terceros, conforma, pues, un rasgo específico de la discriminación genética.

La causa genética también se diferencia de las causas tradicionales de discriminación en el porcentaje de Humanidad afectado. Así, mientras causas como el sexo o la raza, hacen referencia a un único o limitado colectivo, la genética configura a cada uno de los miembros de aquella. Aunque en la propia Historia algunas ideologías han intentado diferenciar un colectivo con un genoma perfecto frente al resto, dotado de todas las “imperfecciones”, la ciencia lo ha determinado como imposible²⁹, puesto que en todos nosotros podemos hallar alguna característica genética susceptible de discriminación. Ahora bien, respecto a cada característica genética sería posible hablar de individuos des/favorecidos por la Naturaleza, el cual constituiría un “*proletariado genético*”³⁰ y se enfrentaría al riesgo de ser postergado frente al resto. En consecuencia, en relación a las características genéticas no es que no existan “grupos” (pensemos, por ejemplo, en las características genéticas que se transmiten mediante herencia), sino que estos no están claramente delimitados y cerrados, ni sus miembros son determinables a priori.

A pesar de estas singularidades, en otros países, mientras perduró la ausencia de una regulación específica sobre esta causa, se pretendió el uso de todo el aparato normativo diseñado en torno a la discapacidad para la

²⁹ Pues afecta a la población mundial (Makkonen, T., “*Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to thefore*”, Institute For Human Rights, Abo Akademi University, April, 2002, p. 6) y no es posible su determinación (Fernández Domínguez, J. J., *Pruebas genéticas en el Derecho del Trabajo*, Civitas, Colección Estudio de Derecho Laboral, Madrid, 1999, p. 187).

³⁰ Abrisqueta Zarrabe, J. A., “Genes y discriminación”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBV-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, n. 11, 1999, p. 164.

protección del patrimonio genético de la persona³¹. Los nuevos factores de discriminación no expresamente regulados por el legislador podrían ser objeto de tratamiento mediato, a través de la protección de otros derechos fundamentales o, sobre todo, mediante su subsunción en causas discriminatorias expresamente reguladas³². Pero incluso desde esta perspectiva debe recordarse que ninguna causa de discriminación es igual a otra, por lo que la discriminación que sobre las mismas se genera no se manifiesta del mismo modo y, por tanto, han de adaptarse algunas de las orientaciones de la tutela antidiscriminatoria tradicional³³.

3.2. La discriminación por raza/etnia/religión y la ciencia genética

La relación entre enfermedad y características genéticas también se ha relacionado tradicionalmente con la pertenencia a una determinada raza o etnia (fundamentalmente, judíos y afroamericanos)³⁴. Históricamente, ante las dificultades para desvelar el patrimonio genético de cada individuo, los sujetos que pretendían desarrollar un tratamiento desigual sobre tal base, han tomado como referencia tal pertenencia, ya que las investigaciones

³¹ Aun cuando la Americans with Disabilities Act of 1990 (ADA) fue modificada mediante la ADA Amendments Act of 2008, la singularidad genética acabó por impulsar la promulgación de la Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008 (GINA).

³² En referencia a esta consideración, debemos recordar que el TJUE ha establecido que, del hecho de que la no discriminación sea un derecho humano y, por tanto, principio general del Derecho Comunitario, no puede desprenderse sin más la aplicación analógica de las Directivas antidiscriminatorias a otras causas no expresamente contempladas en las mismas (aptdo. 56 STJCE de 11 de julio de 2006, asunto Sonia Chacón Navas c. Eurest Colectividades, S.A., C-13/05).

³³ Rey Martínez, F., “La prohibición de discriminación racial étnica en la Unión Europea y en España. El caso de la minoría gitana”, en Pérez Royo, J., Urías Martínez, J. P. y Carrasco Durán, M. (Eds.), *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 4846-4864. Así la discriminación racial o étnica se caracterizaría por arraigo temporal y polifacético, por una abundante normativa protectora con escasos pronunciamientos judiciales, y por ser estigmatizante. En pronunciamiento coetáneo, este autor considera el que Tribunal Constitucional no tiene suficientemente en cuenta que el contenido del derecho a la no discriminación es distinto en función de la causa de que se trate. Rey Martínez, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México DF, 2005, p. 35.

³⁴ Coalition for Genetic Fairness, “Racial and Ethnic Discrimination”, *Faces of genetic discrimination: How genetic discrimination affects real people*, July, 2004, p. 14 y ss. Disponible en: <http://www.nationalpartnership.org/site/DocServer/FacesofGeneticDiscrimination.pdf> (Visitado por última vez: 23/02/2015).

científicas poblacionales habían determinado la mayor penetrancia de ciertos fenotipos patológicos en dichas razas o etnias. Si pensamos en la selección de currículos, se ha de tutelar a los candidatos cuya etnia, raza o religión es presumida por el observador a partir de una eventual fotografía; pero también se ha de tutelar al candidato, “no encuadrable” a simple vista pero que, por ejemplo, ofrece in/conscientemente en una entrevista tales datos, o estos se revelan por cauces ajenos de información. En términos generales, bajo el concepto de raza suele englobarse grupos humanos singularizados por unas características genéticas que son transmisibles mediante herencia, si bien no existen³⁵ en términos biológicos “razas humanas” y no puede establecerse una definición científica de este concepto³⁶. En cambio, la etnia vendría a constituir un criterio de pertenencia, compuesto por un grupo no cerrado de rasgos culturales, por el que se identifica a un sujeto dentro de una sociedad compleja³⁷.

Más allá de la relativización que exista hoy entre razas y etnias derivada de la interacción entre grupos³⁸ y de la confusión entre términos³⁹, y a pesar de la interrelación que pueda existir entre estos conceptos y el de religión⁴⁰, en el contexto discriminatorio que aquí abordamos lo determinante será la percepción que los terceros puedan tener sobre la no/pertenencia de un individuo a una determinada raza o etnia. De hecho, tanto en la Unión Europea⁴¹, como en el orden internacional⁴², la

³⁵ Machado Ruíz, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art. 511 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 211.

³⁶ Rey Martínez, F., “La prohibición de discriminación racial o étnica en la Unión Europea y en España. El caso de la minoría gitana”, en Pérez Royo, J., Urías Martínez, J.P. y Carrasco Durán, M. (Eds.), *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 4846.

³⁷ Terrén, E., “La etnicidad y sus formas: aproximación a un modelo complejo de la pertenencia étnica”, *Papers: revista de sociología*, Universitat Autònoma de Barcelona, n. 66, 2002, p. 46-49.

³⁸ Chieffi, L. (Ed.), *Il multiculturalismo nel dibattito bioetico*, Giappichelli, Torino, 2005.

³⁹ El TEDH ha establecido que “la discriminación debida al origen étnico es una forma de discriminación racial” (por todos, aptdo. 32 STEDH de 22 de diciembre de 2009, asunto Sejdi y Finci c. Bosnia y Herzegovina, *Applications* n. 27996/06 y 34836/06).

⁴⁰ Vickers, L., *Religion and belief discrimination in employment - the EU law*, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Unit G.2, European Commission, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2007, p. 34.

⁴¹ Art. 1.1.a) Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.

⁴² Art. 1.1 Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial: define la discriminación racial como aquella “basada en motivos de

raza y la etnia se asocian a rasgos que, por lo general, son apreciables a simple vista⁴³, y, aunque el acervo comunitario no relaciona tales rasgos, bastará con que se asocien a aquellas bajo las circunstancias adecuadas⁴⁴. En la medida en que tal grupo racial-étnico sea “visiblemente” identificable, se podrá contar con el soporte colectivo del que normalmente carece la discriminación por causa genética⁴⁵. No obstante, también en este ámbito, la tutela antidiscriminatoria está avanzando hasta estadios previos, en los que se quiere evitar la búsqueda de información por encima de la visualización del sujeto activo; de hecho, entre los objetivos inmediatos de la FRA se sitúa la protección de datos, dentro de la cual, se singulariza la salvaguardia frente a la generación de perfiles étnicos⁴⁶ para cubrir, no sólo la apariencia (dato físico que se conectaría en nuestro caso a una posible herencia genética), sino también el conocimiento independiente de esta (investigación sobre la pertenencia a una raza, etnia o religión con el mismo fin).

Por mor de los últimos estudios, esta idea bien podría conectarse con la nacionalidad o el lugar de nacimiento, ya que la información genética podría sustentar la conformación de “grupos” a los que la ciencia conectase una mayor prevalencia (superior en cuanto se tratase de grupos cerrados por motivos geográficos o culturales⁴⁷) de determinado gen o

raza, color, linaje u origen nacional o étnico”.

⁴³ La doctrina ha querido ver la discriminación por raza como una subespecie de la discriminación por etnia, la cual englobaría las discriminaciones más incisivas de esta al basarse en rasgos físicos [Rey Martínez, F., “La prohibición de discriminación racial o étnica en la Unión Europea y en España. El caso de la minoría gitana”, en Pérez Royo, J., Urías Martínez, J. P. y Carrasco Durán, M. (Eds.), *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 4847]. Contra ello, se ha apuntado, a nuestro parecer muy oportunamente, que tal caracterización del ataque discriminatorio depende de toda una serie de factores, no sólo de dicha fundamentación (Álvarez del Cuvillo, A., “Géneros o categorías humanas y discriminación racial en el trabajo”, en AA.VV., *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, p. 96).

⁴⁴ FRA y TEDH, *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Publicaciones Oficiales de la Unión Europea, Luxemburgo, 2010, p. 109.

⁴⁵ En principio, se carecerá del soporte colectivo mientras el conocimiento de las características genéticas personales no sea generalizado; sin embargo, en la medida en que se asocie con la pertenencia a determinado colectivo, identificado por causa ajena a la genética (por ejemplo, mujeres de determinada nacionalidad), con la especial propensión a la presencia de determinados genes (por ejemplo, los causante de cáncer de mama), se podría apreciar la concurrencia de un colectivo genético “inferido”.

⁴⁶ Octavo objetivo a corto plazo en la *FRA Mission and strategic objectives 2007-2012*.

⁴⁷ Por ejemplo, Chipre o Islandia en cuanto a aislamiento geográfico [Lalueza Fox, C., “DNA antiguo; métodos y aplicaciones en el estudio del ser humano”, en Chávez de Diego, S. (Ed.), *En Perspectivas en genética y biomedicina*, Síntesis, Madrid, 2005, pp. 107 y

variante genética⁴⁸.

3.3. La separación entre discapacidad, enfermedad y genética

Siguiendo la tradición estadounidense, cabría plantear la subsunción de las características genéticas en la protección dispensada a la discapacidad⁴⁹.

108]. Suele tratarse de enfermedades monogénicas de aparición tardía con mayor tasa de presencia en una determinada zona por el “efecto fundador”: un miembro institutor de la comunidad fundadora o uno de los pocos individuos que se incorporan a ella, la introduce desde el exterior (fundador) y comienza el juego del 50% de probabilidad en su transmisión. Ejemplos de este efecto serían: la anemia falciforme, más frecuente en África Occidental, Medio Oriente e India; las talasemias respecto a África, Mediterráneo y Sudeste asiático; la fibrosis quística del páncreas en relación al norte de Europa; las enfermedades de Tay-Sachs, de Gaucher y la disautonomía familiar, en poblaciones judías europeas; o la corea de Huntington, enfermedad bastante rara en términos globales en la zona del lago venezolano de Maracaibo desde finales del siglo XIX [Penchaszadeh, V., *Genética y salud*, Eudeba, Buenos Aires, 2009, pp. 31 y 32].

En cuanto a efectos culturales, podemos referirnos a las comunidades que alientan la endogamia, como por ejemplo, los judíos asquenazís [Hottos, G., “Información y saber genéticos”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBV-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, n. 11, 1999, p. 29]. En estas comunidades suele ser superior la presencia de enfermedades de herencia recesiva, pues es necesaria para su manifestación fenotípica la descendencia de dos progenitores heterocigotos sanos. Es el caso, por ejemplo, de una concreta forma de gangliosidosis en la Traslasierra de Córdoba (Argentina) [Penchaszadeh, V., *Genética y salud*, Eudeba, Buenos Aires, 2009, p. 33].

⁴⁸ Drake, K. A. (*et al.*), “Race, ethnicity and social class and the complex etiologies of asthma”, *Pharmacogenomics*, Future Medicine, vol. 9, n. 4, 2008; Ali-Khan, S. E. (*et al.*), “The use of race, ethnicity and ancestry in human genetic research”, *The HUGO Journal*, Human Genome Organisation, vol. 5, n. 1-4, 2011; Hull, S. (*et al.*), “The relationship of ethnicity to the prevalence and management of hypertension and associated chronic kidney disease”, *BMC Nephrology*, BioMed Central, vol. 12, n. 41, 2011; Santos, P. C. L. J. (*et al.*), “CYP2C19 and ABCB1 gene polymorphisms are differently distributed according to ethnicity in the Brazilian general population”, *BMC Medical Genetics*, BioMed Central, vol. 12, n. 13, 2011; Hernández, M. B. (*et al.*), “African American Race and Prevalence of Atrial Fibrillation: A Meta-Analysis”, *Cardiology Research and Practice*, Hindawi Publishing Corporation, vol. 2012, 2012.

⁴⁹ Clegg, R., “Re-defining disability: Legal protections for individuals with HIV, genetic predispositions to disease, or asymptomatic diseases”, *Journal of Health Care Law & Policy*, University of Maryland Francis King Carey School of Law, vol. 3, n. 409, 2000; Gridley, D., “Genetic Testing Under the ADA: A Case for Protection from Employment Discrimination”, *Georgetown Law Journal*, Georgetown University Law Center, vol. 89, n. 4, 2001; Steinforth, K. A., “Bringing Your DNA to Work: Employers' Use of Genetic Testing Under the Americans with Disabilities Act”, *Arizona Law Review*, University of

En el ámbito europeo, las Directivas comunitarias tampoco ofrecieron un concepto de discapacidad, y fue el TJCE el que fijó por tal la *“limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional [... siendo probable] que tal deficiencia se mantenga durante un período prolongado”*⁵⁰. Ahora bien, en la medida en que la Unión Europea ha ratificado⁵¹ la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, sus órganos y Estados Miembros se verían condicionados por el concepto más amplio de esta⁵²: *“deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*⁵³. Ambas definiciones coinciden en subrayar la importancia del elemento temporal y, precisamente, dicho elemento es el que nos permitirá distinguir entre sí discapacidad, enfermedad⁵⁴ y características genéticas. Abordamos, pues, tres conceptos próximos, pero que se hallan diferenciados, en lo fundamental, por el mencionado elemento temporal. Efectivamente, el concepto aquí mantenido supone diferenciar el estadio en el que las características genéticas se mantienen de forma “latente”, como una mayor o menor probabilidad, de aquel en el que las mismas se manifiestan generando una disfunción, una discapacidad. Desde el instante en que dicha disfunción se materializase, es evidente que la misma pasaría a estar amparada por el concepto de discriminación, sin importar que provenga de la constitución genética o de factores exógenos. Lo que

Arizona James E. Rogers College of Law, vol. 43, n. 965, 2001; Chorpening, J., “Genetic Disability: A Modest Proposal To Modify the ADA To Protect Against Some Forms of Genetic Discrimination”, *North Carolina Law Review*, University of North Carolina, vol. 82, n. 1441, 2004; Mezzoff, S., “Forcing a square peg into a round hole: The negative ramifications of misaligned protection for predisposed individuals under the ADA”, *Boston University Law Review*, Boston University, vol. 85, n. 323, 2005.

⁵⁰ Aptos. 40, 43 y 45 STJCE de 11 de julio de 2006, asunto Sonia Chacón Navas c. Eurest Colectividades, S.A., C-13/05.

⁵¹ La Convención fue firmada el 30 de marzo de 2007 y ratificada el 23 de diciembre de 2010. Consúltese:

<http://www.un.org/spanish/disabilities/countries.asp?navid=18&pid=578#U> (Visitado por última vez: 23/02/2015).

⁵² Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo, adoptados el 13 de diciembre de 2006, durante el sexagésimo primer periodo de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas (Resolución 61/106). En vigor desde el 3 de mayo de 2008.

⁵³ Art. 1 *in fine* de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

⁵⁴ Aptdo. 45 STJCE de 11 de julio de 2006, asunto Sonia Chacón Navas c. Eurest Colectividades, S.A., C-13/05: *“para que la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de «discapacidad», se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración”*.

habríamos de plantearnos es la posibilidad de abarcar a través del concepto de discapacidad ese estadio previo en el que las características genéticas se mantienen como una “promesa” o “amenaza” de discapacidad futura. El concepto de discapacidad se ha querido interpretar anteriormente de forma expansiva para amparar bajo él condiciones de salud ya existentes que, si bien (al igual que ocurre con las características genéticas) no originan inmediatas restricciones en las capacidades del individuo para el desempeño de concretas funciones, sí podrían generarlas en el futuro. Nos referimos, fundamentalmente, al VIH⁵⁵. En referencia a otras enfermedades o patologías de larga duración, como las dolencias dorsolumbares, se ha llegado a aceptar su inclusión en el concepto discapacidad cuando, pese a no ser incapacitante y con independencia de que fuese in/curable, comportase limitaciones en la vida profesional⁵⁶.

El intento por ofrecer la misma solución a las características genéticas en el ordenamiento comunitario, se ha condicionado a una actuación proactiva de las ONGs, las cuales habrían de empujar a las autoridades nacionales y, finalmente, al TJUE, hacia dicha extensión del concepto de discapacidad⁵⁷. Se habría, pues, de fomentar la continuación de la senda gracias a la cual se ha asimilado a la discapacidad determinadas enfermedades, dispensándole a las mismas la tutela antidiscriminatoria de la que antes carecían. No obstante, aunque la técnica de la asimilación comience a mostrarse válida para el propósito de luchar contra la discriminación por enfermedad, no parece que sea tan factible para la causa genética.

La inexistencia de una disfunción actual para la vida laboral/personal del sujeto (aspecto este que sí cabía apreciar en el caso del VIH o los trastornos musculoesqueléticos), dificulta esta operación interpretativa y

⁵⁵ Condiciones de salud como el VIH se han amparado finalmente bajo el concepto de discapacidad estadounidense. Consúltese al respecto: http://www.ada.gov/aids/ada_q&a_aids.htm (Visitado por última vez: 23/02/2015). En el ámbito comunitario, también se ha cuestionado la protección de la Directiva general para la igualdad en el empleo para los individuos seropositivos o “portador[es] de cualquier otro virus objeto de desvalor social”, si bien la cuestión no ha sido resuelta. Rivas Vallejo, P., *Delimitación conceptual de la discriminación laboral en el acervo comunitario: los conceptos de discriminación por asociación, por conexión o por intersección y las Directivas antidiscriminación*, ponencia presentada a las *Jornades sobre el Dret del Treball en el segle XXI*, Palma de Mallorca, España, 22-23 de gener de 2009. Documento electrónico.

⁵⁶ Aptdo. 41 STJUE, de 11 de abril de 2013, asunto HK Danmark, C-335/11 y C-337/11.

⁵⁷ Whittle, R., “The framework Directive for equal treatment in employment and occupation: an analysis from a disability rights perspective”, *European law review*, Sweet & Maxwell, vol. 27, n. 3, 2002, pp. 20-21.

ello nos lleva a descartar la tutela de las características genéticas a través del régimen jurídico de la discriminación por discapacidad⁵⁸ hasta que el riesgo potencial se actualice en una determinada enfermedad o patología limitativa. Se mantienen, pues, la falta de solución para la discriminación por una “potencial discapacidad futura”⁵⁹, para el “conocimiento anticipado de una situación sí protegida”⁶⁰.

A su vez, el concepto de enfermedad también se distingue tanto del de discriminación como del de características genéticas. En primer lugar, es obvio que algunas enfermedades pueden ser invalidantes, pero, en tales casos, no sería posible hablar de discapacidad hasta que la deficiencia generada por la enfermedad se haya estabilizado⁶¹. En segundo término, dicha enfermedad puede estar determinada, incluso de forma absolutamente concluyente, por las características genéticas del sujeto, pero puede ocurrir que la enfermedad aún no se haya desarrollado, pese a ser seguro que en algún momento lo hará, o que permanezca en estado asintomático, por lo que aún no se habría desarrollado ninguna discapacidad. Puesto que de lo apuntado se extrae que, en el momento en que la enfermedad derivase en discapacidad, la situación pasaría a ampararse bajo la tutela de este concepto, restaría por plantearnos si el diagnóstico de una enfermedad con raíz genética, pero no calificable, al menos aún, como discapacidad, podría protegerse a través del concepto de enfermedad.

Respecto a la propia enfermedad como causa de discriminación, ni siquiera la Propuesta de Directiva de 2008⁶² ampara la enfermedad como

⁵⁸ De hecho, se interpreta que la actual protección antidiscriminatoria en razón de discapacidad que ofrece la UE, representa un riesgo ante el uso inadecuado de la información genética a pesar de que todos los sujetos se hallan protegidos frente a la discriminación genética por el art. 21 CDFUE. King, N. J., Pillay, S. y Lasprogata, G. A., “Workplace privacy and discrimination issues related to genetic data: A comparative law study of the European Union and the United States American”, *American Business Law Journal*, Academy of Legal Studies in Business, vol. 43, n. 1, Spring, 2006, documento electrónico.

⁵⁹ Rivas Vallejo, P., *Delimitación conceptual de la discriminación laboral en el acervo comunitario: los conceptos de discriminación por asociación, por conexión o por intersección y las Directivas antidiscriminación*, ponencia presentada a las *Jornades sobre el Dret del Treball en el segle XXI*, Palma de Mallorca, España, 22-23 de gener de 2009. Documento electrónico.

⁶⁰ Rivas Vallejo, P., “*Delimitación conceptual de la discriminación laboral en el acervo comunitario: los conceptos de discriminación por asociación, por conexión o por intersección y las Directivas antidiscriminación*”, ponencia presentada a las *Jornades sobre el Dret del Treball en el segle XXI*, Palma de Mallorca, España, 22-23 de gener de 2009. Documento electrónico.

⁶¹ Fernández López, M. F., “Las causas de la discriminación o la movilidad de un concepto”, *Temas Laborales*, CARL, n. 98, 2009, p. 31.

⁶² Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de

causa de discriminación en la Unión Europea⁶³, por lo que estamos abocados a la labor jurisprudencial, tal y como ha sucedido en el ámbito interno español⁶⁴. Por ello, el amparo de las características genéticas tras la tutela de la enfermedad resulta sumamente débil; máximo cuando esa relación entre genética y enfermedad puede limitarse a una incierta realidad futura o a una absoluta realidad no diagnóstica. No habrá, por tanto, eventual causa por enfermedad que proteja las características genéticas no actualizadas, pues la misma habría de desarrollarse o diagnosticarse como tal para poder ampararse. Quizás por ello se comience a hallar menciones expresas a la discriminación por causa genética en los textos normativos, a diferencia de los que ocurre con la enfermedad⁶⁵.

Además de complejo, nos resulta poco conveniente tomar la enfermedad como referente de protección. Por un lado, porque nos preocupa el condicionar la calificación de una causa como discriminatoria a la reacción que la misma despierte en los potenciales sujetos activos⁶⁶ (más próxima al VIH), ya que entendemos que la constitución genética debería ser amparada con independencia de la motivación estigmatizadora o económica que mueva al sujeto discriminador. Por otro lado, porque la

trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, COM(2008) 426 final 2008/0140 (CNS), Bruselas, 2.7.2008.

⁶³ Rivas Vallejo, P., *Delimitación conceptual de la discriminación laboral en el acervo comunitario: los conceptos de discriminación por asociación, por conexión o por intersección y las Directivas antidiscriminación*, ponencia presentada a las *Jornades sobre el Dret del Treball en el segle XXI*, Palma de Mallorca, España, 22-23 de gener de 2009. Documento electrónico.

⁶⁴ Pulido Quecedo, M., “La enfermedad como factor de discriminación”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, n. 8, 2008, documento electrónico. Una protección condicional prevista por el Tribunal Constitucional español y que parecía mantener el art. 2.3 Proyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación aclaraba que la “*enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública*”. Lo que interpretado a *sensu contrario*, parecía indicar la sustentación de diferencias basadas en tales razones.

⁶⁵ El art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “*Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, [...]*”.

⁶⁶ La intencionalidad del sujeto activo es irrelevante (Ginés Fabrellas, A., “La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo”, *Aranzadi Social*, Aranzadi, n. 18, 2010, p. 117), de modo que, la aprobación del Proyecto de Ley Integral de Igualdad de Trato y No Discriminación quizás hubiese supuesto cambiar esta perspectiva jurisprudencial (Sepúlveda Sánchez, A., “Anteproyecto de Ley Integral de igualdad de trato y no discriminación: Discriminación por enfermedad”, *Aranzadi Social*, Aranzadi, n. 21, 2011, documento electrónico).

lógica de la afectación al desempeño de la prestación laboral, que parece excluir el tratamiento de la enfermedad como causa de discriminación, conllevaría la posibilidad de tratar discriminatoriamente a los portadores de características genéticas que pudieran tener tal impacto. En el conflicto de intereses que subyace al empleo de las características genéticas como fundamento de decisiones laborales, también es posible identificar un interés público de carácter a su vez económico: no generar una fuerza de trabajo improductiva, que vendría a representar una carga para la sociedad en su conjunto en la medida en que vería altamente dificultado su acceso al mercado de trabajo. Por ello, la mayoría de las voces continúan abogando por la asunción empresarial del riesgo genético, de modo que sólo repercutan en el presupuesto público cuando un mal estado de salud, actual, les impida trabajar⁶⁷.

3.4. La genética como posible elemento de un fenómeno de discriminación múltiple

Tras todo lo expuesto, comprobamos que el sujeto que pretenda conocer la existencia de una enfermedad/discapacidad no perceptible a siempre vista, asintomática o meramente probable puede plantearse el recurso a la constitución genética del individuo y que, a su vez, el conocimiento de la misma puede ser presumido a través de causas tradicionales de discriminación como la raza. Una vez que nos hemos aproximado a la relación entre discriminación genética y otras causas de discriminación, cabría cuestionarnos cuál podría ser la decisión político-legislativa en torno al tratamiento de la concurrencia de varias causas de discriminación. Fundamentalmente, esta podría ser “unitaria” (contemplar una sola causa de discriminación, obviando las restantes), “múltiple” (abordar diversas causas pero de forma paralela, sin interferencias mutuas) o “interseccional” (observar las intersecciones entre diferentes desigualdades y en diversos escenarios)⁶⁸. Dicho de otro modo, creemos en la conveniencia de reflexionar sobre el fenómeno comúnmente denominado como discriminación múltiple⁶⁹, por referirse a supuestos en los que varios

⁶⁷ Vidal Gallardo, M., “Derecho a la intimidad genética en las actividades sanitaria y contractual”, *Información Laboral*, Lex Nova, n. 17, 2008, documento electrónico.

⁶⁸ Hancock, A., “When multiplication doesn’t equal quick addition: Examining intersectionality as a research paradigm”, *Perspectives on Politics*, Cambridge University Press, n. 5, 2007, pp. 63-79.

⁶⁹ A este fenómeno se le han asignado múltiples denominaciones (“Desventajas múltiples”, “doble/triple discriminación”, “vulnerabilidad interseccional”,

factores de discriminación actúan simultáneamente ocasionando un fenómeno de exclusión. La razón para ello sería puramente de seguridad jurídica, ya que, si bien el ordenamiento internacional y de la Unión Europea no se opone a dicha óptica, la complejidad de la situación bien merecería contar con un respaldo jurídico-político expreso⁷⁰.

La discriminación múltiple se caracterizaría por la actuación sobre una misma persona y en un mismo momento (simultaneidad), no mera acumulación, de dos o más causas de discriminación, generándose una consecuencia propia, diversa⁷¹ de la que pudo generar uno de los factores discriminatorios individualmente considerados⁷². Por ejemplarizar el supuesto, podemos aludir a la dificultad que hallaría una mujer afroamericana para ser contratada en un puesto muy cualificado, quien, además de las dificultades tradicionales derivadas de su sexo y raza, sumaría la reticencia a contratar en determinados sectores a miembros de su grupo étnico por la mayor penetrancia en el mismo de determinado gen responsable de una enfermedad. Así pues, la generalización de la discriminación genética bien podría conllevar una pérdida de poder u oportunidades mayor a la derivada de la discriminación por causas individualmente consideradas⁷³. De hecho, es posible que el sujeto potencialmente activo no tenga ningún prejuicio mental o económico sobre las mujeres, ni sobre la raza negra o una determina etnia, sino que es la conjunción de todos estos factores los que determinan el “temor”

“discriminación compuesta”, “discriminación acumulada”, “discriminación multidimensional”...). El origen de las mismas puede consultarse en: Makkonen, T., *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Institute For Human Rights, Abo Akademi University, April, 2002, p. 10. En estas páginas hemos optado por seguir la construcción anglosajona, y, aunque en puridad el término sería “discriminación interseccional”, en el ámbito comunitario se ha mantenido el de discriminación múltiple.

⁷⁰ Rey Martínez, F., “La Discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, vol. 28, n. 84, septiembre-diciembre, 2008, p. 269.

⁷¹ Catalá Pellón, A., “Discriminación múltiple por razón de género y pertenencia a minoría étnica”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Instituto Aragonés de la Mujer, n. 26, 2010, p. 11.

⁷² El concepto comunitario no se halla plenamente depurado, por cuando la FRA engloba bajo el concepto de discriminación múltiple tanto, los efectos acumulativos como los propios de la conjunción. FRA, *A factsheet on FRA's multiple discrimination Project: "Inequalities and multiple discrimination in healthcare"*, 20.02.2012. Disponible en: http://fra.europa.eu/fraWebsite/research/publications/publications_per_year/pub_fact_sheet-multidiscrimination-healthcare_en.htm (Visitado por última vez: 23/02/2015).

⁷³ Crenshaw, K., “Mapping the margins: intersectionality, identity politics, and violence against women of color”, *Stanford Law Review*, Stanford Law School, vol. 43, julio, 1991, pp. 1245 y ss.

genético y le impulse a efectuar la discriminación (“*trigger effect*”)⁷⁴. Por ello, se recomienda abandonar una perspectiva del hecho concreto hacia una visión del contexto en el que se inserta el individuo⁷⁵, pues lo contrario tornaría en insuficientes las medidas antidiscriminatorias dirigidas a una sola causa⁷⁶. Y aunque, tanto los instrumentos internacionales⁷⁷ como la legislación comunitaria⁷⁸ mencionan este fenómeno, lo hacen simplemente como una cuestión a considerar en la implementación de la tutela antidiscriminatoria. Sólo la Conferencia Mundial de Durban⁷⁹ vino a consagrar la discriminación múltiple como un fenómeno “agravado” de discriminación, una suerte de tipo cualificado del que podrían derivarse consecuencias jurídicas especiales⁸⁰, y no limitado a un simple consejo en la aplicación práctica. De momento, esta realidad social⁸¹ continúa careciendo de respuesta jurídica, siquiera en el plano jurisprudencial, pues, para algunos autores⁸², incluso el TEDH

⁷⁴ Makkonen, T., *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Institute For Human Rights, Abo Akademi University, April, 2002, p. 14.

⁷⁵ Bowlin, B., “Racial harassment and the process of victimization: Conceptual and methodological implications for the local crime survey”, *British Journal of Criminology*, Oxford University Press, vol. 33, n. 2, Spring, 1993, pp. 231-250.

⁷⁶ DAW/OHCHR/UNIFEM, *Gender and racial discrimination*, Report of the Expert Group Meeting, 21-24 November 2000, Zagreb, Croatia. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/csw/genrac/report.htm> (Visitado por última vez: 23/02/2015).

⁷⁷ Por ejemplo, a las mujeres de las zonas rurales en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, donde por primera vez se planteó esta cuestión.

⁷⁸ Considerandos 14 de la Directiva sobre igualdad racial y 3 de la Directiva general para la igualdad en el empleo se limitan a mencionar la situación. No obstante, la tramitación de la Propuesta de Directiva 2008 introduce en el ámbito comunitario el tratamiento jurídico de la discriminación múltiple (Enmienda 37 de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 2 de abril de 2009, sobre el art. 1 Propuesta de Directiva 2008).

⁷⁹ Declaración y Programa de Acción de Durban, aprobados por la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, reunida en Durban (Sudáfrica), 31 de agosto a 8 de septiembre de 2001.

⁸⁰ Se entiende que el tratamiento jurídico sería idéntico, tanto para la discriminación compuesta, que la discriminación interseccional. Rey Martínez, F., “La Discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, vol. 28, n. 84, septiembre-diciembre, 2008, p. 262.

⁸¹ Ver los Data in Focus Reports de la FRA; especialmente, los números 1 y 2.

⁸² En postura contraria a la nuestra: Catalá Pellón, A., “Discriminación múltiple por razón de género y pertenencia a minoría étnica”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Instituto Aragonés de la Mujer, n. 26, 2010, p. 13; Rey Martínez, F., “La Discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”,

habría desaprovechado la oportunidad de pronunciarse sobre la combinación de varias causas de discriminación. Por nuestra parte, consideramos que asistimos a un proceso de construcción conceptual que, siguiendo al ordenamiento estadounidense, persigue la clasificación de los empleados en función de una causa discriminatoria más otra característica aparentemente neutral⁸³. Ello permitiría tomar en consideración las características genéticas aunque continúen sin ser desarrolladas como causa de discriminación⁸⁴. En esta conjunción, la causa de discriminación “reconocida” pondría a disposición del sujeto pasivo las construcciones tuitivas desarrolladas legal y jurisprudencialmente, mientras que las características genéticas habrían de tomarse cuanto menos como un “elemento agravante”, que pudiera representar un “criterio de evaluación del daño a efectos indemnizatorios”⁸⁵.

4. Algunos perfiles propios a considerar en el tratamiento jurídico de la discriminación genética

Pero, planteada la conveniencia de tratar las características genéticas como una causa de discriminación en sí misma considerada, cabe resumir las caracterizaciones propias de la misma. Ante todo, la causa genética se identifica por ese carácter “oculto”, no apreciable a simple vista. Por ello, la tutela del patrimonio genético de una persona ha de producirse, en primer lugar, en el ámbito de la intimidad y de la protección de datos, ya

Revista Española de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, vol. 28, n. 84, septiembre-diciembre, 2008, pp. 273-274.

⁸³ Desde comienzo de los años 70s, el Tribunal Supremo Federal acuñó la llamada teoría de la discriminación “sex-plus”, con la que se denomina la política empresarial de clasificar a los empleados en base al sexo más una característica aparentemente neutral (United States Court of Appeals for the Eighth Circuit, *William J. Knott v. Missouri Pacific Railroad Company and Marvin L. Wamsganz, et al. v. Missouri Pacific Railroad Company*, 527 F.2d 1249, December 30, 1975). En consideración de esta teoría, por ejemplo, se declaró discriminatoria la política de reservar determinados puestos de trabajo, con riesgo por exposición al plomo, a las mujeres que no tenían la posibilidad de ser madre (Supreme Court of the United States, *Automobile Workers v. Johnson Controls*, 499 U.S. 187, March 20, 1991).

⁸⁴ No obstante, nuestra opinión es que el recurso a nuestra construcción, aunque útil y necesaria, no resulta necesaria en la medida en que CDFUE sí contempla la causa genética como discriminatoria.

⁸⁵ Rivas Vallejo, P., *Delimitación conceptual de la discriminación laboral en el acervo comunitario: los conceptos de discriminación por asociación, por conexión o por intersección y las Directivas antidiscriminación*, ponencia presentada a las *Jornades sobre el Dret del Treball en el segle XXI*, Palma de Mallorca, España, 22-23 de gener de 2009. Documento electrónico.

que pueden darse, a grandes rasgos dos situaciones. En una situación, la persona en cuestión puede tener el conocimiento cierto o la simple sospecha de toda su constitución genética o de alguna/a característica/s de la misma. En otra, las potencialidades informativas de las nuevas tecnologías puede permitir que un tercero, potencial sujeto activo de la discriminación, entre en posesión de tal conocimiento por encima de la voluntad del individuo en cuestión (obtención de material genético, herencia familiar...) o, incluso, con su total ignorancia al respecto (documentos científicos, medios de comunicación...). En todo caso, cualquier individuo estaría interesado en defenderse frente a un uso indebido por parte de terceros.

La posibilidad de que el potencial sujeto discriminador obtenga la información genética por sus propios medios o pueda presumir la misma a partir de la observación de otros rasgos de la persona (por ejemplo, la raza) o de otra información personal (por ejemplo, la procedencia geográfica o relación con un familiar del que sí conoce determinada carga genética), implica que debe descartarse completamente cualquier necesidad de mediar declaración⁸⁶ oficial u oficiosa de la posesión de una determinada característica genética que no sea evidente. Al menos a nuestro juicio, lo único que debería probarse es la existencia de un conocimiento empresarial y la conexión del acto discriminador con el mismo, ya que la exigencia de una declaración⁸⁷ por parte del sujeto pasivo implicaría enfrentarse a la tesitura de elegir entre su derecho a la intimidad y la tutela frente a una eventual discriminación.

Ahora bien, en esta relación con la intimidad, la causa genética también se singulariza frente a las demás en un nuevo aspecto. La ciencia genética se está desarrollando a pasos agigantados, comenzándose a configurar como una magnífica oportunidad para tomar decisiones en materia de prevención y determinación personal. Reducir la cuestión genética a su incardinación en el ámbito más privado de la intimidad y de los datos de

⁸⁶ Exigida por: Clifford, J., *Raza, grupos étnicos. Signos externos y lengua. El trato a las minorías*, y Hernández Vitoria, M. J., *Religión y creencias*, ponencias presentadas al curso de la Red Europea de Formación Judicial “La transposición de las Directivas anti-discriminación en los Derechos internos y los colectivos especialmente afectados en el ámbito del empleo”, Escuela Judicial, Barcelona, 20 a 22 de octubre de 2008, p. 16 y ss., y p. 25, respectivamente; cit. en: Rivas Vallejo, P., *Delimitación conceptual de la discriminación laboral en el acervo comunitario: los conceptos de discriminación por asociación, por conexión o por intersección y las Directivas antidiscriminación*, ponencia presentada a las *Jornades sobre el Dret del Treball en el segle XXI*, Palma de Mallorca, España, 22-23 de gener de 2009. Documento electrónico.

⁸⁷ Aptdo. 34 STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto Tele Danmark, C-109/00, interpretó que una trabajadora no está obligada a informar al empresario de su embarazo, ni siquiera al estar en tal estado en el momento de la contratación.

salud, puede coadyuvar en la generación de un comprensible temor frente al uso inadecuado de esta información. Es decir, si únicamente se aborda esta cuestión desde este plano, probablemente muchas personas estarían dispuestas a renunciar al propio conocimiento de esta información al objeto de evitar el uso inadecuado de la información por terceros. Con ello, por tanto, estaría renunciando a esas mismas ventajas que la ciencia moderna predica del auto-conocimiento genético. En cierto sentido, se trataría de un dilema próximo al que plantea la orientación sexual: quienes intentan mantener oculta su orientación sexual para evitar posibles perjuicios, renuncian a desarrollar plenamente su vida social, sufriendo con ello una carga psicológica incluso más dañina que las temidas consecuencias de la declaración⁸⁸ y afectándose profundamente a su dignidad⁸⁹; igualmente, el sujeto que calla o se mantiene en un desconocimiento buscado de su constitución genética podría, por temor al mal uso de los datos, estar renunciando a una posible optimización de su salud y calidad de vida, lo que también cabría considerarse como una desvalorización de su dignidad. Cuestión distinta sería la necesidad de generar tal conocimiento y comunicarlo en forma debida si se desea crear la obligación empresarial de protección en atención a la constitución genética de un trabajador⁹⁰.

Más allá de un desarrollo potencial de la ciencia genética en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, la estrecha relación que se entabla entre intimidad/datos personales y discriminación supone complicar la aplicación de algunas figuras del Derecho antidiscriminatorio (fundamentalmente la discriminación indirecta y la acción positiva), al menos, en la medida en que se sigan requiriendo pruebas estadísticas⁹¹.

⁸⁸ Asch, A., "Critical race theory, feminism, and disability: Reflections on social justice and personal identity", *Ohio State Law Journal*, Ohio State University Moritz College of Law, vol. 62, n. 1, 2001, p. 407.

⁸⁹ Waaldijk, C. y Bonini-Baraldi, M. T. (Eds.), *Combating sexual orientation and discrimination in employment: legislation in fifteen EU member states*, Report of the European Group of Experts on Combating Sexual Orientation Discrimination, about the implementation up to April 2004 of Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, Universiteit Leiden, Leiden, 2004, p. 26.

⁹⁰ Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la 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 período de lactancia. En dicha Directiva se define como trabajadora embarazada aquella "que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales".

⁹¹ Waaldijk, C. y Bonini-Baraldi, M. T. (Eds.), *Combating sexual orientation and discrimination in employment: legislation in fifteen EU member states*, Report of the European Group of Experts on Combating Sexual Orientation Discrimination, about the implementation up to April 2004 of Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal

Por tanto, la causa genética presenta también la singularidad de tener que adaptar los mecanismos tradicionales de la tutela antidiscriminatoria tradicional para respetar las potencialidades del conocimiento genético.

Las características genéticas son una “apetitosa” fuente de información para el empresario, no sólo por poder ofrecer desventajas de un individuo, sino también por poder ensalzarlo. Así, un empresario podría querer recurrir a la información genética para no contratar o despedir al sujeto poseedor de un gen o poliformismo conectado con una absoluta certeza o determinada predisposición al desarrollo de una enfermedad o patología, pero también para contratar, renovar o promocionar a quienes muestren un patrimonio genético que les hace especialmente resistente ante determinadas enfermedades/patologías o influencias ambientales, o que les otorgue beneficiosas cualidades físicas o psíquicas. Ello puede ser bastante evidente en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, el deporte de élite⁹² o los trabajos generadores de altas cotas de estrés. Por ello, se ha pretendido conectar la práctica laboral discriminatoria con el rechazo de trabajadores/candidatos perfectamente aptos en el momento decisorio pero que presentan una determinación o predisposición genética al desarrollo de una futura enfermedad no conectada con el entorno o la actividad laboral; por tanto, para algunos autores, un elemento configurador de la discriminación laboral por causa genética sería precisamente esa falta de vinculación entre el seguro/potencial desarrollo de una enfermedad y la prestación de trabajo en cuestión⁹³.

Sin embargo, se trate de un rasgo que torne al individuo en “rechazable”/ “deseable” para un puesto⁹⁴, se produciría a nuestro entender un ataque a la dignidad humana, ya que, sea con el objeto de descartar o de seleccionar, emplear la información genética de este modo supondría adentrarse en la esfera de máxima intimidad del sujeto para tomar

treatment in employment and occupation, Universiteit Leiden, Leiden, 2004, p. 27.

⁹² Malina, R. M. Y Bouchard, C. (Eds.), *Sport and human genetics*, Human Genetics Publishers, Illinois, 1984; St Louis, B., “*Sport, Genetics and the ‘Natural Athlete’: The Resurgence of Racial Science*”, *Body Society*, vol. 9, n. 2, 2003; Tamburrini, C. y Tännnsjö, T. (Eds.), *Genetic Technology and Sport*, Routledge, London and New York, 2005; Menge, S. K., “*Should players have to pass to play?: A legal analysis of implementing genetic testing in the National Basketball Association*”, *Marquette Sports Law Review*, vol. 17, n. 459, 2007; Bland, J. A., “*There Will Be Blood... Testing: The Intersection of Professional Sports and the Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008*”, *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, vol. 13, n. 357, Winter, 2011.

⁹³ Vidal Gallardo, M., “Derecho a la intimidad genética en las actividades sanitaria y contractual”, *Información Laboral*, Lex Nova, n. 17, 2008, documento electrónico.

⁹⁴ Trojsi, A., “*Genetic Data and Labour Law*”, Working Papers, Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”, n. 67, 2008, p. 7.

decisiones laborales en base a rasgos ajenos a su voluntad, reducidos en la mayoría de los casos a una probabilidad, y con desdén del peso de la voluntad humana.

5. Bibliografía

- Abrisqueta Zarrabe, J. A., “Genes y discriminación”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBV-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano.
- Alfaro Águila-Real, J., “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Civil*, Ministerio de Justicia.
- Ali-Khan, S. E. (et al.), “The use of race, ethnicity and ancestry in human genetic research”, *The HUGO Journal*, Human Genome Organisation.
- Álvarez del Cuvillo, A., “Géneros o categorías humanas y discriminación racial en el trabajo”, en AA.VV., *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Asch, A., “Critical race theory, feminism, and disability: Reflections on social justice and personal identity”, *Ohio State Law Journal*, Ohio State University Moritz College of Law.
- Bellver Capella, V., “Pasos hacia una bioética universal: el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina”, en Romeo Casabona, C. M. (Ed.), *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*, Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA.
- Bowlin, B., “Racial harassment and the process of victimization: Conceptual and methodological implications for the local crime survey”, *British Journal of Criminology*, Oxford University Press.
- Calvo Gallego, F. J., “Test genéticos y vigilancia de la salud del trabajador”, *Derecho y conocimiento*, Universidad de Huelva.
- Catalá Pellón, A., “Discriminación múltiple por razón de género y pertenencia a minoría étnica”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Instituto Aragonés de la Mujer.
- Clegg, R., “Re-defining disability: Legal protections for individuals with HIV, genetic predispositions to disease, or asymptomatic diseases”, *Journal of Health Care Law & Policy*, University of Maryland Francis King Carey School of Law.
- Coalition for Genetic Fairness, “Racial and Ethnic Discrimination”, *Faces of genetic discrimination: How genetic discrimination affects real people*.

- Crenshaw, K., "Mapping the margins: intersectionality, identity politics, and violence against women of color", *Stanford Law Review*, Stanford Law School.
- Chieffi, L. (Ed.), *Il multiculturalismo nel dibattito bioetico*, Giappichelli.
- Chorpening, J., "Genetic Disability: A Modest Proposal To Modify the ADA To Protect Against Some Forms of Genetic Discrimination", *North Carolina Law Review*, University of North Carolina.
- DAW, OHCHR, UNIFEM, Gender and racial discrimination, Report of the Expert Group Meeting.
- Director General de la OIT, "La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean", *Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo*, Informe I (B), 97ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo.
- Drake, K. A. (et al.), "Race, ethnicity and social class and the complex etiologies of asthma", *Pharmacogenomics*, Future Medicine.
- Fernández Domínguez, J. J., *Pruebas genéticas en el Derecho del Trabajo*, Civitas, Colección Estudio de Derecho Laboral.
- Fernández López, M. F., "Igualdad y no discriminación por razón de sexo: planteamiento constitucional", en Aparicio Tovar, J. y Baylos Grau, A., *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid, Trotta, 1992.
- Fernández López, M. F., "Las causas de la discriminación o la movilidad de un concepto", *Temas Laborales*, CARL.
- FRA y TEDH, *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Publicaciones Oficiales de la Unión Europea.
- FRA, *A factsheet on FRA's multiple discrimination Project: "Inequalities and multiple discrimination in healthcare"*.
- Ginés Fabrellas, A., "La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo", *Aranzadi Social*, Aranzadi.
- Gridley, D., "Genetic Testing Under the ADA: A Case for Protection from Employment Discrimination", *Georgetown Law Journal*, Georgetown University Law Center.
- Gros Espiell, H., "La Declaración Universal sobre la Bioética y los Derechos Humanos y las otras declaraciones de la UNESCO en material de bioética y genética. Su importancia e incidencia en el desarrollo del Derecho Internacional", en Gros Espiell, H. y Gómez Sánchez, Y., *La Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Granada, Comares, 2006.

- Hancock, A., “When multiplication doesn’t equal quick addition: Examining intersectionality as a research paradigm”, *Perspectives on Politics*, Cambridge University Press.
- Hernández, M. B. (*et al.*), “African American Race and Prevalence of Atrial Fibrillation: A Meta-Analysis”, *Cardiology Research and Practice*, Hindawi Publishing Corporation.
- Hottois, G., “Información y saber genéticos”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBV.
- Hull, S. (*et al.*), “The relationship of ethnicity to the prevalence and management of hypertension and associated chronic kidney disease”, *BMC Nephrology*, BioMed Central.
- King, N. J., Pillay, S. y Lasprogata, G. A., “Workplace privacy and discrimination issues related to genetic data: A comparative law study of the European Union and the United States American”, *American Business Law Journal*, Academy of Legal Studies in Business.
- Lacadena, J. R., “Bioética y biociencia”, en GrosEspíell, H. y Gómez Sánchez, Y., *La Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Granada, Comares, 2006.
- Laluz Fox, C., “DNA antiguo; métodos y aplicaciones en el estudio del ser humano”, en Chávez de Diego, S. (Ed.), *En Perspectivas en genética y biomedicina*, Madrid, Síntesis, 2005.
- Machado Ruíz, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art. 511 del Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- Makkonen, T., *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Institute For Human Rights, 2002.
- Mezoff, S., “Forcing a square peg into a round hole: The negative ramifications of misaligned protection for predisposed individuals under the ADA”, *Boston University Law Review*, Boston University.
- Morris, A., “Affirmative action: fair shakers and social engineers”, *Harvard Law Review*, Harvard Law School.
- Penchaszadeh, V., *Genética y salud*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.
- Pulido Quecedo, M., “La enfermedad como factor de discriminación”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Aranzadi.
- Rey Martínez, F., “La Discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rey Martínez, F., “La prohibición de discriminación racial étnica en la Unión Europea y en España. El caso de la minoría gitana”, en Pérez Royo, J., Urías

- Martínez, J.P. y Carrasco Durán, M. (Eds.), *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, Tomo II, Navarra, Aranzadi, 2006.
- Rey Martínez, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2005.
- Rivas Vallejo, P., *Delimitación conceptual de la discriminación laboral en el acervo comunitario: los conceptos de discriminación por asociación, por conexión o por intersección y las Directivas antidiscriminación*, ponencia presentada a las *Jornades sobre el Dret del Treball en el segle XXI*, Palma de Mallorca, España, 22-23 de gener de 2009. Documentoelectrónico.
- Romanoski, C.E. (et al), “Epigenomics: Roadmap for regulation”, *Nature*, Nature Publishing Group.
- Romeo Casabona, C. M., “El Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina: sus características y sus repercusiones en el Derecho español”, en Romeo Casabona, C. M. (Ed.), *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*, Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA.
- Santos, P. C. L. J. (et al), “CYP2C19 and ABCB1 gene polymorphisms are differently distributed according to ethnicity in the Brazilian general population”, *BMC Medical Genetics*, BioMed Central.
- Sepúlveda Sánchez, A., “Anteproyecto de Ley Integral de igualdad de trato y no discriminación: Discriminación por enfermedad”, *Aranzadi Social*, Aranzadi.
- Steering Committee on Bioethics of Council of Europe, *Working party on Human Genetics* (CDBI-CO-GT4), DIR/JUR (97) 13 Bis, Strasbourg.
- Steinforth, K. A., “Bringing Your DNA to Work: Employers' Use of Genetic Testing Under the Americans with Disabilities Act”, *Arizona Law Review*, University of Arizona James E. Rogers College of Law.
- Terrén, E., “La etnicidad y sus formas: aproximación a un modelo complejo de la pertenencia étnica”, *Papers; revista de sociologia*, Universitat Autònoma de Barcelona.
- Vickers, L., *Religion and belief discrimination in employment - the EU law*, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Unit G.2, European Commission, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg.
- Vidal Gallardo, M., “Derecho a la intimidad genética en las actividades sanitaria y contractual”, *Información Laboral*, Lex Nova.
- Waldijk, C. y Bonini-Baraldi, M. T. (Eds.), *Combating sexual orientation and discrimination in employment: legislation in fifteen EU member states*, Report of the European Group of Experts on Combating Sexual Orientation Discrimination, about the implementation up to April 2004 of Directive

2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, Leiden, Universiteit Leiden, 2004.

Whittle, R., “The framework Directive for equal treatment in employment and occupation: an analysis from a disability rights perspective”, *European law review*, Sweet & Maxwell.

Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada

Silvia FERNÁNDEZ MARTÍNEZ*

RESUMEN: En este trabajo se realiza un análisis en clave comparada de las legislaciones de distintos Estados miembros de la Unión Europea en relación con el despido del trabajador derivado de las limitaciones que le provoca el padecimiento de una enfermedad crónica. Para ello, se estudia la posibilidad de equiparar la enfermedad crónica a la discapacidad, lo que daría lugar a un aumento de la tutela de estos trabajadores frente al despido. Asimismo, se exponen los requisitos que se deben cumplir para que este despido pueda ser considerado válido, siendo la más importante, la obligación del empresario de adaptar el puesto de trabajo a las circunstancias del trabajador.

Palabras clave: Enfermedad crónica, discriminación, despido objetivo, ineptitud sobrevenida, rendimiento, faltas de asistencia al trabajo.

SUMARIO: 1. Posicionamiento del problema. 2. La enfermedad como motivo de discriminación. 3. Obligación de adaptación del puesto de trabajo. 4. Enfermedad crónica e ineptitud sobrevenida. El despido objetivo. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Doctoranda Escuela Internacional de Doctorado en Formación de la Persona y Mercado de Trabajo. Universidad de Bérgamo (Italia), ADAPT- CQIA.

1. Posicionamiento del problema

En la actualidad, el número de personas pertenecientes a la población activa⁹⁵ que sufre algún tipo de enfermedad crónica⁹⁶ ha aumentado con respecto a las cifras del siglo pasado⁹⁷, sin embargo, la mayor incidencia de este fenómeno no ha venido acompañada de una adecuada respuesta legislativa a nivel europeo ni tampoco en los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados. La consecuencia es la inexistencia de un sistema adecuado para hacer frente a este problema creciente, tanto a nivel jurídico, como de organización de personal y de relaciones industriales, que se explica debido a la falta de concienciación acerca del impacto de este fenómeno en el mercado de trabajo.

La ausencia de un régimen jurídico específico aplicable a los enfermos crónicos da lugar a que, en la mayoría de los Estados europeos, tengan los mismos derechos y obligaciones que el resto de los trabajadores. En particular, en lo que se refiere al despido, su contrato puede ser extinguido de manera lícita a consecuencia de la pérdida de aptitudes o ausencias al trabajo que les ocasiona el padecimiento de la enfermedad, siempre y cuando se respeten una serie de requisitos. La expulsión de estas personas del mercado de trabajo incide directamente en la reducción de la población activa, por lo que la participación de los enfermos crónicos en el mercado de trabajo⁹⁸, mediante la adaptación de su puesto a sus nuevas capacidades, resultará imprescindible para el sostenimiento de los sistemas de Seguridad Social, más aún cuando se prevé que en 2030 Europa cuente con 20 millones menos de personas en edad de trabajar⁹⁹.

Al contrario de lo que pueda parecer, el hecho de que un trabajador padezca una enfermedad crónica no solo tiene implicaciones para la

⁹⁵ EUROSTAT, *People having a long-standing illness or health problem, by sex, age and labour status*, (última visita noviembre 2014).

http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=hlt_h_silc_04&lang=en

⁹⁶ Dentro de la categoría de enfermedad crónica quedan incluidas, entre otras, el cáncer, la diabetes y la obesidad. Para un mayor profundización véase: Varva, S. (Dir.), *Malattie croniche e lavoro. Una prima rassegna ragionata della letteratura di riferimento*, ADAPT Labour Studies, e-Book series, n. 27/2014, p.11.

⁹⁷ Sweet, D., *Social Trends 41*, Office for National Statistics, 2011, p. 3. En el Reino Unido, mientras que en 1972 uno de cada cuatro adultos afirmaban haber sufrido una enfermedad durante un periodo prolongado de tiempo, esta cifra aumenta a uno de cada tres en 2009.

⁹⁸ Tiraboschi, M., "Le nuove frontiere dei sistemi di welfare: occupabilità, lavoro e tutele delle persone con malattie croniche", en Tiraboschi, M., (Dir.), *Occupabilità, lavoro e tutele delle persone con malattie croniche*, ADAPT Labour Studies, e-Book series, n. 36/2015, p. 13.

⁹⁹ *Informe Randstad sobre flexibilidad en el trabajo*, 2014.

empresa, sino también para el sistema de Seguridad Social de cada Estado, que tendrá que hacer frente a los gastos derivados de su expulsión del mercado de trabajo. Esta circunstancia implica un aumento de los costes económicos para el sistema de Bienestar, amenazando su sostenimiento a largo plazo, por lo que, en última instancia, el incremento de las enfermedades crónicas afecta tanto a los trabajadores que las padecen como a la empresa en la que prestan sus servicios, y a la sociedad en general.

La evolución del Derecho del Trabajo y de los sistemas de Seguridad Social es fundamental para poder ofrecer una respuesta adecuada al impacto de las enfermedades crónicas en el contrato de trabajo y, en especial, en relación con la extinción del mismo por razones objetivas. A pesar de todas las implicaciones que conlleva, se trata de un tema que no ha sido, hasta el momento, estudiado en profundidad en los distintos Estados de la Unión Europea¹⁰⁰.

De todo lo expuesto, se deduce la importancia de realizar un análisis en clave comparada para comprender las distintas formas en las que los Estados de la Unión Europea tutelan, frente al despido, a los trabajadores que padecen una enfermedad crónica. En este sentido, el objeto de este trabajo es abordar las distintas vías a través de las que puede llevarse a cabo en España, Italia, Francia, Alemania y Reino Unido.

2. La enfermedad como motivo de discriminación

A nivel comunitario, la enfermedad crónica del trabajador no ha sido recogida como una de las causas de discriminación previstas en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Esta norma tiene como objetivo la creación de un mercado de trabajo que favorezca la integración social, para lo que señala la necesidad de luchar contra la discriminación por razón de discapacidad, pero en ningún momento se refiere a las enfermedades crónicas, a pesar de que también pueden dar lugar a exclusión social. El hecho de que las enfermedades crónicas no se incluyan de manera expresa en la Directiva origina un vacío legal en los supuestos en los que el trabajador padezca una enfermedad de este tipo que repercuta en su prestación laboral, pero que a pesar de ello, no haya obtenido el reconocimiento administrativo de discapacitado, recibiendo, por lo tanto, el mismo tratamiento que el resto

¹⁰⁰ Tiraboschi, M., *óp. cit.*, p. 5.

de trabajadores.

Ante este silencio de la norma comunitaria, tampoco la mayoría de los Estados ha optado a nivel interno por incluir de manera expresa la enfermedad entre los motivos de discriminación prohibidos por la ley, reservando la calificación de conducta discriminatoria únicamente a los actos diferenciadores por motivos de discapacidad. En línea con esta posición mayoritaria se encuentran España e Italia, que recogen de manera expresa en su legislación laboral la prohibición de discriminación por discapacidad¹⁰¹ pero no por razón de enfermedad. En el Reino Unido, esta previsión se realiza en la *Equality Act* de 2010¹⁰². Y en Alemania la Constitución incluye una previsión general de prohibición de discriminación en base a impedimentos físicos o psíquicos¹⁰³. Al contrario de lo que ocurre en estos Estados, en Francia se ha reconocido, de manera expresa, la prohibición de discriminación por razón del estado de salud¹⁰⁴.

La inclusión de la enfermedad dentro de las causas de discriminación o su asimilación a la discapacidad resulta determinante en relación con la protección de estos trabajadores frente al despido. Por ello, en el Reino Unido, a pesar de no recogerse de manera expresa la enfermedad entre las causas de discriminación, la regulación de la discapacidad se hace de una manera tan amplia que la jurisprudencia ha venido considerando que incluye a la enfermedad prolongada en el tiempo¹⁰⁵. Se reconoce la existencia de un tipo de discriminación “by association”, que permite extender la tutela de la discriminación por razón de discapacidad a los tratos no ajustados a derecho sufridos por quienes no tienen este reconocimiento administrativo o sufren una enfermedad no incapacitante. En concreto, se prevé la extensión de la protección de la discapacidad a las enfermedades progresivas, entre otras, el cáncer o la esclerosis múltiple¹⁰⁶.

Sin embargo, en otros Estados, como es el caso de España, la jurisprudencia ha adoptado la posición contraria a la inglesa, sosteniendo que la protección específica frente a la discriminación por discapacidad no puede ser extendida por analogía a la enfermedad¹⁰⁷. También se niega la

¹⁰¹ En España en el art. 4.2.c) ET y en Italia en el art. 15 *Statuto dei lavoratori*.

¹⁰² Sección 6ª y 15 *Equality Act* 2010.

¹⁰³ Art. 3 Constitución alemana.

¹⁰⁴ Art. L122-45 *Code du Travail*.

¹⁰⁵ Gómez-Millán Herencia, Mª J., “Discapacidad, estados de salud y discriminación en el marco jurídico de la igualdad de Reino Unido”, *Revista de información laboral*, n. 4, 2014, p. 3.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 16.

¹⁰⁷ Sentencia Tribunal Supremo de 29 enero 2001 (n. recurso 1566/2000) y Sentencia Tribunal Constitucional de 26 mayo 2008 (n. recurso 3912/2005).

posibilidad de que la enfermedad pueda incluirse dentro de la prohibición genérica de discriminación por “cualquier otra circunstancia personal o social” recogida en el art.14 *Constitución española*. Esta misma posición ha sido sostenida por los tribunales alemanes, que señalan que el despido basado en la enfermedad del trabajador no constituye, en sí mismo, una discriminación por discapacidad prohibida por la Directiva 2000/68/CE¹⁰⁸, sino que solo en el caso de que la enfermedad dé lugar al reconocimiento de una discapacidad podría existir discriminación. Este no es un tema pacífico en España ya que los tribunales inferiores consideran que la enfermedad del trabajador puede entrar dentro de la prohibición genérica de discriminación del art. 14 *Constitución española* y que, por lo tanto, debería gozar de la misma tutela que la discapacidad¹⁰⁹.

En Italia, a pesar de no existir prohibición de discriminación expresa por motivo de enfermedad, la doctrina¹¹⁰ considera que la extensión de la tutela antidiscriminatoria a todos los trabajadores que son declarados no aptos para el desempeño de las tareas propias de su puesto de trabajo, con independencia del grado de discapacidad reconocido, resultaría adecuada para poder ofrecer una respuesta apropiada a su situación.

Un caso paradigmático es el de Francia, donde junto al reconocimiento expreso de la enfermedad como causa de discriminación¹¹¹, existe una tutela específica frente al despido para los trabajadores que padecen una enfermedad grave que determina la existencia de una ineptitud sobrevenida¹¹². A consecuencia de esta regulación, el despido basado únicamente en la enfermedad del trabajador es considerado nulo de pleno derecho por discriminatorio¹¹³.

A modo de conclusión, puede decirse que, a nivel interno, el despido del trabajador basado únicamente en su enfermedad se entiende discriminatorio en Francia y Reino Unido, mientras que en España, Italia y Alemania solo lo es en caso de que la enfermedad dé lugar al reconocimiento de una discapacidad por parte de la autoridad

¹⁰⁸ Santagata, R., “I licenziamenti in Germania: i presupposti di legittimità”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 3, 2013, p. 890.

¹⁰⁹ Sentencia Tribunal Superior Justicia Cataluña de 28 febrero 2000 (n. recurso 7041/1999).

¹¹⁰ Giubboni, S., “Sopravvenuta inidoneità alla mansione e licenziamento. Note per una interpretazione adeguatrice”, *Rivista italiana di Diritto del lavoro*, n. 2, 2012, p. 303.

¹¹¹ Art. L122-45 *Code du Travail*.

¹¹² El art. L1226-9. *Code du Travail* señala que durante los períodos de suspensión del contrato de trabajo a consecuencia de una enfermedad o accidente, el empresario solo podrá extinguir la relación laboral por un motivo de grave interés o por un motivo ajeno al accidente o la enfermedad.

¹¹³ Art. L122-45 *Code du Travail*.

administrativa competente.

En relación con la inclusión de la enfermedad crónica dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) se ha pronunciado en dos ocasiones. En primera lugar, en la Sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, asunto C-13/05, definió la discapacidad como “una limitación de larga duración derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que supone un obstáculo para la participación de la persona en la vida profesional”. El Tribunal puntualiza que la Directiva no recoge ninguna indicación por la que deba considerarse que la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad opere tan pronto como aparezca una enfermedad. Se deduce, por lo tanto, que al haber optado el legislador comunitario por utilizar el término discapacidad, en lugar de otro, se pone de manifiesto su intención de excluir del ámbito de aplicación de esta Directiva a las enfermedades que padezca el trabajador y que no hayan sido declaradas como incapacitantes. El tribunal rechaza la equiparación pura y simple de ambos conceptos, por lo que concluye que la protección frente a la discriminación por discapacidad no puede extenderse de manera analógica a la enfermedad.

Sin embargo, en un pronunciamiento más reciente, el TJUE en la Sentencia de 11 abril 2013, Danmark, asuntos C-335/11 y C-337/11, a pesar de que no se afirme expresamente, lleva a cabo una verdadera rectificación de lo señalado en la sentencia Chacón-Navas, lo que supone un cambio de enorme relevancia conceptual, sobre todo en los Estados en los que se niega la equiparación entre enfermedad y discapacidad (España, Alemania e Italia), que da lugar a una multiplicidad de consecuencias prácticas en diversas materias.

En primer lugar, el Tribunal precisa que el concepto de discapacidad debe interpretarse en el sentido de que comprende “una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta acarrea una limitación derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, que al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional, en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, siempre y cuando esa limitación sea de larga duración”.

Lo importante en el concepto de discapacidad es la existencia de una limitación para la participación plena en la vida profesional, que origina una reducción de la capacidad del trabajador, con independencia del motivo que la haya ocasionado¹¹⁴. Si esto se produce, la enfermedad queda

¹¹⁴ Esta misma posición se reitera en la Sentencia del TJUE de 18 diciembre 2014, Fag og

incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78. Esta sentencia del TJUE no lleva a cabo una equiparación total del concepto de enfermedad y discapacidad, lo que hace es crear una tercera categoría: la enfermedad de larga duración que genera limitaciones en la vida profesional del trabajador. Es este último tipo, y no la enfermedad en sentido genérico, la que se asimila al concepto de discapacidad y, por lo tanto, entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva.

Esta equiparación va a influir en la calificación del despido de la persona que padece una enfermedad crónica, que solo podrá considerarse válido o nulo por discriminatorio. En el caso de que no se cumplan todos los requisitos para que el despido sea válido, el juez solo podría calificarlo como nulo y el empresario tendría que readmitir al trabajador. De esta manera, se eliminaría la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo del trabajador con una enfermedad crónica mediante la entrega de una cantidad económica, derivada de la calificación del despido como ilícito por falta de motivo justificado.

3. Obligación de adaptación del puesto de trabajo

El art. 5 de la Directiva 2000/78/CEE prevé la obligación del empresario de llevar a cabo los ajustes razonables para que las personas discapacitadas puedan acceder al empleo, tomar parte en el mismo y progresar profesionalmente u obtener formación. Como vías para realizar dichos ajustes, esta norma señala, entre otras, la adaptación de instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación y encuadre. La extensión de esta obligación del empresario a los supuestos en los que el trabajador padece una enfermedad crónica va a depender de su asimilación a la discapacidad, si bien, esta ha tenido lugar con la Sentencia del TJUE de 11 abril 2013. A pesar de que esta sentencia no ha sido puesta en práctica por parte de los Estados que previamente no concedían tal protección a los enfermos crónicos, el intento de realización de los correspondientes ajustes es un requisito común en todos ellos, a la hora de considerar lícito el despido objetivo por ineptitud sobrevenida del trabajador enfermo. De esta manera, la obligación de adaptación representa la tutela más importante frente al despido para estos trabajadores.

En el Reino Unido, donde los enfermos crónicos reciben la misma protección que los discapacitados, no se plantean problemas en relación

Arbejde (FOA) contra Kommunernes Landsforening (KL), asunto C-354/13.

con la obligación del empresario de realizar los ajustes necesarios previstos por la Directiva 2000/78/CEE, ya que la misma se recoge de manera expresa en la *Equality Act 2010*¹¹⁵. A pesar de ello, esta norma no señala una lista de las medidas que se consideran ajustes razonables, por lo que para determinar cuál es el grado de razonabilidad en cada situación concreta, el juez tendrá que identificar a las personas que ocupan la misma posición que el trabajador enfermo y no tienen una discapacidad (la norma habla de identificación del “step”, es decir, del punto de comparación), recibiendo la consideración de razonables aquellas adaptaciones destinadas a evitar la desventaja de la persona que padece la enfermedad con respecto a aquella que se encuentra en una situación análoga. Estas medidas contemplarían, entre otras, la adaptación de los tiempos y de los métodos de trabajo¹¹⁶ de la empresa.

A pesar de lo que podría esperarse, también en el resto de Estados donde a los enfermos crónicos no se les aplica la normativa de los discapacitados, el empresario está obligado a adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos de trabajo y los métodos de trabajo y de producción. Esto se debe a la trasposición de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo¹¹⁷, en los ordenamientos jurídicos internos.

En particular, en el caso de España¹¹⁸, el art. 25 de la *Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales* impone al empresario el deber de garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. En concreto, no podrán ser destinados a aquellos puestos que los pongan en situación de peligro a ellos o sus compañeros. Por lo tanto, una vez que el médico encargado de la vigilancia de la salud declara al trabajador “apto, pero con limitaciones”, para el desempeño de sus tareas, el empresario tiene que proceder a adaptar su puesto de trabajo y, si esto no es posible, adscribirlo a otro donde no se exponga a tales riesgos. Los enfermos crónicos pueden quedar incluidos dentro de la categoría de trabajadores especialmente sensibles y, por lo tanto, tendrían derecho a estos ajustes. La doctrina

¹¹⁵ Sección 20-21 *Equality Act 2010*.

¹¹⁶ Lawson, A., “Disability and Employment in the Equality Act 2010: opportunities seized, lost and generated”, *Industrial Law Journal*, 2011, p. 5.

¹¹⁷ Art. 6.2.d) Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989.

¹¹⁸ La obligación de adaptación se recoge en el art. 15.1.d) Ley de prevención de riesgos laborales.

señala que en caso de que la transformación del puesto de trabajo no sea posible, se puede acudir a los mecanismos de movilidad funcional, geográfica o modificación sustancial de las condiciones de trabajo¹¹⁹. Sin embargo, tal y como señala la jurisprudencia, al no existir una protección específica para los enfermos crónicos, el empresario no tiene una obligación absoluta de adaptación del puesto de trabajo a la persona, sino solo en relación con la actividad de la empresa y con el proceso productivo, no pudiendo exigírsele el ofrecimiento de un nuevo puesto de trabajo¹²⁰.

Una regulación normativa similar a la de España existe en Italia¹²¹ y en Francia¹²², sin embargo, las orientaciones de la jurisprudencia y de la doctrina van en otra línea. En el caso de Italia, la doctrina¹²³ considera que de la interpretación en conjunto la normativa sobre la seguridad y salud de los trabajadores y de la relativa a los discapacitados, en relación con el *Decreto legislativo n.º 216 de 2003*, que traspone la Directiva 2000/78/CE en el ordenamiento jurídico italiano, debe afirmarse que la adaptación del puesto de trabajo no solo incluye el traslado del trabajador a otro puesto ya existente, sino que puede comportar la realización de cambios en el sistema organizativo de la empresa para que pueda conservar su puesto de trabajo. Esta interpretación está en línea con el concepto amplio de “ajustes razonables” recogido en la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad de 2006¹²⁴, y es confirmada por

¹¹⁹ Toscani Giménez, D. y Alegre Nueno, M., *El despido por ineptitud del trabajador*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 110.

¹²⁰ Sentencia Tribunal Superior de Justicia Navarra de 25 marzo 2009 (n. recurso 442/2008).

¹²¹ El art. 42 *Decreto legislativo n. 81 de 9 de abril 2008* señala que, en caso de que el trabajador sea declarado por un médico como inidóneo para el desarrollo de las tareas específicas de su puesto de trabajo, el empresario tiene la obligación de atribuirle, siempre que sea posible, tareas equivalentes, u otras inferiores, con conservación del salario del puesto de origen. La misma protección se prevé en el art. 4 de la Ley n. 68 de 12 de marzo de 1999, que regula el derecho al trabajo de los discapacitados, que prevé la obligación del empresario de adaptar el puesto de trabajo en caso de ineptitud sobrevenida del trabajador derivada del reconocimiento de una incapacidad.

¹²² El art. L1226-2 *Code du Travail* prevé la obligación del empresario de realizar los ajustes necesarios para que el trabajador permanezca en la empresa una vez que el médico de trabajo ha declarado que no es posible que retome su trabajo inicial.

¹²³ Giubboni, S., *óp.cit.*, p. 306.

¹²⁴ La definición de ajustes razonables se recoge en el art. 2: “por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

la Sentencia del TJUE 4 de julio de 2013, Comisión contra Italia, asunto C-312/11. De esta manera, se superaría la jurisprudencia que había configurado en un primer momento la obligación de *repêchage*¹²⁵, al considerarse que el cambio en los modelos organizativos entra dentro del concepto amplio de ajustes razonables de la Convención. La jurisprudencia francesa sigue esta misma opción y señala que la obligación de adaptación no puede entenderse cumplida mediante la afirmación de que el trabajador no puede ocupar ninguno de los puestos existentes en la empresa, sino que, siguiendo las indicaciones del médico de trabajo, el empresario tendrá que realizar los correspondientes ajustes en el sistema organizativo de la empresa, por ejemplo a través de modificaciones de los tiempos de trabajo¹²⁶. A pesar de lo afirmado por la doctrina, en Italia existen sentencias que siguen sosteniendo que la introducción de una modalidad de trabajo no presente en la empresa, no se incluye dentro de los ajustes razonables a los que está obligado el empresario¹²⁷.

Aunque se realice una interpretación en sentido amplio del concepto de “ajustes razonables”, la obligación de adaptación del puesto de trabajo no puede tener un carácter absoluto e incondicionado, sino que la propia Directiva 2000/78/CEE exonera al empresario de la misma en caso de que le suponga una carga excesiva. La determinación de la desproporcionalidad de la medida tendrá que ser analizada en función del tamaño, de los recursos financieros y del volumen de negocios de la empresa. Sin embargo, la Directiva señala que el coste no podrá ser considerado excesivo en caso de que se reciban fondos públicos para este fin. El TJUE, en su Sentencia de 2013¹²⁸, hace hincapié en que la valoración de la carga que supone para el empresario la adaptación del puesto de trabajo corresponde a los Tribunales de cada Estado miembro.

4. Enfermedad crónica e ineptitud sobrevenida. El despido objetivo

La posibilidad de despedir al trabajador de manera libre no existe en

¹²⁵ La Corte Cass., en su sentencia n. 7755 de 7 agosto 1998 configura el *repêchage* como la obligación de adaptación del puesto de trabajo antes de proceder al despido objetivo del mismo. Esta sentencia señala la “intangibilidad” de la organización empresarial y, en consecuencia, la imposibilidad de imponer al empresario la obligación de realizar cambios en la misma.

¹²⁶ Cour de Cassation, n. 08-42212 de 16 septiembre 2009.

¹²⁷ Sentencia n. 219 de 2008 del Tribunal de Ferrara de 22 de octubre.

¹²⁸ Sentencia del TJUE de 11 abril 2013, Danmark, asuntos C-335/11 y C-337/11.

ninguno de los Estados objeto de este estudio, pues, en línea con el Convenio 158 de la OIT de 1982, sobre la terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador, se sigue la teoría de la causalidad, según la cual, para que un despido sea lícito tiene que responder a un motivo válido. Las razones que justifican el despido pueden ser de distinta naturaleza y estar relacionadas con la figura del trabajador o con las circunstancias de la empresa. La clasificación de los motivos de despido se realiza de manera diversa en los Estados de la Unión Europea. Una de las opciones consiste en dividirlos en dos grupos, incluyéndose, dentro del primero, las circunstancias personales del trabajador apreciables de manera objetiva, es decir, siempre y cuando no concurra culpa del mismo, y las circunstancias económicas; y, dentro del segundo los casos en los que el despido se deba a la presencia de culpa. Este es el caso de España e Italia, mientras que en Francia, a pesar de distinguirse también dos grupos de causas, estas se dividen de manera diferente: por una parte, se encuentran las relacionadas con la persona del trabajador, donde se incluyen tanto los supuestos en los que concurre la culpa como los de carácter objetivo, y por otra, los de carácter económico. En Alemania se distinguen tres tipos de razones que justifican el despido: las relacionadas con la persona o su comportamiento y las económicas¹²⁹. Caso totalmente distinto es el de Reino Unido, donde la *Employment Relations Act 1996* señala las causas que pueden dar lugar a un despido válido (*fair dismissal*) sin utilizar las mismas clasificaciones que en el resto de Estados, sino que se recogen de manera conjunta las circunstancias que afectan a la persona del trabajador y las de terminación del contrato a tiempo determinado, entre otras. Aparecen mezclados, por lo tanto, los motivos objetivos y subjetivos de despido.

Este planteamiento general de la disciplina del despido resulta útil al objeto de este estudio, pues sirve para determinar cuál es la vía que se debe utilizar para extinguir la relación laboral de un trabajador que sufre limitaciones en su capacidad laboral debido a la enfermedad que padece. Al no concurrir culpa en el mismo, el despido solo podrá realizarse a través de la modalidad basada en las circunstancias personales apreciables de manera objetiva, que en España e Italia recibe el nombre de despido objetivo. En términos generales, este tipo de despido se justifica debido a la ausencia en el trabajador de las facultades necesarias para llevar a cabo las funciones propias de su puesto de trabajo, que puede deberse a diversas causas, pero nunca a un incumplimiento laboral por culpa.

¹²⁹ Pedrazzoli, M., *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, FrancoAngeli, Milano, 2014, p. 296.

La regulación del despido basado en las circunstancias personales del trabajador es diferente en los ordenamientos jurídicos europeos. En la mayoría de Estados se regula de manera general, sin recogerse una lista tasada de los motivos en los que puede basarse, como es el caso de Francia e Italia, con lo que se pretende otorgar un mayor margen de apreciación al juez en relación al caso concreto. Sin embargo, en España, el *Estatuto de los Trabajadores* enumera las razones que justifican la extinción de la relación laboral por esta vía, entre las que se incluye la ineptitud sobrevinida del trabajador y las faltas de asistencia al trabajo intermitentes. De esta manera, y en relación con el objeto de este trabajo, en los Estados donde no se utiliza el sistema de lista, la posibilidad de basarse en la falta de aptitud del trabajador para despedirlo de manera justificada ha sido creada a nivel doctrinal y jurisprudencial.

En concreto, en Francia el *Code du Travail*¹³⁰ se limita a señalar que para que el despido basado en motivos personales sea válido tiene que concurrir una *cause réelle et sérieuse*, sin recogerse una definición de la misma. Ante esta situación, ha sido la doctrina la que se ha encargado de configurar la figura, considerando que para que esta causa sea real tienen que darse tres circunstancias: objetividad (hechos objetivos y determinados, susceptibles de traducirse en manifestaciones exteriores materialmente verificables), existencia real (efectivamente existentes y susceptibles de ser probados en juicio) y exactitud (los motivos alegados por el empresario se tienen que corresponder exactamente con los motivos de despido). En relación con la exigencia de que la causa sea seria, esta tiene que ser de cierta gravedad, es decir, hacer imposible la continuidad del contrato de trabajo, resultando el despido la única vía posible para evitar un daño a la empresa. La jurisprudencia incluye la *insuffisance professionnelle*, relacionada con el escaso rendimiento, y la *insuffisance de résultats*, con la falta de alcance de resultados, dentro de los motivos personales que justifican el despido objetivo, siempre y cuando, sean apreciables a través de circunstancias objetivas y verificables, y tengan repercusiones negativas en la organización del trabajo. En los supuestos en los que la enfermedad dé lugar a dicha insuficiencia profesional, bien por la pérdida de capacidad para el trabajo, bien por el mayor número de ausencias que provoca, el empresario puede despedir al trabajador por esta vía.

Tampoco en Italia se enumeran las causas del despido objetivo, pues el art. 3 de la *Ley n° 604 de 5 de julio de 1966, sobre los despidos individuales*, se limita a prever la posibilidad de que el empresario despida al trabajador

¹³⁰ Art. L1232-1 *Code du Travail*.

debido a la existencia de un motivo objetivo, en caso de notable incumplimiento de sus obligaciones contractuales, o por razones inherentes a la actividad productiva, a la organización del trabajo o al regular funcionamiento de la empresa, sin recoger ningún ejemplo de los mismos. Por este motivo, ha sido la jurisprudencia la encargada de configurar las causas del despido objetivo. La enfermedad puede justificar el despido por dos causas diferentes, por la ineptitud sobrevenida del trabajador¹³¹ o bien por su falta de rendimiento. En primer lugar, en relación con la inclusión de la enfermedad crónica dentro del concepto de ineptitud sobrevenida, la jurisprudencia italiana ha señalado que no basta el hecho de que el trabajador padezca una enfermedad para determinar su ineptitud, sino que la misma debe conllevar una incapacidad para la realización de las tareas específicas del puesto de trabajo. Es necesario atender al caso concreto y, en ningún caso un despido objetivo basado en el padecimiento de una enfermedad en sentido genérico podrá ser lícito si esta no conlleva una pérdida de capacidad del trabajador. En segundo lugar, en lo que respecta a la falta de rendimiento, esta puede venir determinada por las ausencias reiteradas al trabajo a consecuencia del padecimiento de una enfermedad que, a pesar de en su conjunto no lleguen a superar el periodo máximo de incapacidad temporal, impliquen la pérdida de utilidad de la prestación para el empresario y, por lo tanto, pueden motivar un despido objetivo¹³². Las ausencias reiteradas, a pesar de no ser voluntarias, constituyen una reducción del rendimiento siempre y cuando el empresario demuestre que las mismas provocan una desproporción entre los objetivos de producción fijados en el contrato de trabajo y los efectivamente logrados por el trabajador enfermo, teniendo en cuenta la media de los resultados globales del resto de trabajadores. En este caso, el despido no se basa en la enfermedad del trabajador, sino en la falta de asistencia al trabajo que la misma provoca, lo que afecta de manera negativa a la producción de la empresa.

En Italia, existe una posición doctrinal que señala que al referirse la *Ley n° 604 de 1966* a situaciones objetivas se estaría prescindiendo totalmente de la figura del trabajador y, por lo tanto, las circunstancias personales del mismo no podrían justificar un despido por esta vía, sino que habría que acudir a los principios generales del Derecho de obligaciones. En esta línea, el art. 2110 del *Codice civile* prevé la posibilidad del empresario de extinguir el contrato de trabajo, una vez transcurrido el periodo máximo en situación de incapacidad temporal, sin necesidad de tener que probar la

¹³¹ Corte Cass., Sentencia n. 7755 de 7 agosto 1998.

¹³² Corte Cass., Sentencia n. 18678 de 4 septiembre 2014.

existencia de un motivo objetivo, la ineptitud sobrevenida del trabajador, o la imposibilidad de atribuirle un puesto de trabajo diferente.

En Alemania se contempla la posibilidad de reconducir al despido objetivo por motivos personales aquellos supuestos en los que el trabajador padezca una enfermedad que le impida prestar sus servicios en los términos contractualmente pactados o que se prevea que no podrá hacerlo en un futuro por riesgo de que se agrave¹³³. En este sentido, la enfermedad determina la extinción del contrato de trabajo siempre y cuando el interés de la empresa sufra un perjuicio relevante. La jurisprudencia señala los requisitos a tener en cuenta a la hora de despedir al trabajador con base en su enfermedad: existencia de un pronóstico negativo y un serio perjuicio para los intereses del negocio y del empresario¹³⁴. El juez tendrá que ponderar los intereses en conflicto en el caso concreto para decidir acerca de la licitud del despido. Este estará igualmente justificado cuando se produzca una reducción del rendimiento basado en la enfermedad o en las ausencias a las que da lugar, cuando se haya comprobado, en ambos supuestos, que no cabe la recolocación del trabajador.

En España, a pesar de incluirse de manera expresa en el art. 52.1 ET la ineptitud sobrevenida del trabajador dentro de los motivos que justifican el despido objetivo, al no recogerse una definición de la misma, han sido la jurisprudencia y la doctrina, al igual que en Italia, Francia y Alemania, las encargadas de definirla, señalando que tiene que ser: 1) permanente y no meramente temporal; 2) verdadera y no simulada, ya que esto supondría un incumplimiento contractual del trabajador; 3) general, es decir, tiene que afectar a la totalidad de las tareas atribuidas o, por lo menos, a las principales y prevalentes, aquellas que constituyen la parte esencial de la actividad laboral; 4) de suficiente entidad, implicando una aptitud inferior a la de la media¹³⁵; 5) imputable al trabajador, aunque independiente de su voluntad, por lo que no puede deberse a una organización defectuosa de los medios de trabajo. En la medida en que la enfermedad crónica del trabajador le impida realizar las tareas propias de

¹³³ Art. 8 *Entgeltfortzahlungsgesetz* (EFZG) y Santagata, R., *óp.cit.*, p. 890.

¹³⁴ LAGA, *International Dismissal Survey*, Octubre 2012, p. 55.

¹³⁵ En este sentido, Manteca Valdelande, V., “Sentencia de la sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11.12.2007. Despido en que la causa aducida por la empresa no se corresponde con la causa real del despido”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 758/2008, p. 3. Para medir el rendimiento normal de trabajo puede acudir a los baremos objetivos sobre la productividad existente en algunas empresas, o a los convenios colectivos que incluyen reglas para determinar la producción correspondiente a un periodo concreto de tiempo.

su puesto de trabajo y, por lo tanto suponga una reducción de su rendimiento, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por la jurisprudencia y por la doctrina, la relación laboral se podrá extinguir de manera lícita por la vía del despido objetivo por ineptitud sobrevenida, pues al haberse perdido la habilidad para desempeñar la prestación pactada, desaparece también la obligación para el empresario de mantener la relación laboral¹³⁶.

Además, en caso de que la enfermedad dé lugar a faltas de asistencia al trabajo, el art. 52.d) *Estatuto Trabajadores* permite al empresario despedir al trabajador por este motivo, cuando se ausente de manera intermitente a pesar de hacerlo de manera justificada¹³⁷. En este caso, el despido se justifica debido al elevado coste económico que suponen para la empresa las continuas bajas laborales del trabajador, con independencia de la causa que las origine y, por lo tanto, no se basa directamente en la enfermedad sino en los efectos que provoca.

En el Reino Unido, al igual que ocurre en España, la *Employment Rights Act*¹³⁸ 1996 recoge entre las causas que dan lugar a un despido válido (*fair dismissal*) la capacidad del trabajador, sin embargo, esta norma va más allá de la española y la define en relación con las habilidades del trabajador, con su aptitud, su salud u otras cualidades físicas o mentales. Por lo tanto, la enfermedad entra perfectamente dentro de la figura del despido del trabajador con base en la pérdida de su capacidad.

Para que el despido sea válido, además de la falta de capacidad del trabajador para cumplir con las tareas de su puesto de trabajo en el mismo modo en que lo venía haciendo antes de la enfermedad, el empresario tiene que haber constatado que no es posible llevar a cabo los ajustes razonables que permitan su permanencia en la empresa. Esta exigencia ha sido creada en Italia, Alemania, España y Francia a nivel jurisprudencial, al no existir ninguna norma que la prevea¹³⁹. Por su parte, en el Reino

¹³⁶ Toscani Giménez, D.; y Alegre Nuevo, M., *óp.cit.*, p. 108.

¹³⁷ Art. 52. D) *Estatuto Trabajadores*. Según este art., introducido por el Real Decreto-ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del Mercado laboral, las faltas tienen que alcanzar el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

¹³⁸ Sección 98 *Employment Rights Act 1996*.

¹³⁹ En Italia, Corte Cass., Sentencia n. 12769 de 14 junio 2005 y Corte Cass., Sentencia n. 18535 de 2 agosto 2013. En España STSJ Madrid de 14 enero 2013 (n. recurso 4701/12), esta sentencia señala que la obligación de adaptación impuesta por la LPRL no es meramente teórica, sino que se trata de una norma imperativa, por lo que el empresario no puede limitarse a despedir por ineptitud sobrevenida sin haber acreditado el cumplimiento de esta obligación. En este mismo sentido, Moreno Solana, A., "Las

Unido, la *Equality Act* 2010¹⁴⁰ señala, de manera expresa, que el empresario que no cumple con la obligación de realizar los ajustes razonables cuando un trabajador padece una enfermedad realiza un acto discriminatorio. Sin embargo, una vez que acredita que la enfermedad del trabajador determina su falta de aptitud para el trabajo y que esta no puede ser suplida mediante la realización de ajustes, puede llevar a cabo un despido objetivo lícito, pues si se le obligase a asumir a un trabajador que no puede desempeñar ninguna tarea relacionada con la actividad económica se estaría yendo en contra de la libertad de empresa. Al contrario, si el despido se basa únicamente en el hecho de que el trabajador padece una enfermedad y el empresario no ha constatado su influencia en la aptitud del trabajador o no ha tratado de realizar los ajustes correspondientes, aquel será ilícito o nulo, dependiendo de si en el Estado concreto existe equiparación entre enfermedad crónica y discapacidad o no.

5. Conclusiones

Del análisis de las regulaciones de los distintos Estados sobre el despido basado en la enfermedad crónica se deduce que, a pesar de que la tutela de estos trabajadores es mayor en aquellos ordenamientos donde se prevé de manera expresa la prohibición de discriminación por razón del estado de salud o en los que se asimila la enfermedad crónica a la discapacidad, tampoco en estos casos existe una prohibición absoluta de despedir a los enfermos crónicos ni una obligación total de realizar los ajustes necesarios para permitirles conservar su puesto de trabajo. Debido a esto, la inclusión de la enfermedad como un motivo de discriminación no sirve para solucionar el problema de su expulsión del mercado de trabajo.

En caso de que el trabajador padezca una enfermedad crónica, que no le permita desempeñar el trabajo en la manera en la que lo venía haciendo, entran en conflicto dos intereses merecedores de protección, por un lado, la libertad de empresa y, por el otro, el derecho a la igualdad de estos trabajadores. Debido a este motivo, la imposición de una obligación absoluta al empresario de mantener al trabajador que ha perdido su aptitud para desarrollar las tareas propias de la actividad económica empresarial no sería compatible con la libertad de empresa.

La solución para intentar encontrar un punto de equilibrio entre los

diversas controversias que se plantean en torno a los trabajadores especialmente sensibles”, *Revista de información laboral*, n. 7, 2014, p. 5.

¹⁴⁰ Sección 21 *Equality Act* 2010.

intereses del trabajador y del empresario pasaría por la puesta en práctica de políticas activas de empleo, que sirviesen para potenciar las capacidades que aún conservan los enfermos crónicos y no centrarse en aquellas que han perdido. Solo de esta manera al empresario le puede resultar atractivo mantener al trabajador en su empresa.

La utilización de políticas activas de empleo tendrá un papel clave para permitir la conservación del puesto de trabajo por parte de los enfermos crónicos, ante la incidencia que están teniendo y tendrán las enfermedades de esta naturaleza en el futuro, y poder garantizarse, de esta manera, el sostenimiento de los sistemas de Seguridad Social.

6. Bibliografía

Giubboni, S., “Sopravvenuta inidoneità alla mansione e licenziamento. Note per una interpretazione adeguatrice”, *Rivista italiana di Diritto del lavoro*, n. 2, 2012.

Gómez-Millán Herencia, M^a J., “Discapacidad, estados de salud y discriminación en el marco jurídico de la igualdad de Reino Unido”, *Revista de información laboral*, n. 4, 2014.

Lawson, A., “Disability and Employment in the Equality Act 2010: opportunities seized, lost and generated”, *Industrial Law Journal*, 2011.

Manteca Valdelande, V., “Sentencia de la sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11.12.2007. Despido en que la causa aducida por la empresa no se corresponde con la causa real del despido”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 758/2008.

Moreno Solana, A., “Las diversas controversias que se plantean en torno a los trabajadores especialmente sensibles”, *Revista de información laboral*, n.º 7, 2014.

Pedrazzoli, M., *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, FrancoAngeli, Milano, 2014.

Santagata, R., “I licenziamenti in Germania: i presupposti di legittimità”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 3, 2013.

Tiraboschi, M., “Le nuove frontiere dei sistemi di welfare: occupabilità, lavoro e tutele delle persone con malattie croniche”, en Tiraboschi, M. (Dir.), *Occupabilità, lavoro e tutele delle persone con malattie croniche*, ADAPT Labour Studies, e-Book series, n. 36/2015.

Toscani Giménez, D. y Alegre Nueno, M., *El despido por ineptitud del trabajador*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

Varva, S. (Dir.), *Malattie croniche e lavoro. Una prima rassegna ragionata della letteratura di riferimento*, ADAPT Labour Studies, e-Book series, n. 27/2014.

Presente y futuro de la legislación laboral chilena

Fernando E. ARAB VERDUGO*

RESUMEN: La legislación laboral chilena se encuentra en una etapa de transición y consolidación. Transición, en lo que se refiere al ejercicio de los derechos colectivos por las partes integrantes de la relación laboral, debiendo encontrar el justo equilibrio que les permita a las mismas desarrollar a plenitud dichos derechos, evitando los abusos que una incorrecta utilización de los mismos puede acarrear en las relaciones laborales que viene, precisamente, a regular y resguardar; y consolidación, respecto de nuestro actual sistema procesal laboral, el cual, en estos ya ocho años de vigencia, ha demostrado una madurez que le ha valido ser ejemplo para otras legislaciones, sin perjuicio de lo cual, igualmente, debe seguir procurando otorgar más certezas que interrogantes, lo que exige que las instituciones que la propia normativa laboral contempla se utilicen justa y adecuadamente, y que nuestros tribunales, al momento de resolver las controversias que se generen entre las partes, lo hagan con pleno respeto a los derechos y garantías que la propia legislación se encarga de proteger, resguardando el debido proceso, y aplicando las normas según ordena su propio tenor, pero sin olvidar nunca el espíritu que hay detrás de ellas, pues, como manda nuestra legislación, “*cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu*”¹⁴¹.

Palabras clave: Legislación laboral chilena, ley laboral, derecho colectivo, relaciones laborales.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Derecho sustantivo laboral. 3. Derecho procesal laboral. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Profesor de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

¹⁴¹ Artículo 19 del Código Civil de Chile.

1. Introducción

La actual legislación laboral chilena es el fruto de varios años de discusión y análisis sobre cómo debíamos reformar el sistema que estaba vigente, de manera de otorgar mayores seguridades y garantías a las partes integrantes de la relación laboral. Así, y con el objeto de poder transmitir adecuadamente la realidad actual tanto de nuestra legislación como de las relaciones laborales que la componen, además de poder esbozar lo que se supone será el futuro inmediato de nuestra actual normativa laboral, dividiremos la siguiente presentación en dos grandes aspectos: derecho sustantivo y derecho procesal del trabajo.

Dentro de los aspectos sustantivos del derecho laboral chileno, nos referiremos, principalmente, a los cambios en materia de grupos de empresas que se han realizado recientemente en nuestra legislación, así como respecto de las modificaciones en materia sindical y de negociación colectiva que esperan realizar las actuales autoridades gubernamentales, en lo que han denominado, la reforma laboral.

Por su parte, en relación a los aspectos procesales de nuestro derecho del trabajo, procuraremos esbozar en la presente ponencia, los principales rasgos de nuestra actual legislación procesal laboral, la que entró en vigencia el año 2006 con la dictación de la Ley n. 20.087, normativa que destaca que “los procedimientos del trabajo serán orales, públicos y concentrados. Primarán en ellos los principios de la inmediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad”¹⁴².

Otro aspecto que resulta importante de destacar, es aquel que dice relación con ciertas políticas públicas que favorezcan la empleabilidad de nuestros trabajadores. Así, estoy convencido, que la capacitación es la herramienta fundamental para que los trabajadores puedan acceder a mejores condiciones laborales y salariales, debiendo ser la mejora del actual sistema de capacitación existente en Chile uno de los pilares fundamentales de cualquier reforma laboral que se pretenda plantear. A este respecto, ya desde el gobierno anterior, lo que ha sido continuado por la actual administración, se ha puesto el foco en utilizar los recursos públicos destinados a capacitación, que son siempre escasos, en capacitar para aquellos oficios que el mercado laboral requiere. Para ello, debe trabajarse en una alianza público-privada con los diversos sectores productivos y así determinar, en conjunto, cuáles son los perfiles de trabajadores que el mercado requiere, a fin de utilizar los recursos

¹⁴² Artículo 425 del Código del Trabajo de Chile.

existentes en el perfeccionamiento en dichos perfiles, de manera de generar empleabilidad en los trabajadores que se capacitan. Este es un desafío que aún tiene nuestro país y respecto del cual espero pueda ser abordado a la brevedad posible por nuestras actuales autoridades, a fin de mejorar, por un lado, la empleabilidad y condiciones salariales y laborales de nuestros trabajadores, y, por otro, la productividad de las empresas y, con ello, el crecimiento del país, lo que redundará, evidentemente, en un mayor bienestar social para todos.

2. Derecho sustantivo laboral

En relación a las leyes sustantivas que rigen nuestra actual normativa laboral, y al igual como ocurre en gran parte del derecho laboral latinoamericano, las normas legales consagradas en nuestra legislación tienen a la vista principios que han sido considerados como esenciales para regular las relaciones del trabajo. Como decía el profesor Américo Plá Rodríguez, los principios son las “líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones, por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos”¹⁴³. En efecto, nuestra actual normativa asume esta misión informadora de los principios consagrando expresamente disposiciones que son el fiel reflejo de la aplicación del principio protector, del principio de irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores, del principio de primacía de la realidad, del principio de continuidad de la relación laboral o de estabilidad en el empleo, así como de otros principios que no son exclusivos del derecho laboral sino que atraviesan también otros campos del derecho, siendo estos de aplicación transversal, como lo son la buena fe, la dignidad, la razonabilidad, la no discriminación, entre otros.

Así, en materia de derecho individual del trabajo, nuestra normativa ha sufrido diversas modificaciones en los últimos años. A saber, y solo a modo ejemplar, la disminución de la jornada ordinaria de trabajo de 48 a 45 horas semanales el año 2005¹⁴⁴, la normativa referente a subcontratación y empresas de servicios transitorios vigente desde el año 2007¹⁴⁵, y más recientemente, la extensión del derecho a posnatal de la

¹⁴³ Plá Rodríguez, A., *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Montevideo, 1974, 3º edición, Desalma, Buenos Aires, 1998.

¹⁴⁴ Ley n. 19.759 de Octubre de 2001.

¹⁴⁵ Ley n. 20.123 de Octubre de 2006.

mujer de 12 a 24 semanas, en lo que se denomina “posnatal parental”, ley que ya cumple 3 años de vigencia¹⁴⁶.

Además de lo anterior, resulta interesante destacar una reciente modificación legal, la cual trasciende tanto aspectos del derecho individual como colectivo del trabajo, y que es conocida coloquialmente como “Ley de Multi-Rut”¹⁴⁷, la que viene a regular a los denominados grupos de empresas, holdings o unidades económicas de negocios, para los efectos laborales y previsionales, es decir, determina supuestos de multiplicidad de razones sociales para efectos de considerarlas un solo empleador.

Así, con anterioridad a la vigencia de esta nueva Ley –salvo durante los últimos años según explicaremos más adelante –, cada empresa, esto es, cada rol único tributario (RUT) constituía una individualidad legal determinada. No existía por parte de nuestra jurisprudencia aplicación del principio de primacía de la realidad, en virtud del cual, en términos simples, debe darse preferencia a lo que evidencien los hechos, a lo que muestre la realidad, versus las formalidades y documentos existentes, por lo que si dos o más empresas, individualmente consideradas, actuaban como un solo empleador, debió nuestra jurisprudencia, en virtud del ya citado principio, haber asumido aquello, esto es, que se trataba de un mismo empleador, situación que, por regla general, no ocurría. Lo anterior, producía una serie de efectos en materia de negociación colectiva y derecho a sindicalización; en relación a derechos que exigen ciertos quórum para su ejercicio (salas cunas, comité paritario de higiene y seguridad, departamento de prevención de riesgos, entre otros); y en relación al pago de las gratificaciones legales, entre otras materias, efectos que los trabajadores alegaban como perjudiciales para sus intereses.

Sin perjuicio de todo lo anterior, nuestros tribunales laborales, al menos desde el año 2010 a la fecha, ya venían creando jurisprudencia en relación a que dos o más empresas podían ser consideradas como un solo empleador para efectos de atribuirles responsabilidades laborales y previsionales, en la medida en que se cumplieran ciertos requisitos que la propia judicatura se fue encargando de uniformar¹⁴⁸. Lo anterior, se

¹⁴⁶ Ley n. 20.545 de Octubre de 2011.

¹⁴⁷ Ley n. 20.760 de Junio de 2014.

¹⁴⁸ El “concepto de empresa en la legislación laboral, es más amplio que el concepto de sociedad, pues comprende la organización de determinados medios, bajo una determinada dirección, para el logro de los fines que el Código establece. En específico, el Holding es un conjunto de entes vinculados con idénticos fines u objetivos, que se encuentran subordinadas aun cuando su existencia jurídica sea independiente. De esta manera, son factores claves en esta vinculación, la propiedad y el control. En consecuencia, puede un Holding ser considerado empresa desde el punto de vista de la legislación laboral, en tanto puede ser considerado una única empresa, en atención a que

lograba por aplicación de la “teoría del levantamiento del velo de la persona jurídica”¹⁴⁹, la cual permitía que se reconociera a grupos de sociedades como una sola empresa para efectos de atribuirles responsabilidades empresariales, en el solo ámbito de la ley laboral y previsional. Sin embargo, esta declaración jurisprudencial se aplicaba, fundamentalmente, para reconocer derechos individuales de los trabajadores integrantes de estos grupos de empresas o unidades económicas de negocios, pero no para reconocer sus eventuales derechos colectivos, por ello la importancia que tuvo la dictación de la Ley de “Multi-Rut”.

Además de los argumentos anteriores, los promotores de esta nueva normativa indicaban que si bien nuestros Tribunales Ordinarios de Justicia venían creando una jurisprudencia bastante prolífica y destacada, las

sus niveles de vinculación, desde el punto de vista de la propiedad y del control, permiten que sea considerado un único ente jurídico”. 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT n. O-859-2009, de fecha 27 de febrero de 2010.

En este mismo sentido, “un grupo de empresas relacionadas, no aquellas nacidas de una división, fusión, filialización o transformación, sino que empresas pertenecientes a un mismo dueño o grupo, que actúan entre sí como entidades jurídicamente autónomas e independientes, pero con fuertes lazos de cooperación, puedan ejercer todas las facultades propias del empleador respecto de un trabajador, quien se desempeña para cualquiera de ellas sin perjuicio de estar ligado formalmente – mediante contrato de trabajo escrito – sólo con una, situación que en la práctica le genera incertidumbre respecto de la persona de su empleador, quien muchas veces a través de este carácter difuso busca burlar la percepción de derechos básicos e irrenunciables del dependiente. Sin embargo, la indeterminación de las responsabilidades de las razones sociales involucradas, muchas veces hace imposible la limitación de responsabilidades, de manera que la doctrina por aplicación del principio de la primacía de la realidad, ha elaborado el concepto de unidad económica con la finalidad de “levantar el velo corporativo” en virtud del cual es posible determinar si dos o más identidades legales actúan respecto a la organización y dirección del trabajo como si detentaran una sola titularidad. Las empresas demandadas están, en los hechos, bajo una dirección común, comparten un giro complementario, al igual que el proceso productivo, utilizan los mismos recursos materiales, si es necesario, demostraciones que se desprenden de la declaración de los testigos de los trabajadores, quienes contestes, y verosímiles en sus dichos, permiten adquirir convicción sobre la materia. Que así las cosas solo queda concluir las demandadas por la calidad que detentaron ante sus trabajadores, son responsables de cada una de las prestaciones laborales y previsionales que correspondan”. 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT n. O-2446-2010, de fecha 03 de diciembre de 2010.

¹⁴⁹ Diego López Fernández, “La Empresa como Unidad Económica”, Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile, 2010, página 48, indica que la “doctrina de levantamiento del velo corporativo” tiene por propósito indagar la verdad material, más allá del apego a la formalidad jurídica, a fin de detectar casos de abuso de la personalidad jurídica que perjudiquen a terceros o violen la ley.

sentencias de dichos tribunales solo producían efecto relativo¹⁵⁰, versus el efecto *erga omnes* que tiene la Ley, sumado al hecho de que la jurisprudencia es esencialmente cambiante, a diferencia de la Ley. En resumen, la Ley n. 20.760 vino a establecer un criterio marco a las actuaciones jurisdiccionales de nuestros tribunales, dejando, en teoría, menos margen a la “creatividad” de los mismos.

En concreto, esta nueva normativa viene en señalar que: “Dos o más empresas serán consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales, cuando tengan una dirección laboral común, y concurren a su respecto condiciones tales como la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, o la existencia entre ellas de un controlador común. La mera circunstancia de participación en la propiedad de las empresas no configura por sí sola alguno de los elementos o condiciones señalados en el inciso anterior”¹⁵¹.

Es decir, la nueva legislación que regula en nuestro país a los grupos de empresas para efectos laborales y previsionales, exige un requisito *sine qua non*, cual es, la dirección laboral común. Sin dirección laboral común no hay grupos de empresas para efectos laborales y previsionales. Sin embargo, creemos que no basta con la sola dirección laboral común, ya que del tenor literal de la disposición recién citada queda claro que la legislación exige otro requisito adicional, al utilizar la conjunción copulativa “y”, requisito adicional que la nueva Ley solo menciona a título ejemplar o indiciario, al utilizar la expresión “tales como”, pudiendo ser, en consecuencia, cualquiera de las condiciones allí señaladas – la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, o la existencia entre ellas de un controlador común –, o cualquier otra condición que el juez determine de acuerdo a la prueba rendida por las partes o por el previo informe que debe evacuar a este respecto la Dirección del Trabajo¹⁵².

Respecto de qué debemos entender por dirección laboral común, la jurisprudencia de nuestros tribunales ordinarios de justicia ha señalado que estamos en presencia de ella cuando se “toman decisiones de

¹⁵⁰ Artículo 3 inciso segundo del Código Civil de Chile: “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”.

¹⁵¹ Artículo 1 letra b) de la Ley n. 20.760.

¹⁵² Artículo 1 letra b) inciso cuarto de la Ley n. 20.760: “Las cuestiones suscitadas por la aplicación de los incisos anteriores se sustanciarán por el juez del trabajo, conforme al Párrafo 3° del Capítulo II del Título I del Libro V de este Código, quien resolverá el asunto, previo informe de la Dirección del Trabajo, pudiendo requerir además informes de otros órganos de la Administración del Estado”.

administración de recursos, bienes y personal de forma conjunta”¹⁵³, así como cuando nos encontramos frente a quien “tomaba todas las decisiones en la empresa, pagando las remuneraciones y presentándose como empleador frente a los trabajadores”¹⁵⁴. Por su parte, la propia Ministra del Trabajo y Previsión Social de Chile¹⁵⁵, indicó ante el Congreso Nacional, lo que constituye parte de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley “que el principal requisito que debe acreditarse dice relación con la dirección laboral común que debe existir al interior de las empresas, esto es, debe atenderse a quién ejerce la facultad de organización laboral de cada unidad con preeminencia a la razón social conforme a la cual cada empresa obtiene su individualidad jurídica”. En la misma línea, detalló que “el concepto de dirección laboral común, que se constituye por el poder de decisión y organización laboral, debe interpretarse armónicamente con el vínculo de subordinación y dependencia, toda vez que dicho elemento resulta ser de gran relevancia para determinar, en la práctica, la relación laboral existente entre un trabajador y un empleador”. Termina su intervención ante el Congreso Nacional la señora Ministra señalando que “lo esencial y definitivo que siempre debe estar es la identificación de la dirección laboral común, cuyo concepto dice relación con el vínculo de subordinación, con quien manda o dirige una unidad económica y toma decisiones de contratación y despido”.

Respecto de los principales efectos que esta nueva normativa consagra para las empresas que sean consideradas como un solo empleador, tenemos, por una parte, que dichas empresas serán solidariamente responsables del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales emanadas de la ley, de los contratos individuales o de sus instrumentos colectivos¹⁵⁶; y, por otra, que los trabajadores de todas las empresas consideradas como un solo empleador al amparo de esta Ley, podrán constituir uno o más sindicatos que los agrupen, o mantener sus organizaciones existentes; pudiendo, asimismo, negociar colectivamente con todas las empresas que han sido consideradas como un empleador, o bien con cada una de ellas¹⁵⁷.

¹⁵³ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.1596-2013, de fecha 22 de abril de 2014.

¹⁵⁴ 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rol n. 3888-2010, de fecha 26 de abril de 2011.

¹⁵⁵ Intervenciones de la Ministra del Trabajo y Previsión Social ante el Congreso Nacional en sesiones de fechas 07 y 19 de mayo de 2014. Historia de la Ley, páginas 378-381 y 407-409, respectivamente.

¹⁵⁶ Artículo 1 letra b) inciso tercero de la Ley n. 20.760.

¹⁵⁷ Artículo 1 letra b) inciso quinto de la Ley n. 20.760.

Es decir, los trabajadores de estas diversas empresas consideradas como un solo empleador podrán agruparse en un único y gran sindicato y negociar todos conjuntamente. Para las empresas así consideradas será obligatorio negociar si los trabajadores lo exigen. Tener presente que, antes de la entrada en vigencia de esta Ley, la negociación interempresa era facultativa para los empleadores, no pudiendo forzar el sindicato la celebración de un contrato o convenio colectivo, situación que cambia radicalmente con la nueva normativa al hacer obligatorio para el grupo de empresas o holding negociar colectivamente si los trabajadores que las componen así lo exigen.

Ahora bien, respecto de los derechos colectivos, nuestra actual legislación laboral no ha sufrido grandes reformas durante los últimos años, sin embargo, el pasado mes de diciembre, el Gobierno presentó un proyecto de ley denominado de reforma laboral. Las principales directrices que tiene este proyecto de ley son¹⁵⁸:

a) Por una parte, fortalecer la figura de los sindicatos como únicos interlocutores válidos para negociar por parte de la empresa. Lo anterior, pues en Chile actualmente son entes idóneos para negociar colectivamente no solo los sindicatos sino que también los denominados grupos negociadores, esto es, grupos de trabajadores que se reúnen para el solo efecto de negociar colectivamente¹⁵⁹. Estos grupos negociadores suscriben los denominados convenios colectivos¹⁶⁰, los cuales, a diferencia de los contratos colectivos que puede suscribir el sindicato con la empresa, no generan fuero a sus dirigentes, no otorgan derecho a huelga y no cuentan con plazos legales de negociación, siendo dichos plazos libremente determinados por las partes que negocian el referido convenio colectivo.

b) Por otro lado, un cambio muy relevante que propone el proyecto de ley de reforma dice relación con eliminar la posibilidad del reemplazo en huelga. Así, nuestra actual legislación laboral permite que durante el período que dure la huelga el empleador pueda, en la medida en que cumpla con ciertos requisitos legales¹⁶¹, reemplazar a dichos trabajadores

¹⁵⁸ Mensaje del Ejecutivo n. 1055-362, de fecha 29 de diciembre de 2014.

¹⁵⁹ Artículo 326 inciso tercero del Código del Trabajo de Chile.

¹⁶⁰ Artículo 351 inciso primero del Código del Trabajo de Chile: “Convenio colectivo es el suscrito entre uno o más empleadores con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores unidos para tal efecto, o con unos y otros, con el fin de establecer condiciones comunes de trabajo y remuneraciones por un tiempo determinado, sin sujeción a las normas de procedimiento de la negociación colectiva reglada ni a los derechos, prerrogativas y obligaciones propias de tal procedimiento”.

¹⁶¹ Artículo 381 del Código del Trabajo de Chile: “Estará prohibido el reemplazo de los trabajadores en huelga, salvo que la última oferta formulada, en la forma y con la anticipación indicada en el inciso tercero del artículo 372, contemple a lo menos: a)

huelguistas.

Para que ocurra aquello deberá ofrecer, en los casos en que ya exista contrato colectivo vigente, un nuevo contrato colectivo que contenga idénticas estipulaciones que las del contrato actual, reajustadas de acuerdo al Índice de Precios al Consumidor¹⁶², además de ofrecer pagar un bono de reemplazo de UF 4¹⁶³ por cada trabajador reemplazado. Si el empleador no cumple con aquello no puede reemplazar a los trabajadores en huelga sino hasta recién el decimoquinto día de paralización, plazo legal en virtud del cual se autoriza que los trabajadores puedan ir descolgándose individualmente de la huelga¹⁶⁴.

En relación a esto, el proyecto de ley propone suprimir la posibilidad de reemplazo durante la huelga tanto con personal interno como externo. Nuestra jurisprudencia judicial mayoritaria había entendido que el reemplazo de trabajadores en huelga por parte de personal propio de la compañía no podía entenderse como “reemplazo” para efectos de la prohibición establecida en la ley laboral¹⁶⁵. Es decir, era perfectamente

Idénticas estipulaciones que las contenidas en el contrato, convenio o fallo arbitral vigente, reajustadas en el porcentaje de variación del Índice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas o el que haga sus veces, habido en el período comprendido entre la fecha del último reajuste y la fecha de término de vigencia del respectivo instrumento; b) Una reajustabilidad mínima anual según la variación del Índice de Precios al Consumidor para el período del contrato, excluidos los doce últimos meses; c) Un bono de reemplazo, que ascenderá a la cifra equivalente a cuatro unidades de fomento por cada trabajador contratado como reemplazante. La suma total a que ascienda dicho bono se pagará por partes iguales a los trabajadores involucrados en la huelga, dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que ésta haya finalizado.

En este caso, el empleador podrá contratar a los trabajadores que considere necesarios para el desempeño de las funciones de los involucrados en la huelga, a partir del primer día de haberse hecho ésta efectiva”.

¹⁶² Factor que en Chile mide la inflación sobre la base de una “canasta familiar promedio”. Es determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), www.ine.cl.

¹⁶³ Aproximadamente US\$160.

¹⁶⁴ Artículo 381 inciso cuarto del Código del Trabajo de Chile: “Si el empleador no hiciese una oferta de las características señaladas en el inciso primero, y en la oportunidad que allí se señala, podrá contratar los trabajadores que considere necesarios para el efecto ya indicado, a partir del décimo quinto día de hecha efectiva la huelga, siempre y cuando ofrezca el bono a que se refiere la letra c) del inciso primero de este artículo. En dicho caso, los trabajadores podrán optar por reintegrarse individualmente a sus labores, a partir del trigésimo día de haberse hecho efectiva la huelga”.

¹⁶⁵ “La forma adecuada de interpretar la referida norma (artículo 381 del Código del Trabajo) en cuanto a su sentido y alcance, implica que la orientación que ha de buscarse al vocablo reemplazo es la menos perniciosa para el proceso que se encuentra en desarrollo, esto es, la negociación colectiva, y en ese contexto debe limitarse exclusivamente a la contratación de nuevos trabajadores y no al cambio de funciones de

válido que el empleador impedido de reemplazar trabajadores en una huelga por no cumplir con los requisitos legales ya señalados pueda destinar trabajadores propios, que no están en huelga, a desarrollar las labores de los empleados paralizados. Sin embargo, un grado mayor de incertidumbre vino a agregar un reciente fallo de unificación de jurisprudencia pronunciado por la Corte Suprema¹⁶⁶, en el cual dictamina que se prohíbe cualquier tipo de reubicación de trabajadores dentro de la empresa durante un proceso de huelga legal, posición jurídica que viene a revertir lo que había sido la jurisprudencia más o menos conteste de nuestros tribunales ordinarios de justicia hasta la fecha.

c) Por otro lado, hoy en día existen en nuestra legislación¹⁶⁷, ciertos trabajadores excluidos de negociar colectivamente, prohibición que sería suprimida, pudiendo en definitiva dichos trabajadores negociar como cualquier otro dependiente de la empresa.

d) Además, el proyecto establece también ciertos pisos mínimos durante la negociación colectiva. Así, se establece que la respuesta del empleador a la propuesta de los trabajadores no puede contener estipulaciones menores al piso de la negociación. En el caso de existir instrumento colectivo vigente, constituyen el piso de la negociación, idénticas estipulaciones a las establecidas en el instrumento colectivo vigente. Con ello, se estaría forzando presumiblemente a un aumento de los beneficios por cada

trabajadores de la misma empresa que entran a suplir a los que están en huelga en los puestos que han dejado de servir, de acuerdo a una reorganización racional que permita a esa unidad productiva seguir cumpliendo sus funciones”. I. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n. 869-2012, de fecha 18 de julio de 2012.

¹⁶⁶ Exc. Corte Suprema, Rol n. 3514-2014, de fecha 04 de diciembre de 2014, que en su parte pertinente señala que: “La balanza se inclina en favor del que cierra absolutamente las puertas a toda suerte de reemplazo de los trabajadores en huelga, aún, por cierto, el consistente en traer desde otros lugares de la misma cadena en conflicto, trabajadores que releven a los paralizados, conclusión ésta que sin pretenderse invalidadora de la postura plasmada en las sentencias de cotejo, es fruto del empleo consciente y responsable de las fuentes que alimentan el juicio jurisdiccional, para discernir con el mejor de los grados de acierto posible, cuál sea la línea que en asuntos tan importantes para la convivencia social convenga asuman los tribunales”.

¹⁶⁷ Artículo 305 del Código del Trabajo de Chile: “No podrán negociar colectivamente:

1. los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje y aquellos que se contraten exclusivamente para el desempeño en una determinada obra o faena transitoria o de temporada;
2. los gerentes, subgerentes, agentes y apoderados, siempre que en todos estos casos estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración;
3. las personas autorizadas para contratar o despedir trabajadores, y
4. los trabajadores que de acuerdo con la organización interna de la empresa, ejerzan dentro de ella un cargo superior de mando e inspección, siempre que estén dotados de atribuciones decisorias sobre políticas y procesos productivos o de comercialización”.

negociación, lo que significaría una rigidez que llevará a las empresas a aumentar artificialmente sus costos de planilla.

El problema se daría cuando por razones de estrechez financiera la empresa deba reducir sus costos, entre ellos, los asociados a personal. Al encontrarse restringida en el proceso de negociación colectiva, la única solución viable sería el despido de trabajadores, respuesta que generalmente perjudica a los trabajadores más nuevos o menos experimentados, que suelen ser los que se encuentran en condiciones de mayor vulnerabilidad y precariedad.

Hoy, las normas del Código del Trabajo ya incentivan a que las negociaciones partan de ese piso mínimo, ya que para reemplazar los trabajadores en huelga se debe ofrecer al menos el contrato vigente reajustado por IPC, como ya indicamos, además del hecho de que la comisión negociadora del sindicato siempre puede forzar al empleador a suscribir un contrato colectivo en las mismas condiciones al ya existente¹⁶⁸.

En consecuencia, si se pretende establecer un piso mínimo de negociación, éste debe ser indicativo, pudiendo el empleador no mantener o aumentar los beneficios de acuerdo con la situación en que se encuentra la empresa o se proyecta para el siguiente período. El establecimiento obligatorio de un piso para la negociación, será fuente de conflictividad al empujar a los empleadores a realizar ofertas poco atractivas en tiempos de bonanza, previniendo el riesgo de un ajuste futuro, frustrando las justas intenciones de los trabajadores de una adecuada distribución de los beneficios correspondientes al buen momento de la empresa. Es decir, el empleador no entregará todo lo que se puede en épocas de “vacas gordas”, por el temor de quedar amarrado a ciertos beneficios cuando sobrevengan épocas de “vacas flacas”.

e) Simplificación del proceso de negociación colectiva. Se pretende mejorar la actual regulación del proceso de negociación colectiva, mediante su simplificación y desburocratización, además de fortalecer la etapa de mediación ante la Dirección del Trabajo, de manera que las partes tengan instancias previas a los buenos oficios para solucionar sus controversias, con el correspondiente sostén y apoyo de la Dirección del Trabajo. Lo anterior, parece positivo y reconoce la correcta labor que viene desarrollando el área de mediación de la DT. Sin embargo, si dicha función se fortalecerá y se le dotará de obligatoriedad, se requiere, a mi juicio, de una reforma institucional que permita compatibilizar los roles de mediación y fiscalización que posee la DT, otorgándole independencia

¹⁶⁸ Artículo 369 del Código del Trabajo.

funcional para que quienes medien no actúen condicionados por los fiscalizadores, y así garantizar la debida imparcialidad que debe tener este órgano administrativo en su actuar, constituyéndose en verdaderos facilitadores de los acuerdos, de manera que los futuros procesos de negociación colectiva lleguen a buen término antes que se apruebe una eventual huelga, la que, por esencia, no favorece a ninguna de las partes de la relación laboral, pues tanto empleadores como trabajadores ven mermados sus derechos durante un proceso de huelga legal.

3. Derecho procesal laboral

Como ya señalamos, la Ley n. 20.087 del año 2006 vino a instaurar en nuestro país un nuevo sistema procesal laboral, cuyos principios fundamentales son la oralidad, publicidad, concentración, inmediatez, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad.

Así, con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, los juicios laborales en nuestro país tardaban alrededor de 2 a 3 años solo en primera instancia, reduciéndose considerablemente el período de tramitación bajo la nueva normativa, siendo el plazo promedio de duración actual de 2 a 3 meses, esto es, un plazo considerablemente menor al que existía antes de la entrada en vigor de la Ley n. 20.087, siendo un claro reflejo del principio de celeridad que informa al nuevo sistema procesal laboral.

Además, la actual justicia del trabajo aplica a plenitud el principio de la inmediatez, estando presente el juez, personalmente, en todas las instancias del proceso, dirigiendo y participando activamente en las respectivas audiencias. Lo anterior, por contraposición a lo que ocurría, en la práctica, bajo el antiguo sistema procesal laboral, donde muchas veces las audiencias eran dirigidas por un funcionario del tribunal distinto al juez, lo que atentaba contra la buena y justa administración de justicia.

Por otra parte, la oralidad y publicidad de los juicios laborales ha contribuido a la transparencia de los procesos, lo que ha sido debidamente valorado por la opinión pública y, especialmente, por todos aquellos que tramitamos litigios laborales, aportando, sin duda, la aplicación de ambos principios, un sustento jurídico firme al debido proceso que debe regir toda contienda judicial.

Por otro lado, la actual legislación procesal laboral no contempla el recurso de apelación para las sentencias definitivas del tribunal de la instancia, estableciendo el nuevo procedimiento solo la existencia de un

recurso de nulidad¹⁶⁹, de carácter excepcional y que procede bajo causales específicas cuando en la tramitación del procedimiento o en la dictación de la sentencia definitiva se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías constitucionales, o aquélla se hubiere dictado con infracción de ley que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. El conocimiento de dichos recursos de nulidad corresponde a nuestras Cortes de Apelaciones, quienes tardan, en promedio, alrededor de 6 meses en resolverlos, por lo que antes del plazo de un año es posible obtener, actualmente en nuestro país, sentencias laborales firmes o ejecutoriadas.

Asimismo, y aun más excepcionalmente, nuestra actual legislación procesal laboral contempla la existencia del denominado recurso de unificación de jurisprudencia¹⁷⁰, el cual procede cuando respecto de la materia de derecho objeto del juicio existieren distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de Tribunales Superiores de Justicia. Este recurso excepcionalísimo es conocido por la Excelentísima Corte Suprema de Chile. Lamentablemente, este recurso no ha producido el efecto unificador esperado, ya que si bien la Corte Suprema ha resuelto, más o menos uniformemente las materias objeto del recurso que se le someten a su conocimiento, los tribunales de la instancia así como las Cortes de Apelaciones han hecho, en variadas ocasiones, caso omiso a estos fallos de unificación y han seguido fallando las materias conforme a sus propias creencias y convicciones, por lo que, en la práctica, este recurso de unificación de jurisprudencia no ha cumplido la finalidad que se tenía pensada para él. Es más, en este último año, a raíz de cambios en la integración de la sala cuarta de la Corte Suprema que conoce los asuntos laborales, este máximo tribunal ha cambiado su opinión respecto de diversas materias de derecho que venía resolviendo de manera bastante uniforme durante los últimos años¹⁷¹, produciendo cierto grado de incerteza jurídica en quienes nos dedicamos a la litigación laboral.

4. Conclusiones

El futuro inmediato de nuestra legislación laboral resulta complejo de

¹⁶⁹ Artículos 477 al 482 del Código del Trabajo de Chile.

¹⁷⁰ Artículos 483, 483-A, 483-B y 483-C del Código del Trabajo de Chile.

¹⁷¹ Corte Suprema, Dirección de Estudio, Análisis y Evaluación, Informe n. 33-2014, “Doctrina establecida por la Corte Suprema en materia laboral a través de los recursos de unificación de jurisprudencia acogidos entre enero 2011 a junio 2014”, de fecha Junio 2014.

predecir. Si bien en materia procesal el panorama se ve más o menos consolidado, los últimos fallos jurisprudenciales modificatorios de los criterios imperantes durante los últimos años, han venido a otorgar una cuota de incertidumbre que hace mirar con cautela y precaución lo que será el desarrollo de la jurisprudencia nacional en los años venideros. La creciente aplicación de principios e incluso de tratados internacionales en la resolución de contiendas laborales, incluso, muchas veces, en clara contradicción con la normativa laboral expresa, ha venido en agregar un dilema respecto del cual deberemos estar atentos en lo sucesivo. Por otro lado, la reforma laboral en actual tramitación, especialmente, en lo relativo a sindicalización y negociación colectiva, también viene a adicionar un grado no menor de incerteza respecto de lo que será, no solo la nueva normativa laboral que nos regirá en los próximos años, sino que, también, respecto de lo que será la confianza que se forjará entre los diversos actores y el cómo se desarrollarán las relaciones laborales al interior de las empresas.

Esperemos que la vieja caricatura del empleador que doblega al trabajador, la cual había venido desapareciendo de nuestras relaciones laborales cotidianas, dando paso más bien a un trabajo colaborativo entre las partes, no vuelva a generar grados de conflicto, que en nuestro país, gracias al esfuerzo de todos, ya han ido quedando en el olvido. Debe trabajarse en conjunto, Estado, trabajadores y empleadores, a fin de lograr relaciones laborales armoniosas y colaborativas pues, si bien solos podemos ir más rápido, juntos podemos llegar más lejos.

4. Bibliografía

Plá Rodríguez, A., *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Montevideo, 1974, 3ª edición, Desalma, Buenos Aires, 1998.

Corte Suprema, Dirección de Estudio, Análisis y Evaluación, Informe n. 33-2014, *Doctrina establecida por la Corte Suprema en materia laboral a través de los recursos de unificación de jurisprudencia acogidos entre enero 2011 a junio 2014*, de Junio 2014.

La política de empleo italiana entre idea e ideología

Antonello OLIVIERI*

RESUMEN: Este artículo analiza los cambios introducidos, en materia de política de empleo, por las recientes reformas laborales italianas de 2012 y 2014. Para comprender el verdadero significado de las reformas es necesario retrotraer el análisis al estudio de las razones por las que la contracción general de la economía produjo, en los países de la Unión Europea, un impacto tan desproporcionado sobre el desempleo y la ocupación. En este contexto, el legislador italiano ha reforzado la estrecha vinculación entre políticas activas y pasivas para garantizar una mayor empleabilidad de los desempleados y, además, un empleo de calidad.

Palabras clave: Crisis económica, Políticas activas de empleo, Flexiseguridad, Reforma laboral.

SUMARIO: 1. Planteamiento preliminar. 2. La reforma italiana del mercado de trabajo como consecuencia de fenómenos económicos. 3. La doble alma de la política de empleo italiana. 4. El itinerario de (re)inserción en el mercado laboral: un sistema formativo oscuro y dudoso. 5. La oferta adecuada de empleo. 6. Los servicios privados de empleo en el nuevo marco normativo. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

* Investigador y Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad de Foggia (Italia).

1. Planteamiento preliminar

La política de empleo italiana es semejante a un verdadero *work in progress*, pues las intervenciones normativas en los últimos veinte años han sido torrenciales, a menudo carentes de organicidad y sistematicidad. En general, el activismo del Parlamento no se ha visto correspondido por un resultado equivalente en relación al funcionamiento de los servicios públicos de empleo, caracterizados desde siempre por su diversificación en las áreas geográficas.

El actual Gobierno Renzi está realizando una (nueva) imponente reforma del mercado de trabajo italiano (l. 183/2014), adoptando una línea de intervención en el campo económico y social, continuista con la precedente reforma (l. n. 92/2012) dirigida por el Gobierno Monti y su Ministra del Trabajo (Fornero).

La continuidad se aprecia no sólo en relación con los contenidos que van a modificar importantes capítulos del Derecho del trabajo italiano, sino también tanto por las modalidades y técnicas jurídicas adoptadas como por la marcada hostilidad con que todas las partes sociales han acogido ambas reformas.

Ahora bien, para evaluar el significado de las recientes reformas laborales italianas es oportuno volver la mirada hacia un horizonte más amplio, para entender la génesis, antes de examinar la *ratio* de las intervenciones legislativas. Las reformas aportan significativas modificaciones que representan ramificaciones de un complejo árbol genealógico y se insertan en el interior de las acciones, ya seguidas desde hace unos años, encaminadas a mejorar el encuentro entre demanda y oferta de trabajo y, además, a contrarrestar el desempleo de larga duración a través del sistema de “condicionalidad”, que vincula la erogación de una prestación a la activación del desempleado para la búsqueda de empleo.

La idea que se encuentra en la base de este sistema es conocida: reforzar el coligamiento y la coordinación entre políticas activas y pasivas para, de un lado, incrementar la reinserción de los trabajadores en el mercado laboral (*mercado inclusivo*), y, de otro, obligarlos a participar en las acciones de políticas activas de empleo y de búsqueda del mismo (*mercado dinámico*).

La estrecha interdependencia entre políticas activas de empleo y beneficios sociales sustitutivos de la renta de los desempleados constituye la articulación central en torno a cuyo eje se mueven las indicaciones de reforma del mercado laboral sugeridas a los Estados miembros en el ámbito de la *flexicurity*¹⁷².

¹⁷² Vid. Barbera, M., *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale europeo*, Promodis,

La política de empleo ha sido, con toda seguridad, la cuestión que en los últimos años ha tenido una mayor importancia dentro de la política social de la Unión Europea (en adelante, UE)¹⁷³.

En tal contexto, la política de empleo que se pretende desarrollar por el legislador comunitario pretende, no sólo crear empleo, elevando las tasas del mismo, sino intentar que el empleo sea de calidad¹⁷⁴.

Así, en el Libro Verde “Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”¹⁷⁵ se establece que un sistema de subsidio por desempleo bien diseñado, junto con políticas activas del mercado de trabajo, podrían constituir la mayor garantía frente a los riesgos que presenta el mercado de trabajo.

Según esa lógica, la flexiseguridad se transformaría, no tanto en un elemento de precariedad, sino en una mayor oportunidad de encuentro entre demanda y oferta laboral, a través de la introducción, por lo que hace a los empresarios, de una dosis mayor de flexibilidad y, para los trabajadores, de una vía de seguridad en el mercado, favoreciendo su rápido reingreso al mismo y una mejor empleabilidad, de modo que el eventual despido no represente un drama¹⁷⁶.

Ante esta situación, las políticas activas de empleo van a tener un trascendental papel en materia de flexiseguridad, pues deben impulsar la activación de los desempleados.

De esta forma, las componentes de la flexiseguridad se articulan, sobre todo, a través de “*políticas activas del mercado laboral eficaces*”, que ayuden a las

Brescia, 2000, pp. 166 y ss.

¹⁷³ Para una visión general y una crítica a los elementos caracterizadores de la política de empleo de la UE, vid. Gorelli Hernández, J., “La política de empleo en Europa y la evolución de sus estrategias”, en Barba Ramos, F. J., (coord.), *Políticas y servicios públicos de empleo. Una visión europea en conexión con el mundo universitario*, Bomarzo, Albacete, 2012, pp. 11 y ss.

¹⁷⁴ Tal como señala Valdés Dal-Ré, F., “la calidad del empleo pasa a convertirse en un concepto pluridimensional, que se aplica tanto a las características del puesto de trabajo como, desde una perspectiva más amplia, a las del mercado de trabajo, abarcando hasta un total de diez dimensiones entre las que se encuentra, precisamente, la flexibilidad y la seguridad”. Valdés Dal-Ré, F., “El debate de la flexiseguridad en la Unión Europea”, *Relaciones Laborales*, n. 11, 2010, p. 151. Vid. también Goerlich Peset, J. M., “Flexiseguridad y estabilidad en el empleo”, *Teoría y Derecho*, n. 4, 2008, pp. 33 y ss.

¹⁷⁵ Vid. Libro Verde *Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, COM (2006) 708 final, de 22 de noviembre de 2006 y la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad*, COM (2007) 359 final, de 27 de junio de 2007.

¹⁷⁶ Véase Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Flexiseguridad: el debate europeo en curso”, *Relaciones Laborales*, n. 2, 2007, pp. 124 y ss.

personas a afrontar cambios rápidos, reduzcan los períodos de desempleo y faciliten las transiciones a nuevos puestos de trabajo, y de “*sistemas de Seguridad Social modernos*”, que ofrezcan un adecuado apoyo a la renta, fomenten el empleo y faciliten la movilidad en el mercado laboral, incluyendo una amplia serie de medidas de protección social (prestaciones de desempleo, pensiones y atención sanitaria).

Por lo tanto, la menor seguridad del trabajo será compensada con más y mejores oportunidades de empleo, pasando de un puesto de trabajo a otro, y con una mayor Seguridad Social para los trabajadores.

En realidad, más que de un equilibrio¹⁷⁷ entre dos términos opuestos se trata de un desequilibrio que tiende a debilitar la tutela sobre el puesto de trabajo y a aumentar el riesgo de extinción del contrato de trabajo que sufren los trabajadores, que estarán más expuestos al despido¹⁷⁸, a cambio de las incertidumbres generadas por unas políticas activas excesivamente poco eficaces¹⁷⁹.

Ahora bien, el fortísimo impacto de la crisis sobre los presupuestos del *Welfare* ha conducido a acelerar la tendencia reformista en el ámbito de la protección social. La grave crisis económica y las turbulencias financieras han afectado especialmente al empleo, incrementando de forma dramática nuestros niveles de desempleo y generando convulsiones que han llegado a minar algunas de las bases tradicionales del Derecho del Trabajo en casi todos los países de la UE¹⁸⁰.

Con la crisis actual, la estrecha interrelación entre sistema económico-productivo y Derecho del Trabajo ha implementado, con mucha más fuerza que en el pasado, la subordinación del ordenamiento jurídico laboral y su papel ancilar a las necesidades de carácter económico,

¹⁷⁷ Véase, sobre el tema del equilibrio entre flexibilidad y seguridad, el Informe Kok: *Facing the Challenge. The Lisbon Strategy for Growth and Employment. Report from the High Level Group chaired by Wim Kok*, Lussemburgo 2004, consultable en http://ec.europa.eu/research/evaluations/pdf/archive/fp6-evidence-base/evaluation_studies_and_reports/evaluation_studies_and_reports_2004/the_lisbon_strategy_for_growth_and_employment_report_from_the_high_level_group.pdf.

¹⁷⁸ En clave crítica sobre el tema de la reducción de costes de despido como expresión de la flexibilidad que se persigue en el planteamiento de flexiseguridad en grado de contribuir a la creación del empleo, véase Gorelli Hernández, J., *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad*, Sevilla, 2010, pp. 236 y ss.

¹⁷⁹ De igual manera, Loy, G., “Modernizar el derecho de trabajo para afrontar los retos del siglo XXI”, *Relaciones Laborales*, n. 2, 2007, p. 157 y ss.

¹⁸⁰ Sobre este tema ya véase las consideraciones de Baylos Grau, A., “Globalización y Derecho del Trabajo: realidad y proyecto”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n. 15, 1999, p. 21 y ss. y Sanguineti Raymond, W., “La «deconstrucción» del derecho del trabajo de base nacional en la era de la globalización: ¿un devenir inevitable?”, *Relaciones Laborales*, n. 23, 2004, p. 1395 y ss.

debilitando su objetivo originario y fundamental: contrarrestar la desigualdad de poder inherente a la relación de trabajo¹⁸¹. La búsqueda de un nuevo equilibrio¹⁸², entre tutela del trabajo y tutela de los niveles de empleo, ha alterado el objeto primigenio del Derecho del Trabajo, tal y como tendremos ocasión de ver a lo largo de esta exposición.

El nuevo orden económico (sin precedente histórico) y la internacionalización de los mercados financieros han forzado a los gobiernos de los países de la UE a seguir unas políticas públicas de reducción del poder del Estado del bienestar que conllevan una disminución de la protección social y un aumento de la flexibilidad laboral¹⁸³. En este sentido, el derecho del trabajo parece abandonar su forma de “contra-derecho” en la sociedad capitalista para convertirse en una parte integrante de su orden jurídico¹⁸⁴.

Se materializa, así, una precisa vinculación entre política de empleo y mercado, poniendo de manifiesto la importancia que tiene la primera desde una perspectiva no sólo técnica, sino puramente económica. Es decir, la política de empleo se configura como un instrumento utilizado para alcanzar fines de carácter económico y el mercado, como el único garante de los intereses generales¹⁸⁵.

2. La reforma italiana del mercado de trabajo como consecuencia de fenómenos económicos

Como es por todos conocido, el trabajo se ha convertido en un elemento

¹⁸¹ Olivieri, A., “Condizionalità ed effettività nella l. n. 92/2012”, en Chieco, P. (coord.), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 647 y ss. Vid. también Delfino, M., “Diritti sociali e flexicurity”, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, III, 2009, p. 29 y Zoppoli, L., “La flexicurity dell’Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia”, *WP “Massimo D’Antona”*, n. 141, 2012, p. 2.

¹⁸² Tal como señala Ojeda Avilés, A., “en algún lugar, en cualquier momento, el Derecho del Trabajo tendrá que sentarse a dialogar con el Derecho Mercantil sobre los límites de sus respectivos dominios, y podrá hacerlo con un lenguaje común de respeto a los dos mundos en presencia”. Ojeda Avilés, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2010.

¹⁸³ Sobre esta cuestión, vid. Chomsky, N., *Siamo il 99%*, Nottetempo, Roma, 2012.

¹⁸⁴ Como señalaba Sinzheimer, H., siendo el laboral “un derecho de la distribución”, el cumplimiento de esa función se vuelve más difícil y ríspida en períodos de dificultades económicas. Sinzheimer, H., *Crisis económica y el Derecho del Trabajo: cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1984, p. 18.

¹⁸⁵ *Amplius* Gorelli Hernández, J., “Crítica a la flexiseguridad”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, n. 16, 2013, p. 55.

extraterritorial, en el sentido que tiene que enfrentarse a un contexto que va más allá de los confines nacionales¹⁸⁶. Lamentablemente, los contenidos mesiánicos recogidos en la Constitución y las esperanzas allí contenidas¹⁸⁷ también han sufrido la crisis de la soberanía del Estado causada por la globalización: así, “nos lo pide Europa” se ha convertido en un mantra de los últimos años y, además, en la justificación de cualquier maniobra de deterioro de los derechos de los trabajadores.

Las recientes reformas laborales italianas han puesto de manifiesto la necesidad de adecuarse al contexto europeo en tema de empleo. En cuanto a las modificaciones en la regulación del mercado laboral, el sistema italiano, sin embargo, sigue sufriendo reforma tras reforma, como consecuencia exclusiva de fenómenos económicos, no laborales. Podemos señalar la introducción de un interesante conjunto de novedades a través de la Ley 92/2012 (conocida como Reforma Fornero) y de la Ley 183/2014 (el llamado *Jobs Act*), muchas de las cuales están orientadas por la situación de crisis económica y por los principios impuestos por la UE. Es importante señalar que en los últimos tres años el Banco Central Europeo y la Comisión Europea ha enviado a Italia dos misivas (de 5 de agosto de 2011 y de 22 de octubre de 2014, respectivamente), donde se solicita la reforma de los servicios públicos de empleo y, además, la introducción de una mayor flexibilidad de entrada y de salida, sin tener en cuenta que la regulación italiana ya presenta unas dosis de flexibilidad bastante importantes¹⁸⁸.

Bajo esta nueva perspectiva, las reformas laborales aprobadas en los últimos años han modificado el marco de relaciones laborales, introduciendo mayores elementos de flexibilidad de entrada y de salida y

¹⁸⁶ Tal como señala U. Romagnoli, “así, de un derecho de frontera, el del trabajo está llegando a ser también un derecho sin fronteras”. Romagnoli, U., “Globalización y derecho del trabajo”, *Revista de Derecho Social*, n. 5, 1999, p. 9.

¹⁸⁷ La Constitución Italiana es una “Constitución laboral” y establece que todos tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. Véanse, en este sentido, los artículos 1, 3, 4 y 36.

¹⁸⁸ Paulatinamente, para facilitar la creación de empleo se han admitido modalidades contractuales caracterizados por su falta de estabilidad y precariedad relajando límites precedentes a los contratos temporales. Sobre esta cuestión sea consentido hacer referencia a Olivieri, A., “Il contratto a tempo determinato in Italia e Spagna: razionalità e irrazionalità di sistema”, *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 2, 2013, p. 285 y ss. Vid. también, con particular referencia a la precariedad en el sector público, De Michele, V., “L’interpretazione «autentica» della sentenza Mascolo-Fiamingo della Corte di giustizia Ue sulla tutela «energica» del lavoro flessibile alle dipendenze di datori di lavoro pubblici e privati”, en <http://www.europeanrights.eu>.

también medidas de seguridad hasta ahora desconocidas. No es de extrañar, entonces, que la expresión más correcta sea la de flex-inseguridad¹⁸⁹.

Entre sus ambiciosos objetivos, la Ley n. 92/2012 incluye la consecución de un mercado laboral inclusivo y dinámico capaz de reducir la tasa de desempleo a través de una ordenación de las políticas activas más eficiente, coherente y equitativa en una perspectiva de universalidad y reforzamiento de la empleabilidad de los trabajadores¹⁹⁰.

Hasta verificar la efectividad de las normas introducidas en los años 2012 y 2014 respecto a las finalidades *ut supra*, parece innegable el punto de partida del legislador: la escasa capacidad del nuestro sistema para combinar políticas activas y pasivas capaces de superar definitivamente el sistema de tutela asistencial a favor de uno de *workfare*¹⁹¹.

La política de empleo de la UE ha condicionado los procesos de reforma, no sólo en Italia¹⁹², con una lógica que responde a planteamientos puramente económicos¹⁹³.

3. El doble alma de la política de empleo italiana

Entrando en las cuestiones de fondo, ¿en qué medida el legislador italiano ha desarrollado los principios comunitarios (política activa del mercado laboral eficaz y sistema de Seguridad Social moderno)?

Ahora bien, las palabras son importantes, como diría Nanni Moretti en

¹⁸⁹ Vid. Zoppoli, L., *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, pp. 10 y ss., y Berton, F., Richiardi, M., Sacchi, S., *Flex-insecurity. Perché in Italia la flessibilità diventa precarietà*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 3 y ss.

¹⁹⁰ Véase en general el volumen de Magnani, M., Tiraboschi, M. (coord.), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012.

¹⁹¹ Según Zoppoli, L., “La riforma del mercato del lavoro vista dal Mezzogiorno: profili giuridico-istituzionali”, en http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_423809797.pdf, 2012, p. 8, con la Reforma Fornero se acentúa el «carácter *workferistico* de nuestro Estado del bienestar».

¹⁹² Tiraboschi, M., *Le prestazioni di disoccupazione in Europa. Spunti di riflessione per il caso italiano*, p. 4, disponible en www.csmb.unimore.it. Vid. también Spatini, S., “Il funzionamento degli ammortizzatori sociali in tempo di crisi: un confronto comparato”, *Diritto delle relazioni industriali*, n. 3, 2012, pp. 670 y ss.

¹⁹³ Según Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., el Derecho del Trabajo ha estado muy influenciado por los cambios económicos, sociales y políticos, los cuales han generado una cierta inestabilidad de sus reglas que han conocido modificaciones y ajustes frecuentes mucho más intensos que en otras disciplinas. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “La grave crisi del diritto del lavoro”, *Lavoro e diritto*, n. 1, 2012, pp. 15 y ss.

una famosa película suya. Algunas son cautivadora. Así, las locuciones “*Jobs act*”, “*workfare*” y “*flexisecurity*” forman parte de esta última categoría. Lo que se esconde detrás de esta seducción lingüística es demasiado evidente: el paso de una seguridad del puesto de trabajo (*job protection*) a una seguridad que se basa, en cambio, en el concepto de empleabilidad (*employability*) y en la capacidad de desarrollar un cierto trabajo (*work ability*).

Las consideraciones hasta aquí mencionadas ponen de manifiesto el marco en torno al cual el legislador italiano ha creado el nuevo cuadro de la “condicionalidad” del acceso a las prestaciones de desempleo.

El sistema de protección italiano frente al desempleo ha ido evolucionando en base a algunos elementos comunes en los países de la UE¹⁹⁴: en primer lugar, incrementar la capacidad de los desempleados para encontrar un nuevo puesto de trabajo, fundamentalmente a través de programas de formación o recualificación profesional, que resultan obligatorios para los desempleados; además, garantizar la sostenibilidad financiera del sistema de bienestar, reduciendo los períodos de transición entre un empleo y otro. Esto significa que la finalidad de la mencionada protección no está basada fundamentalmente en cubrir la pérdida de empleo, sino en facilitar una prestación económica al servicio de la recolocación, imponiendo al desempleado dichas obligaciones¹⁹⁵.

Se trata de un sistema, ahora ya, institucionalizado¹⁹⁶ y progresivamente dirigido tanto a hacer más productivos los costes de Seguridad Social, como a evitar la prolongación del estado de absoluta inactividad de los beneficiarios, que provoca siempre mayor dificultades de reingreso en el trabajo.

Precisamente, la participación dinámica de los desempleados ha generado una importante evolución entre política activas y pasivas¹⁹⁷.

La reciente evolución entre políticas activas y pasivas, como ya hemos señalado, considera el desempleado no sólo una persona susceptible de protección social a través de las prestaciones de desempleo, sino el sujeto principal de la política activa, en cuanto se busca implicarlo de manera

¹⁹⁴ Gorelli Hernández, J., “I servizi per l’occupazione in Spagna: dell’intermediazione al collegamento tra politiche attive e passive”, en Lagala, C., D’Onghia, M. (coord.), *Politiche di attivazione dei disoccupati in Europa*, Roma, Ediesse, pp. 11 y ss., y Valdés Dal-Ré, F., “Il dibattito sulla flessicurezza all’interno dell’Unione Europea”, en Loy, G. (coord.), *Diritto del lavoro e crisi economica*, Ediesse, Roma, 2011, pp. 29 y ss.

¹⁹⁵ En este sentido, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “La nueva dimensión de la protección por desempleo”, *Relaciones Laborales*, n. 13, 2002, p. 9.

¹⁹⁶ Garofalo, D., *Gli ammortizzatori sociali in deroga*, Ipsoa, Milano, 2010, p. 39.

¹⁹⁷ Garofalo, D., “La cassa integrazione”, en Marazza, M., (coord.), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Trattato di diritto del lavoro, IV.2, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 2044 y ss.

directa para que abandone esa condición y encuentre empleo de la manera más rápida posible.

Como hemos señalado, el acceso a la protección por desempleo queda condicionado al cumplimiento por parte de los solicitantes de un mayor número de obligaciones. Para el nacimiento del derecho a la prestación por desempleo, el beneficiario debe hallarse en situación legal de desempleo y acreditar tanto disponibilidad para buscar activamente empleo como para aceptar colocación adecuada mediante la firma de un compromiso de actividad.

Ahora bien, en las recientes reformas se cita más veces la expresión “política activa y de activación”. Con esto se pretende recordar, por lo menos formalmente, que existe una doble alma.

Con la primera, la ley establece un *derecho* a realizar un itinerario individualizado y personalizado de inserción, a través del cual se analiza la empleabilidad y se especifican las medidas dirigidas a mejorar participación del perceptor en un itinerario activo de inserción laboral. Así, resulta esencial que los orientadores desarrollen un itinerario personalizado para cada desempleado, efectúen un diagnóstico tanto de sus capacidades como de sus posibilidades de encontrar empleo y, además, de mejorar su cualificación.

Con la segunda, el legislador establece un *deber* de participar en las medidas de política activa de empleo encaminadas a la recualificación o reinserción y de aceptar una colocación adecuada. Como ya hemos señalado, la percepción de la ayuda de acompañamiento estará condicionada a dichos deberes.

¿Cómo ha desarrollado esta doble alma el legislador italiano?

Aun siendo un elemento fundamental de la política de empleo, el sistema de activación ha venido caracterizándose por unos fines heterogéneos. Esta nueva relación se basa sustancialmente en tres objetivos: los dos primeros conciernen el mercado inclusivo y el mercado dinámico, que pueden ser considerados objetos explícitos y colaterales; el tercero es, en cambio, un objetivo implícito y principal, consistente en el recorte del gasto público en protección social.

En sustancia, prevalece el alma sancionadora frente a la formativa tendente a la mejora de la empleabilidad del desempleado.

Este pasaje resulta fundamental para entender la vía que el legislador de Italia está tomando y qué objetivo, en realidad, quiere perseguir. Se ha construido un sistema que se caracteriza más por su forma represiva que por los incentivos, produciéndose desde el punto de vista de los beneficiarios un endureciendo los requisitos que dan derecho a la prestación por desempleo.

Si se reflexiona sobre los resultados alcanzados con el planteamiento del dirigismo comunitario en materia de empleo, la situación italiana parece, desde el punto de vista de un análisis global de la cuestión, caracterizarse por incertidumbres, desórdenes e ineffectividad.

4. El itinerario de (re)inserción en el mercado laboral: un sistema formativo oscuro y dudoso

La certidumbre dinámica de mantenerse activo en el mercado de trabajo, aunque con distinto empresario o en diferentes puestos de trabajo, requiere un sistema que contemple la necesidad de que los demandantes de empleo tengan un itinerario profesional individualizado.

El objetivo es individualizar, de un lado, las actividades instrumentales para la reinserción de los desempleados y, de otro, vincularlos a la participación en los programas formativos con la intención de seleccionar a los sujetos que efectivamente se encuentra en busca de empleo.

Los demandantes de empleo deberán participar, de acuerdo con lo establecido en sus itinerarios de inserción laboral individualizados, en las políticas activas de empleo, con la finalidad de mejorar sus oportunidades de ocupación¹⁹⁸.

El proyecto formativo tiene, así, una triple relevancia por su incidencia sobre el presente, sobre el futuro deseado y, finalmente, sobre las herramientas útiles para alcanzarlo.

La elección, aunque apreciable sobre el plano de las finalidades, hace surgir diversas puntualizaciones críticas.

En primer lugar, si el itinerario es un componente fundamental para mejorar la adaptabilidad y empleabilidad de los desempleados, es necesario que se determine el mejor itinerario de inserción, de acuerdo con sus capacidades profesionales y aptitudes para el trabajo.

Sin embargo, no se ha aportado una noción clara de qué debe entenderse por itinerario personalizado, ubicándolo simplemente entre las obligaciones a cumplir por los beneficiarios de las prestaciones por desempleo.

De la ley se deduce que son los servicios públicos de empleo quienes determinarán el contenido del itinerario de inserción, mientras lo normal

¹⁹⁸ Tal como señala Solís Prieto, C., también en España “training is becoming a well-established means to promote workers’ employability”. Solís Prieto, C., “Betting on Training to Reduce Youth Unemployment: Precarious Work and Economic Recovery Measures”, en Gunderson, M., Fazio, F. (edits.), *Tackling Youth Unemployment*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle upon Tyne, 2014, p. 63.

hubiera sido que el mismo se desarrollase realmente en colaboración con el demandante de empleo y, sobre todo, en función de las circunstancias profesionales y personales de éste.

Esta consideración es más importante en relación con algunos colectivos, específicamente por lo que hace a la reducción del desempleo de jóvenes y personas en paro de larga duración, a la recualificación profesional de las personas que hayan agotado la protección por desempleo y a la realización de acciones de mejora de la empleabilidad para personas con especiales dificultades de inserción laboral, condicionadas por su baja cualificación.

Los beneficiarios, desde una óptica asentada de activación, tendrían que participar en la determinación de un itinerario de inserción para contrarrestar eventuales decisiones unilaterales de la Administración que se traducirían en una aceptación pasiva y, además, en una ineficaz herramienta de redistribución del empleo.

Ante la ausencia de cualquier referencia a las peculiaridades de la oferta formativa, la misma podría concretarse en una inútil carga para el desempleado, que desde esta experiencia no conseguiría ventaja ocupacional alguna, sino sólo una adicional penalización.

Un itinerario poco compatible con las actitudes y las perspectivas individuales de los trabajadores sólo sería capaz de “desilusionar las ambiciones”.

En efecto, los resultados obtenidos, sin embargo, se han traducido en que se ha configurado un sistema más restrictivo para las personas desempleadas que sean receptoras de prestaciones o subsidios económicos, viéndose obligadas a comprometerse a participar en las acciones que los servicios públicos les señalen discrecionalmente y sin valorar las aptitudes personales y profesionales de cada individuo.

Por el contrario, la reforma legislativa no parece preocuparse de este aspecto, configurando más bien un sistema formativo oscuro.

En segundo lugar, la finalidad originaria de la Ley queda frustrada en términos de eficacia si se examinan los datos empíricos del índice de empleabilidad de los servicios públicos de empleo.

En este sentido, la mejora de la empleabilidad debe girar sobre un servicio público de empleo con una mayor dotación económica y de recursos humanos.

El modelo apenas delineado camina por el precipicio de convertirse en un modelo más orientado al control que al sostén de los destinatarios de las prestaciones por desempleo.

En efecto, las sanciones representan un elemento sustancial para la activación de los desempleados. Como ya hemos señalado, las infracciones no se gradúan en niveles en función de su gravedad.

Bajo esta perspectiva, el efecto de la falta de activación, sin que exista un motivo que la justifique, será la extinción del derecho a la protección económica.

Sin embargo, el legislador no ha definido “los niveles esenciales”, es decir, no ha especificado los casos en que no se incurriría en la sanción de la pérdida de la renta económica. Serán las Comunidades, con toda su fragilidad y diferenciaciones, quienes establezcan detalladamente los casos en que se reconocerá al desempleado el derecho al rechazo de una medida inapropiada. En este sentido, algunas Comunidades han establecido que no se perderá el derecho a la prestación por desempleo en el caso de concurrir hechos impeditivos de carácter personal (motivos familiares, embarazo, enfermedad, etc.); otras, en caso de participación en una actividad formativa autónomamente buscada. De esta forma, surge un sistema confuso e incierto en función del carácter más rígido o menos severo de cada una de las Comunidades.

Hay una única hipótesis legal en que no se perderá el derecho a la prestación pese a no aceptar la oferta de empleo: el límite de carácter geográfico. Así, las actividades formativas no pueden ser desarrolladas en un lugar que diste más de 50 kilómetros del domicilio del desempleado.

Es evidente que las contradicciones no se pondrán de manifiesto en el seno de un sistema dotado de los necesarios conocimientos del mercado laboral y capaz de verificar las concretas aptitudes profesionales de los trabajadores para orientarlos hacia empleos idóneos, indicando itinerarios formativos o de recualificación profesional adecuados con referencia a las profesiones efectivamente requeridas por el mercado¹⁹⁹. Ahora bien, de todo ello no hay rastro. Por ello, es muy posible que el sistema que se pretende configurar se traduzca en un “sumatorio de debilidades” entre nivel central y periférico²⁰⁰.

5. La oferta adecuada de empleo

El nuevo sistema italiano de condicionalidad ha sido, justamente, construido sobre el arquitrabe de la oferta adecuada de empleo²⁰¹. El desempleado, a cambio de la prestación de desempleo, por un lado, debe

¹⁹⁹ Bortone, R., “I complicati servizi per l'impiego”, en AA.VV., *Studi in onore di Edoardo Ghera*, I, Cacucci, Bari, 2008, pp. 165 y ss.

²⁰⁰ Liso, F., “Brevi appunti sugli ammortizzatori sociali”, *Studi in onore di Edoardo Ghera*, I, Cacucci, Bari, 2008, pp. 609-610, evidencia como no faltan experiencias positivas, pese a que el signo prevalente es todavía el del atraso.

²⁰¹ Art. 4, apartado 41 de la Ley n. 92/2012.

empeñarse activamente en la búsqueda de un empleo, demostrando su disponibilidad para encontrarlo y mejorar su empleabilidad; por otro, debe aceptar aquellos empleos que le sean ofertados desde los servicios públicos de empleo. El rechazo al empleo es causa de extinción de la prestación por desempleo.

La adecuación de la oferta de empleo ha sido siempre una garantía para el desempleado de modo que no está obligado a aceptar cualquier puesto de trabajo. Se trata de un proceso que no es precisamente nuevo, pero tiene una finalidad diferente respecto al pasado: incrementar la presión sobre el receptor de la prestación de desempleo para que acepte la oferta de empleo, presión que se manifiesta en la obligatoriedad de aceptar dichas colocaciones o, por contra, someterse a la consecuencia de la pérdida de la prestación en caso de rechazo injustificado.

En efecto, antes de las reformas laborales de 2012 y 2014, la oferta era adecuada cuando el empleo se hallaba encuadrado en un nivel retributivo no inferior al 20% respecto al trabajo precedente y el nuevo lugar de trabajo no distaba más de 50 kilómetros del domicilio del desempleado.

Si bien se mantiene la exigencia geográfica, la nueva regulación prevé que la oferta adecuada no tenga una retribución inferior al 20% respecto, no ya a la última actividad laboral desempeñada, sino a la prestación bruta de desempleo, que asciende al 75% del salario mínimo.

Sólo se mantiene inalterado el requisito geográfico, mientras viene modificado *in peius* el requisito retributivo y eliminado el profesional.

En cuanto al criterio retributivo, el dato normativo requiere una observación sistemática en torno a la voluntad del legislador de utilizar de forma desviada un mecanismo de responsabilidad social para aumentar la empleabilidad y crear un empleo carente de calidad.

La previsión de la oferta adecuada se traduce en una suerte de presión para aceptar un empleo de peores condiciones y representa la dimensión más emblemática del concepto de activación en su aspecto coercitivo. En efecto, el desempleado, para no perder el derecho a la prestación de desempleo, tendrá que aceptar un neto empeoramiento de las condiciones económicas. Al hecho de que la referencia al importe de la prestación social ya sea perjudicial en sí misma considerada, hay que sumarle que ello se ve agravado por el criterio geográfico, que obliga a una movilidad que puede extenderse hasta 50 kilómetros desde el domicilio del desempleado, con la consecuente reducción de los beneficios reportados por el nuevo empleo, al tener éste un coste adicional por el traslado. Además, la cuantía de la prestación por desempleo sufre un recorte del 15% pasados seis meses en el percibo de la misma y de otro 15% después de un año.

Se trata, justamente, de una oferta irrenunciable, como aquella oferta que

no se podía rechazar que se hizo famosa por la novela de Mario Puzo y, posteriormente, por la película de Francis Ford Coppola “El Padrino”. Sin embargo, hay una diferencia sustancial: el desempleado no encontrará una cabeza de caballo en la cama, sino que (sólo) perderá el derecho a la prestación por desempleo.

En cuanto al criterio profesional, la nueva definición no parece dejar espacio a la posibilidad de que el nuevo empleo adecuado tenga que ser necesariamente asimilable a la última actividad laboral desempeñada, generando, así, una suerte de irrelevancia jurídica del patrimonio profesional, en cuanto no se pide correspondencia entre la actividad ya desarrollada y el nuevo empleo. Así, no hay correspondencia con la profesión habitual ni con sus aptitudes físicas y formativas.

No se trata sólo de un problema de incertidumbre aplicativa para evaluar si una oferta es adecuada o no. El legislador italiano sigue un rumbo de colisión con la precedente regulación y, sobre todo, con el principio constitucional de la libertad de elección profesional (art. 4)²⁰².

Junto al problema de la definición jurídica de la oferta adecuada, se encuentra el de la individualización de las razones que pueden justificar un rechazo de la oferta, válidas para excluir la aplicación de los mecanismos sancionatorios. A diferencia de otros países de la UE, Italia tiene una normativa que prevé solo *a contrario* las situaciones que resultan idóneas para legitimar el rechazo, es decir, el caso de que la oferta no respete los criterios retributivo y/o geográfico. Entre otras cosas, no se establece expresamente la posibilidad de un rechazo cuando concurra motivo justificado.

En conclusión, una política activa del mercado de trabajo no significa la obligación de aceptar cualquier empleo propuesto, incluso menos cualificado y peor pagado, a riesgo de perder cualquier prestación.

Por contra, el sistema italiano tiende a incentivar la aceptación de cualquier empleo lo antes posible. De aquí que pueda decirse que el verdadero objetivo del *Jobs Act* sea el recorte del gasto público: así, el desempleado obligado a aceptar el empleo jurídicamente adecuado pero socialmente inadecuado, por las razones que hemos señalado *supra*, verá extinguido el derecho a la prestación por desempleo que venía percibiendo, creando un programa que, a modo de puerta giratoria, comunica el empleo precario y poco remunerado con el desempleo.

²⁰² Sobre esta cuestión, véase Cinelli, M., “Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro”, *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, n. 2, 2012, pp. 227 ss.

6. Los servicios privados de empleo en el nuevo marco normativo

El presupuesto fundamental para que el proceso de activación sea realmente eficaz consiste en otorgar un papel sustancial a los servicios públicos de empleo para que el compromiso de actividad no sea sólo una obligación puntual de carácter formal. Así, será necesario que la estructura pública se implique, a través de la elaboración de un itinerario individualizado, e implemente los medios que facilitarán un rápido acceso al empleo²⁰³.

Ahora bien, el endurecimiento de las condiciones de la prestación por desempleo, especialmente en relación con la disponibilidad para trabajar y con la definición de la oferta adecuada, no ha producido el resultado de la reducción de los costes de Seguridad Social esperado por el legislador. Los ancestrales problemas estructurales de los servicios públicos de empleo, sobre todo, en algunas zonas geográficas, han impedido la consecución de un sistema maduro de condicionalidad. Quien busca un nuevo empleo no utiliza el canal público porque, desde hace años, los datos empíricos demuestran que no es capaz de generar el coligamiento y coordinación entre políticas activas y pasivas para incentivar la reinserción de los desempleados; de otro lado, tampoco resulta suficiente para obligar a participar en las acciones de políticas activas de empleo y de búsqueda del mismo²⁰⁴.

Las políticas activadoras del mercado de trabajo deberían contribuir, a través de la implicación de los efectivos servicios públicos de empleo, a facilitar las transiciones entre diversos empleos, posibilitando la pronta vuelta al trabajo y atendiendo especialmente a los desempleados de larga duración.

Los servicios públicos de empleo italianos se han mostrado poco propensos a sancionar a los desempleados que no han cumplido sus obligaciones²⁰⁵. Y he aquí la intuición del actual Gobierno Renzi: un sistema que quiere exacerbar las condiciones, pero que no tiene las herramientas para sancionar efectivamente comportamientos *contra legem*,

²⁰³ Gorelli Hernández, J., “Protección por desempleo en un escenario de crisis de empleo”, *Temas Laborales*, n. 112, 2011, p. 252.

²⁰⁴ En este sentido y para un análisis de los datos empíricos, *vid.* Ricci, M., “Servizi per l’impiego: analisi e prospettive alla luce della l. n. 92/2012”, en Chieco, P. (coord.), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 623 ss.

²⁰⁵ Tiraboschi, M., “Le prestazioni di disoccupazione in Europa. Spunti di riflessione per il caso italiano”, p. 13, disponible en www.csmb.unimore.it.

es un sistema inefectivo²⁰⁶. El legislador italiano intenta, por lo tanto, reforzar, tras los fracasos del pasado, el sistema privado de empleo, procediendo a aprobar un nuevo instrumento de política de empleo: el contrato de recolocación, que tendría que dar un giro al actual sistema²⁰⁷.

Se trata de una nueva herramienta con origen en Europa del Norte, tendente a favorecer la reinserción de los desempleados: sin embargo, el legislador se olvida de que el mercado laboral italiano no es idéntico al de los países del Norte de Europa²⁰⁸.

El objetivo es alcanzar un modelo de *governance* pública y privada a través una *partnership* entre servicios públicos y privados de empleo. En la idea del legislador, los sujetos privados pueden tener un importante papel en la gestión del mercado de trabajo en relación con las acciones de políticas activas y de búsqueda de empleo.

Se pretende trasladar desde lo público a lo privado la función de localización de las necesidades de empleo de las empresas y la mejor identificación de cuáles son las características del empleo demandado, facilitando la colocación de los desempleados siempre a través de un itinerario personalizado.

En dicho contexto, la estructura pública desarrolla sólo un papel de certificación y de comprobación del grado de *employability* del desempleado que, a continuación, podrá ser encomendado a un *tutor* de la agencia privada de intermediación laboral y que, a su vez, tendrá un poder de control sobre el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con la búsqueda de empleo o el desarrollo de actividades que faciliten que encuentre un puesto de trabajo. La novedad consiste, justamente, en esta devolución del poder de control al sujeto privado, que tendrá, consiguientemente, un poder de denuncia del desempleado en caso de incumplimiento, por ejemplo, como consecuencia de rechazar una oferta adecuada.

La actividad de la agencia privada será retribuida por una parte fija, en base a la asignación del desempleado, y por una parte variable, cuya entidad será medida en proporción a la dificultad de recolocación del desempleado.

La interacción entre público y privado pretende hacer efectivos los

²⁰⁶ En el mismo sentido, véanse las consideraciones, con referencia al precedente, de Tiraboschi, M., “Ammortizzatori social e decadenza dal trattamento”, *Guida al Lavoro*, n. 8, 2009, pp. 12 ss. y de Spattini, S., “La nuova condizionalità all’accesso ai trattamenti di sostegno al reddito: potenzialità e criticità nella prospettiva di riforma del sistema degli ammortizzatori”, *Diritto delle relazioni industriali*, n. 2, 2010, p. 381.

²⁰⁷ Art. 1, apartado 4, letra p) de la Ley n. 183/2014.

²⁰⁸ Olivieri, A., “Condizionalità ed effettività nella l. n. 92/2012”, *óp. cit.*, p. 667.

mecanismos sancionatorios en tanto los servicios privados de empleo resultan menos frágiles y más intransigentes a la hora de hacer respetar una normativa ya apremiante, pero que el laxismo de las estructuras públicas ha debilitado con los años.

El legislador abandona, así, la precedente impostación «publicista»²⁰⁹, que manifestaba una considerable confianza en los servicios públicos de empleo, atribuyendo, ahora, a los servicios privados la importante tarea de gestionar los aspectos fundamentales para reducir la así dicha *unemployment trap*.

7. Conclusiones

Ante la ausencia de adecuadas políticas activas, existe el peligro de que quede como único objetivo la salida del sistema de Seguridad Social a través del conjunto de deberes impuesto a los desempleados, olvidándose del otro objetivo: la mejora de la profesionalidad necesaria para aumentar el grado de empleabilidad.

Se puede así constatar que se está produciendo una tendencia, en realidad no sólo en Italia, que incide principalmente en ocupar lo antes posible a los desempleados, sin atender a sus cualificaciones profesionales o al tipo de empleo que demandan.

En vez de construir una eficiente red de servicios suficientemente eficaces para generar ofertas de empleo adecuadas, el legislador ha endurecido el sistema de la condicionalidad a través la aceptación de un trabajo “lo que sea”²¹⁰. Desde esta perspectiva, los objetivos de crear un mercado inclusivo y dinámico viene fagocitado por el verdadero resultado hacia el que tienden las normas introducidas en las últimas reformas, la reducción de los costes públicos, hoy a través del papel fundamental de los servicios privados.

Esta última observación no debe ser olvidada en la valoración global de las reformas laborales, si bien asume hoy una relevancia mayor en un

²⁰⁹ Rosolen, G., Spattini, S., Tiraboschi, M., “Condizionalità e raccordo tra politiche attive e passive in chiave pubblicistica”, en Rausei, P., Tiraboschi, M. (coord.), *Lavoro: una riforma sbagliata. Ulteriori osservazioni sul DDL n. 5256/2012, Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, Adapt, 2012, pp. 212 y ss.

²¹⁰ Como señala Romagnoli, U., con la globalización de la economía se ha creado un desmesurado mercado laboral en cuyo millones de trabajadores “consideren un regalo del Señor un trabajo cualquiera con una paga cualquiera”. Romagnoli, U., “Derecho laboral y marco económico: nexos de origen y perfiles evolutivos”, *Revista de Derecho Social*, n. 64, 2013, p. 15.

contexto de crisis económica. Respecto al cuadro comparado, Italia constituye un caso bastante peculiar: un país, desde siempre, muy severo en vía formal, pero algo laxo en la praxis aplicativa²¹¹.

Ahora bien, que dicho sistema de condicionalidad sea capaz de crear, a través de una menor tutela de la relación laboral y una (presunta) mayor tutela del mercado, un modelo orientado al sostenimiento y no sólo al control de los destinatarios de las prestaciones es, desde mi punto de vista, criticable.

En primer lugar, porque no hay cobertura financiera para garantizar un elevado sistema de servicios, tanto es así que las últimas reformas laborales han sido a coste cero.

En segundo lugar, la flexiseguridad no es exportable desde la pequeña península del Norte a la nuestra, sin tener en cuenta la enorme diferencia de dimensión del mercado laboral, así como de las condiciones de partida, es decir, un gasto elevado, una gestión eficiente, una difusa y radicada conciencia civil y, además, una economía en crecimiento porque, si hay estancamiento o escaso crecimiento, la patria de Hamlet tampoco es la tierra de los milagros²¹².

En tercer lugar, las *performance* del sistema nórdico no resultan tan atractivas en la fase recesiva, pues han demostrado un significativo incremento del desempleo, con las consecuentes dificultades precisamente sobre el plano de la *security*, un desequilibrio hacia la *flexibility* y un debilitamiento de los sindicatos, menoscabando gravemente el llamado “triángulo dorado”²¹³.

Finalmente, hemos de subrayar una cuestión: ¿cuál es el grado de eficacia de las herramientas adoptadas por el legislador, sumariamente descritas, en un mercado laboral caracterizado por la carencia de ofertas concretas a favor de los desempleados, especialmente de aquellos de larga duración?

Desde este punto de vista, el reforzamiento de las agencias privadas podría ser visto como el clásico rugido del ratón. Si no existen ofertas,

²¹¹ Sartori, A., *Servizi per l'impiego e politiche dell'occupazione in Europa*, Maggioli, Rimini, 2013, pp. 509 y ss.

²¹² Véase Carinci, F., “Complimenti, dottor Frankenstein: Il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro”, *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 5, 2012, pp. 529 y ss.

²¹³ Jorgensen, H., *Danish flexicurity in crisis or just stress-tested by the crisis?*, Report to the Friedrich Ebert Foundation (October 2010), disponible en www.vbn.aau.dk/files/.../FrEbertStiftungShortHJ.doc. En el mismo sentido, Bekker, S., *Flexicurity. Explaining the development of a European concept*, Editorial, Nijmegen, 2011 y Sanders, A., “The changing face of flexisecurity in times of austerity?”, en Countouris, N., Freedland, M. (coord.), *Resocialising Europe in a time of crisis*, Cambridge University Press, 2013, p. 316.

éstas no serán creadas por los servicios privados

El potenciamiento de los sujetos privados puede funcionar sólo si es sostenido por una verdadera política económica e industrial encaminada, sobre todo, a intervenciones estructurales. La asistencia en términos de encuentro entre la oferta y la demanda laborales se enfrenta con la escasa capacidad de los servicios de empleo en un contexto de crisis económica, que no es precisamente coyuntural.

Si en un contexto de bienestar económico las ofertas son (o pueden potencialmente ser) económica y profesionalmente adecuadas, en el actual momento de crisis las escasas ofertas se arriesgan a ser, aunque jurídicamente adecuadas, sobre manera lesivas de la profesionalidad, planteándose dudas sobre su legitimidad constitucional, tal como hemos señalado.

De todos modos, la tendencia hacia la negociación de algunos derechos en lugar de una serie de deberes crea, en verdad, una nueva redistribución del riesgo de la empresa, convirtiendo en jefe al trabajador, como consecuencia de la mayor flexibilidad que se pretende introducir en el mercado laboral, y en la sociedad, estableciendo como medidas de seguridad del trabajador en el mercado una cobertura a través de las política de activación y de prestaciones económicas por desempleo, sostenidas ambas a través de los impuestos generales²¹⁴.

8. Bibliografía

Barbera, M., *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale europeo*, Promodis, Brescia, 2000.

Baylos Grau, A., “Globalización y Derecho del Trabajo: realidad y proyecto”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n. 15, 1999.

Bekker, S., *Flexicurity. Explaining the development of a European concept*, Editorial, Nijmegen, 2011.

Berton, F., Richiardi, M., Sacchi, S., *Flex-insecurity. Perché in Italia la flessibilità diventa precarietà*, Il Mulino, Bologna, 2009.

Bortone, R., “I complicati servizi per l’impiego”, en *Studi in onore di Edoardo*

²¹⁴ En torno a este idea se pronuncia también, Ojeda Avilés, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, *óp. cit.*, p. 45. El autor pone de manifiesto el fondo económico que subyace al concepto de flexiseguridad, que a su juicio no es otro que la reducción de costes para los empresarios, facilitando la movilidad interna y externa y con los poderes públicos detrás garantizándoles que ellos no tendrán que costearlo, ya que es el Estado quien tiene que asumir el pago de la protección social.

- Ghera, I, Bari, Cacucci, 2008.
- Carinci, F., “Complimenti, dottor Frankenstein: Il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro”, *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 5, 2012.
- Chomsky, N., *Siamo il 99%*, Nottetempo, Roma, 2012.
- Cinelli, M., “Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro”, *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, n. 2, 2012.
- De Michele, V., “L’interpretazione «autentica» della sentenza Mascolo-Fiamingo della Corte di giustizia Ue sulla tutela «energica» del lavoro flessibile alle dipendenze di datori di lavoro pubblici e privati”, en <http://www.europeanrights.eu>.
- Delfino, M., “Diritti sociali e flexicurity”, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, III, 2009.
- Garofalo, D., “La cassa integrazione”, en Marazza, M., (coord.), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Trattato di diritto del lavoro, IV.2, Editorial, Ciudad, 2012.
- Garofalo, D., *Gli ammortizzatori sociali in deroga*, Ipsoa, Milano, 2010.
- Goerlich Peset, J. M., “Flexiseguridad y estabilidad en el empleo”, *Teoría y Derecho*, n. 4, 2008.
- Gorelli Hernández, J., “Crítica a la flexiseguridad”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, n. 16, 2013.
- Gorelli Hernández, J., “I servizi per l’occupazione in Spagna: dell’intermediazione al collegamento tra politiche attive e passive”, en Lagala, C., D’Onghia, M. (coord.), *Politiche di attivazione dei disoccupati in Europa*, Ediesse, Roma, 2010
- Gorelli Hernández, J., “La política de empleo en Europa y la evolución de sus “estrategias”, en Barba Ramos, F. J. (coord.), *Políticas y servicios públicos de empleo. Una visión europea en conexión con el mundo universitario*, Bomarzo, Albacete, 2012.
- Gorelli Hernández, J., “Protección por desempleo en un escenario de crisis de empleo”, *Temas Laborales*, n. 112, 2011.
- Gorelli Hernández, J., *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2010.
- Jorgensen, H., “Danish flexicurity in crisis or just stress-tested by the crisis?”, Report to the Friedrich Ebert Foundation (October 2010), disponible en www.vbn.aau.dk/files/.../FrEbertStiftungShortHJ.doc.
- Liso, F., “Appunti su alcuni profili dell’articolo 19, decreto-legge n. 185/2008 convertito nella legge n. 2/2009”, *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, n. 4,

- 2009.
- Liso, F., “Brevi appunti sugli ammortizzatori social”, *Studi in onore di Edoardo Ghera*, I, Cacucci, Bari, 2008.
- Loy, G., “Modernizar el Derecho del Trabajo para afrontar los retos del siglo XXI”, *Relaciones Laborales*, n. 2, 2007.
- Magnani, M., Tiraboschi, M. (coord.), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012.
- Ojeda Avilés, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2010.
- Olivieri, A., “Condizionalità ed effettività nella l. n. 92/2012”, en Chieco, P. (coord.), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, Cacucci, Bari, 2013.
- Olivieri, A., “Il contratto a tempo determinato in Italia e Spagna: razionalità e irrazionalità di sistema”, *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 2, 2013.
- Ricci, M., “Servizi per l’impiego: analisi e prospettive alla luce della l. n. 92/2012”, en Chieco, P. (coord.), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, Cacucci, Bari, 2013.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Flexiseguridad: el debate europeo en curso”, *Relaciones Laborales*, n. 2, 2007.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “La grave crisi del diritto del lavoro”, *Lavoro e diritto*, n. 1, 2012.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “La nueva dimensión de la protección por desempleo”, *Relaciones Laborales*, n. 13, 2002.
- Romagnoli, U., “Derecho laboral y marco económico: nexos de origen y perfiles evolutivos”, *Revista de Derecho Social*, n. 64, 2013.
- Romagnoli, U., “Globalización y derecho del trabajo”, *Revista de Derecho Social*, n. 5, 1999.
- Rosolen, G., Spattini, S., Tiraboschi, M., “Condizionalità e raccordo tra politiche attive e passive in chiave pubblicistica”, en Rausei, P., Tiraboschi, M. (coord.), *Lavoro: una riforma sbagliata. Ulteriori osservazioni sul DDL n. 5256/2012, Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, Adapt, 2012.
- Sanders, A., “The changing face of flexisecurity in times of austerity?”, en Countouris, N., Freedland, M. (coord.), *Resocialising Europe in a time of crisis*, Cambridge University Press, 2013.
- Sanguineti Raymond, W., “La «deconstrucción» del Derecho del Trabajo de base nacional en la era de la globalización: ¿un devenir inevitable?”, *Relaciones Laborales*, n. 23, 2004.
- Sartori, A., *Servizi per l’impiego e politiche dell’occupazione in Europa*, Maggioli, Rimini,

2013.

Sinzheimer, H., *Crisis económica y el Derecho del Trabajo: cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1984.

Solís Prieto, C., “Betting on Training to Reduce Youth Unemployment: Precarious Work and Economic Recovery Measures”, en Gunderson, M., Fazio, F. (edits.), *Tackling Youth Unemployment*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle upon Tyne, 2014.

Spattini, S., “Il funzionamento degli ammortizzatori sociali in tempo di crisi: un confronto comparato”, *Diritto delle relazioni industriali*, n. 3, 2012.

Spattini, S., “La nuova condizionalità all’accesso ai trattamenti di sostegno al reddito: potenzialità e criticità nella prospettiva di riforma del sistema degli ammortizzatori”, *Diritto delle relazioni industriali*, n. 2, 2010.

Tiraboschi, M., “Ammortizzatori sociali e decadenza dal trattamento”, *Guida al Lavoro*, n. 8, 2009.

Tiraboschi, M., “Le prestazioni di disoccupazione in Europa. Spunti di riflessione per il caso italiano”, disponibile en www.csmb.unimore.it.

Tiraboschi, M., “Le prestazioni di disoccupazione in Europa. Spunti di riflessione per il caso italiano”, accessibile en www.csmb.unimore.it.

Valdés Dal-Ré, F., “El debate de flexiseguridad en la Unión Europea”, *Relaciones Laborales*, n. 11, 2010.

Valdés Dal-Ré, F., “Il dibattito sulla flessicurezza all’interno dell’Unione Europea”, en Loy, G. (coord.), *Diritto del lavoro e crisi economica*, Ediesse, Roma, 2011.

Zoppoli, L., “La riforma del mercato del lavoro vista dal Mezzogiorno: profili giuridico-istituzionali”, documento disponibile a través de http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_423809797.pdf, 2012.

Zoppoli, L., *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012.

Zoppoli, L., “La flexicurity dell’Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia”, *WP “Massimo D’Antona”*, n. 141, 2012.

Cambios producidos en el mundo del trabajo y transformaciones del ordenamiento jurídico-laboral español: El auge de los instrumentos de *soft law*

María Luisa MARTÍN HERNÁNDEZ*

RESUMEN: Este trabajo pretende identificar y analizar los numerosos y profundos cambios que se han producido en las últimas décadas en el mundo, sus repercusiones sobre la organización del trabajo y la conformación de las relaciones laborales y, en especial, sobre el sistema tradicional de fuentes del Derecho del Trabajo. En relación a esta última cuestión, se prestará especial atención al fenómeno del auge de los instrumentos de *soft law* en la reglamentación de las relaciones de trabajo.

Palabras clave: Globalización, internacionalización, relaciones laborales, fuentes del Derecho del Trabajo, *soft law*.

SUMARIO: 1. Cambios de la realidad social con influencia sobre el mundo del trabajo. Planteamiento general. 1.1. Cambios económicos. 1.2. Cambios técnico-científicos. 1.3. Cambios sociales. 1.4. Cambios políticos. 2. Principales transformaciones del Derecho del Trabajo. 3. Variaciones más relevantes observadas en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo. Especial atención al auge de los instrumentos de *soft law* en la reglamentación de las relaciones laborales. 4. Algunas consideraciones finales. 5. Bibliografía.

* Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Salamanca (España).

1. Cambios de la realidad social con influencia sobre el mundo del trabajo. Planteamiento general

Las relaciones laborales constituyen la concreta realidad social regulada por el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. No se trata de un tipo de relación social más de las muchas que se producen actualmente en la sociedad, sino que, desde hace ya aproximadamente dos siglos, se configura como uno de los más importantes tipos de vínculo social, tanto porque la mayoría de los ciudadanos llega a formar parte de ellas en algún momento de su vida, normalmente durante la mayor parte de ella – criterio cuantitativo –, como sobre todo, porque para la mayor parte de esos ciudadanos formar parte de una relación laboral constituye su fundamental, si no exclusivo, medio de subsistencia – criterio cualitativo–. Además, las relaciones laborales constituyen el modo fundamental a través del cual se articula el sistema productivo en los sistemas económicos capitalistas, originando uno de los conflictos socio-económicos más importantes.

Las relaciones laborales, por tanto, en cuanto tipo esencial de relación socio-económica, no se constituyen como un fenómeno independiente y ajeno a la sociedad. Por el contrario, su gran trascendencia para la mayoría de los ciudadanos y para las reglas del juego esenciales de la economía de libre mercado, hace que resulten profundamente sensibles a los vaivenes de todo tipo que se producen con carácter general en el concreto ámbito social, económico y político en el que se desenvuelven.

Partiendo de esta premisa, relativa a la enorme susceptibilidad de las relaciones laborales a los cambios económicos, sociales y políticos acaecidos en el ámbito específico en el que se desarrollan, vamos, a continuación, a hacer una referencia sucinta a cuáles son las principales transformaciones producidas en estos concretos aspectos.

1.1. Cambios económicos

Vamos a comenzar por los cambios producidos en el ámbito de las relaciones económicas, por considerar que son los que con más trascendencia están afectando a la configuración y desenvolvimiento de las relaciones laborales y, en lógica consecuencia, a su marco normativo²¹⁵.

²¹⁵ Aunque pueda resultar obvio, conviene apuntar que la profunda influencia de la economía sobre las relaciones laborales no es algo ni mucho menos novedoso, sino que, por el contrario, la marcha económica ha sido el factor que, desde sus mismos orígenes, más ha incidido sobre este tipo de relaciones. De hecho, fue precisamente la instauración

Dentro de los fenómenos de índole económica sobresale por encima de todos el de la globalización o mundialización, el cual, a su vez, es el resultado de una serie de acontecimientos de diversa índole que han interactuado entre sí, los cuales han sido ampliamente señalados por diversos autores. En realidad, la globalización o mundialización de índole económica ha sido propiciada por el advenimiento simultáneo de una serie de fenómenos, tanto propiamente económicos como no, que aquí se van a analizar de forma separada e independiente: el vertiginoso avance en el campo técnico científico que han facilitado mucho la circulación de información y los transportes; el paso de un modelo de empresa fordista u otro post-fordista; la internacionalización del capital; y las tendencias políticas y económicas neoliberales materializadas en el establecimiento de áreas comerciales no circunscritas a las fronteras nacionales – MERCOSUR, ASEAN, la NAFTA y, por supuesto, la UE – y en el retroceso del intervencionismo estatal en los mercados. Todos estos fenómenos se han interrelacionado estrechamente entre sí y cada uno de ellos ha promovido en cierta medida a los demás.

Como resulta perfectamente sabido, la globalización, a grandes rasgos, supone la generalización del fenómeno de la internacionalización de las relaciones de producción – entendidas en sentido amplio – a nivel absolutamente mundial, habiéndose consolidado de este modo un auténtico mercado económico global. Responde, directa e inmediatamente, al objetivo de alcanzar la máxima rentabilidad y competitividad de las empresas.

Constituye, en definitiva, la última expresión del capitalismo y del “dogma” neoliberal de liberalización económica o de creación de un mercado de extensión mundial, junto al propio fracaso, o más bien, junto a la revisión del paradigma del “*welfare state*”, esto es, de los sistemas de intervencionismo estatal que han estado vigentes en gran parte del mundo desarrollado desde el fin de la II Guerra Mundial hasta la crisis del petróleo alrededor de los años setenta.

El segundo cambio de naturaleza económica a tener en cuenta afecta a los modos de producción y se ha traducido en el paso del fordismo al post-fordismo.

El modelo fordista, entendido como modelo de organización de trabajo en la empresa, es un sistema de organización basado en la producción en serie dedicado principalmente hacia la elaboración masiva de productos

y consolidación definitiva del sistema económico capitalista el hecho fundamental que dio lugar a que las relaciones laborales adquirieran la condición de relaciones sociales, económicas y jurídicas más importantes en todas las sociedades en que tal sistema económico se implantó con solidez.

poco diversificados, de tal modo que se permitía la disociación entre las distintas fases de la producción²¹⁶. Este modelo productivo respondió a las necesidades de una producción de carácter fundamentalmente industrial.

El elemento descriptor de esta fórmula organizativa en la empresa es la jerarquía entre los profesionales de alto nivel situados en la cúspide del organigrama, en contraposición a los empleados situados a nivel medio, que son los trabajadores encargados de velar por que se produzca una fluida “comunicación” entre los situados en lo más alto de la estructura y aquellos que se hallan en la base, normalmente trabajadores sin apenas cualificación o no cualificados. Por tanto, la fuerza de trabajo necesaria para el modelo patriarcal fordista era la de un trabajador escasamente cualificado, el llamado “*obrero-masa*”²¹⁷, con un trabajo a jornada completa y tiempo indefinido, con un nivel alto de estabilidad y de protección. La homogeneidad de la realidad social hacía que el Derecho del Trabajo fuera uniforme y que tuviera por objeto la búsqueda de compensación²¹⁸ de las desigualdades sociales y económicas a través de una regulación uniformadora, basada en la idea de la preeminencia de lo colectivo sobre lo individual.

Hoy día, sin embargo, los sistemas de organización de la producción han variado sustancialmente como consecuencia, sobre todo, de que el núcleo productivo básico ha dejado de ser la industria – sector secundario – y han pasado a serlo los servicios – sector terciario –. Esta transformación del sistema productivo ha hecho que aquel sistema de gestión empresarial inicial, de cierta rigidez taylorista, carece de la flexibilidad necesaria para adaptarse a las nuevas fórmulas productivas. Además de esta realidad, la creciente tecnificación de los procesos productivos exige la adaptación de la plantilla a las nuevas estructuras, siendo ésta polivalente y de mayor cualificación para asumir los retos que los nuevos modelos de producción requieren. A su vez, los nuevos cambios en las fórmulas organizativas necesitan de una mayor flexibilidad para asumir las constantes alteraciones en el mercado nacional o global proporcionadas a través de fórmulas flexibles de contratación, de ahí la proliferación de la contratación

²¹⁶ Le rapport Supiot, “Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe. Conclusions du rapport”, *Droit Social*, n. 5, mai 1999, p. 431.

²¹⁷ Vid. Negri, T., “Eclipse del obrero-masa a la generalidad del obrero-social” en el capítulo I *Del obrero-masa al obrero social*, Editorial Anagrama, Barcelona 1980, pp. 17-43.

²¹⁸ “(...) el Derecho del Trabajo tiende a concebirse más como un instrumento de compensación dirigido a actuar sobre un mercado de posiciones asimétricas que sobre una sociedad que aspira a eliminar las situaciones de desigualdad y discriminación de los ciudadanos y los grupos sociales en los que aquéllos se integran”, Valdés Dal-Ré, F., “Poder normativo del estado y sistema de relaciones: menos derechos pero más derecho y desigual”, *Relaciones Laborales*, n. 2, 2000, p. 35.

temporal o a tiempo determinado, ya que no es necesario un personal fijo o constante en el seno de la empresa para llevar adelante la producción. Por último, aunque no por ello menos importante, el tránsito hacia un sistema productivo postindustrial, basado en el sector servicios, tampoco ha permanecido estático. Hemos entrado en la era tecnológica en la que el principal recurso productivo va a estar constituido por los recursos humanos cualificados. La cualificación profesional adquiere en la actualidad cada vez mayor trascendencia, en cuanto que representa el requisito imprescindible para crear riqueza. De este modo, se han producido alteraciones dentro de la propia clase trabajadora cada vez más segmentada. Esta división de la clase trabajadora proviene de la pervivencia del clásico trabajador perteneciente a la empresa fordista con un empleo “fijo” y el resto de trabajadores de la nueva era, que carecen de esa estabilidad. En este sentido, el mercado laboral se constriñe, ya no es necesaria tanta cantidad de mano de obra. A esto debemos la progresiva incorporación de trabajadores que antes no formaban parte del mercado, como mujeres²¹⁹ y jóvenes²²⁰, conformando todos ellos una clase social diversificada²²¹ a cuyas diversas necesidades el Derecho del Trabajo debe dar respuestas.

En tercer lugar, hay que aludir al fenómeno de las crisis económicas. Con carácter general, se definen como situaciones de grave desequilibrio financiero y de fuerte desajuste entre la oferta y la demanda de bienes y servicios, acompañadas de un significativo aumento de los niveles de desempleo.

En realidad, las crisis de carácter económico-financiero no constituyen un fenómeno novedoso pues se han venido produciendo cíclicamente desde la instauración del capitalismo como sistema económico²²². Obviamente

²¹⁹ Vid. Casas Baamonde, M. E., “Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1998, pp. 90-102.

²²⁰ Así lo señala, por ejemplo, Valdés Dal-Ré, F.: “La disciplina jurídica del mercado de trabajo: el caso español”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Cívitas, 1999, n. 93, p. 28: “(...) hay que añadir aún la dualización que se produce en el mercado de trabajo. Este queda desdoblado en dos grupos. De un lado, el conformado por los jóvenes, con un buen nivel de formación inicial pero que se descapitaliza progresivamente al no lograr la integración en el mundo laboral. De otro, el constituido por los trabajadores con contratos estables (...)”.

²²¹ Sobre la segmentación de la clase obrera, vid. Bilbao, A., *Obreros y ciudadanos. La desestructuración de la clase obrera*, Trotta, Madrid, 1993, pp. 67-76.

²²² Así lo puso ya hace tiempo de relieve el Prof. Palomeque López, M. C., en su artículo “Un compañero de viaje histórico del derecho del trabajo: la crisis económica”, publicado originalmente en el *Boletín Informativo de la Inspección de Trabajo*, n. 4, 1983, pp. 49 y ss., y más tarde también en la *Revista de Política Social*, n. 143, 1984, pp. 15 y ss.

no todas ellas han obedecido a las mismas causas, ni han tenido la misma intensidad, ni se han manifestado siempre en los mismos ámbitos geográficos.

La crisis económica actual comenzó a finales de 2007 y se define claramente por tratarse de una crisis “global”. Parece ya generalmente admitido que constituye un efecto secundario de la debacle financiera que empezó a ser evidente en Estados Unidos y Reino Unido hace aproximadamente siete-ocho años, aunque realmente había comenzado un año antes. ¿Las causas? Una burbuja en el mercado de la vivienda de ambos países desde principios del año 2000 y la concesión de préstamos de alto riesgo por bancos de estos dos países, Estados Unidos en particular.

España se ha visto afectada por estos hechos a través de dos vías principales:

- Por un lado, el colapso mundial de los precios de las propiedades inmobiliarias ha sido el detonante de la crisis de la vivienda en España, un país que había experimentado un aumento constante del el valor de las viviendas, incremento que desde el año 2005 había adquirido los rasgos de una “burbuja”. Aunque la magnitud de la caída de precios y la tasa de morosidad no han llegado, de momento, a niveles comparables con los Estados Unidos, sí que han sido lo suficientemente importantes como para producir un parón brusco de la actividad en el sector de la construcción y los negocios inmobiliarios. Dado que estos sectores habían adquirido un peso nunca visto en la economía española (cerca del 12% del PIB), su repentina parada está generando una recesión general de la economía.

- Por otro lado, la crisis externa nos está afectando por ser España un país fuertemente endeudado frente al exterior, como resultado del rápido crecimiento durante la pasada década y del elevado y constante flujo de inmigrantes provenientes de países más pobres. El creciente déficit por cuenta corriente, que en los últimos años había alcanzado los dos dígitos, refleja este hecho y tiene como consecuencia la excesiva dependencia de la actividad económica española de los préstamos extranjeros. Una vez que los mercados financieros internacionales se han ido agotando, tal como viene ocurriendo desde el mes de agosto del 2007, bancos, empresas y hogares españoles se han tenido que enfrentar a unas condiciones de préstamo cada vez más difíciles.

1.2. Cambios técnico-científicos

Acto seguido, en el marco de los fenómenos con relevancia en todos los ámbitos sociales, y entre ellos, de forma especialmente destacada, en el laboral, no se puede dejar de aludir al de los profundos cambios acaecidos a partir de la segunda mitad del siglo XX en el campo científico-técnico.

En primer término, y de manera destacada, su advenimiento ha sido consecuencia de lo que ha venido en denominarse “*tercera revolución industrial*”, o, lo que es lo mismo, de la producción de avances tecnológicos de gran envergadura que se manifiestan en profundas innovaciones de los sistemas productivos que han alterado las características del trabajo que tradicionalmente ha servido de modelo para la regulación de las relaciones industriales²²³. Se observan así importantes alteraciones en la conformación del tejido industrial hacia el sector terciario o de servicios en detrimento del sector primario o secundario, debido al proceso de tecnificación que hace reducir la necesidad de mano de obra en esos sectores y sobre los que se ha basado tradicionalmente la configuración de las relaciones laborales.

Del mismo modo, se ha asistido también a una revolución en las tecnologías de la comunicación, desconocida a estos niveles entre nosotros hasta la fecha, que han propiciado la ruptura de las barreras geográficas entre los operadores económicos. Por último, el desarrollo científico-técnico ha mejorado en gran medida las redes de transporte, además de su abaratamiento, que, desde luego, es un factor que ha permitido dar un gran impulso a la consolidación del fenómeno de la globalización.

Este importantísimo desarrollo científico y tecnológico producido en las últimas cuatro o cinco décadas, incomparable por su vertiginosidad al de cualquier época anterior, además, está provocando otro efecto socio-económico no menos relevante, cual es el del tránsito hacia una “sociedad del conocimiento” y a una “sociedad de la información”²²⁴.

²²³ Vid. Durán López, F., “Globalización y relaciones de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 92, 1998, p. 870.

²²⁴ Vid. Mercader Uguina, J. R., “El futuro de los ordenamientos laborales en la era de la globalización”, en AA.VV. (Eds. Sanguinetti Raymond, W. y García Laso, A.), *Globalización económica y relaciones laborales*, Acuilafuente-Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003, p. 96.

1.3. Cambios sociales

Además de los fenómenos económico y tecnológico, en los últimas décadas se han producido también una serie de significativos fenómenos de índole social que están teniendo importantes repercusiones sobre la estructura del mercado de trabajo y sobre la configuración y el desarrollo en él de las relaciones laborales.

El primero de este tipo de fenómenos es el relativo a significativo aumento de los procesos migratorios, aumento que se encuentra directamente ligado a los fenómenos antes referidos de la globalización económica y de los avances técnicos y tecnológicos²²⁵.

El actual fenómeno migratorio²²⁶ ha incorporado un componente de “internacionalización” en las relaciones laborales constituidas en los países destinatarios de inmigrantes y en la estructura de sus respectivos mercados de trabajo: conflictos con los trabajadores nacionales; desigualdades; precariedad debido a que en su mayoría ocupan puestos de trabajo poco cualificados, etc.²²⁷.

Finalmente apuntar que no sólo hay que tener en cuenta la inmigración legal, sino también la que se produce de forma ilegal o irregular, que aunque no sea mayoritaria si resulta muy significativa en todos los países europeos. Esta segunda variante del fenómeno también está produciendo significativas consecuencias sobre el desarrollo de las relaciones laborales – proliferación del empleo no declarado –.

Otro fenómeno social a tener en cuenta es, sin duda, el relativo al progresivo acceso de la mujer al empleo, lo cual, a su vez, ha dado lugar a que su rol tradicional exclusivo de esposa y madre haya resultado modificado en una medida bastante significativa. En realidad, lo que ha sucedido en la mayor parte de las ocasiones es que la mujer trabajadora, o ha tenido que compartir este nuevo rol con el tradicional o, bien, ha tenido que renunciar a tener hijos para poder mantener su puesto de

²²⁵ Vid. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Los movimientos migratorios y la globalización: dimensión europea”, *Relaciones Laborales*, n. 15, 2009, p. 121.

²²⁶ Sobre las nuevas tendencias de la inmigración internacional en el contexto global, vid. Ramos Quintana, M. I., “Inmigración y globalización económica ¿Un lugar para el Derecho del Trabajo?”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 63, 2006, pp. 14-15.

²²⁷ En el año 2004, la 92ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT aprobó un importante informe *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*, en el que se efectúa un análisis de la situación de la migración en un mundo globalizado, analiza el aumento de la emigración laboral, las fuerzas impulsoras, la migración irregular, los futuros flujos de emigración, así como el declive de la gestión bilateral de la migración.

trabajo o, en su caso, para poder desarrollar su carrera profesional²²⁸. Lo que resulta del todo incontestable es que la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo y su presencia significativa en él ha influido de manera muy notable en el desarrollo de las relaciones laborales, y ello desde múltiples perspectivas.

Sobre este tema merece ser destacado otro hecho muy relevante como es el de la cada vez mayor cualificación profesional de las mujeres, tal y como lo evidencia el dato de que en España, y en la UE en general, ya superan en términos absolutos a los varones que acceden y que consiguen un título de nivel superior²²⁹.

Un tercer cambio social a tener en cuenta, de manera especialmente destacada en España, es el que tiene que ver con el incremento del número de personas desempleadas, esto es, de personas que teniendo capacidad para trabajar y queriendo hacerlo, no pueden acceder y/o mantener un puesto de trabajo porque la demanda de empleo supera con creces a la oferta. Este significativo rasgo caracterizador del mercado de trabajo español y de otros muchos europeos afecta de manera en modo especialmente significativo a algunos colectivos de población – denominados con carácter general, grupos “vulnerables” –, tales como los jóvenes, las mujeres, las personas mayores de 45 años y los discapacitados²³⁰.

²²⁸ Vid. el Informe publicado el 8 de marzo de 2009 por la Confederación Internacional de Sindicatos sobre *Decisiones para trabajar: análisis de los factores que influyen en las decisiones de las mujeres para trabajar*, especialmente pp. 9 a 34.

²²⁹ En 2010 se cumplen 100 años desde que por primera vez se permitió el acceso de las mujeres a la Universidad pública y oficial a través de una Real Orden de 8 de marzo de 1910. Sobre esta interesante cuestión, vid. López De La Cruz, L., “La presencia de la mujer en la Universidad española”, *Revista Historia de la Educación Latinoamericana*, n. 4, 2002, pp. 291 a 299.

²³⁰ Según datos de la Encuesta de Población Activa (EPA) correspondiente al mes de diciembre de 2014, los datos más relevantes sobre el desempleo en España eran los siguientes: el número total de desempleados era de 4.447.711, situándose la tasa de paro general en el 23,7% (22,8% en el caso de los hombres y 24,6% en el caso de las mujeres); teniendo en cuenta el criterio de la edad, la tasa de desempleo de los menores de 25 años se situaba en el 51,4%, mientras que en los mayores de esta edad alcanzaba el 21,6%; por lo que hace referencia a los trabajadores de más de 45 años, se detectaron 1.906.100 desempleados, lo cual representa el 42,85% del total, de los que un 70% llevaba más de un año en paro y más de la mitad (el 51,1%) ya superaba los dos años sin encontrar un empleo. Por lo que respecta al colectivo de los discapacitados, según la Base de Datos Estatal de las Personas con Discapacidad, 1.428.300 personas de edades comprendidas entre los 16 y los 64 años y residentes en hogares familiares tenía certificado de discapacidad en 2013, cifra que representaba el 4,7% de la población española en edad laboral; el 37,4% de las personas con discapacidad legalmente reconocida eran activos en 2013 (esta tasa de actividad era casi 40 puntos inferior a la de la población sin

Por último, se ha de hacer referencia al cada vez más importante e incontrovertible fenómeno del progresivo envejecimiento de la población europea, incluida la española. Este fenómeno se inició hace unas cuatro décadas y en el resultado de dos hechos acaecidos de forma simultánea: por un lado, de la reducción de la tasa de natalidad y, por otro, del fuerte aumento de la esperanza de vida como consecuencia de la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos y de los importantes avances científicos puestos al servicio de la actividad sanitaria²³¹. De este modo, las pirámides de población han invertido su dibujo tradicional y en la actualidad se muestra como en ellas la cúspide es mucho más amplia que la base, lo que quiere decir que la población de más edad supera cada vez más a la de niños y jóvenes²³². Las previsiones apuntan a que la proporción de los mayores de 80 años con relación al total de mayores de 65 años irá ganando peso tanto en los países en desarrollo como en los países desarrollados, si bien en éstos últimos tenderá a ser mayor, lo que supondría que, en 2050 una de cada tres personas mayores tendría una edad superior a los 80 años, proporción que en el caso de los países en desarrollo supondría alrededor de una de cada cinco.

Entre las muchas consecuencias derivadas del envejecimiento de las poblaciones se encuentran la de la reducción del número de personas que trabajan, generan ingresos y proporcionan cuidados en comparación con el de las que no trabajan, dependen de los ingresos generados por otros, y precisan cuidados.

1.4. Cambios políticos

El cuarto grupo de cambios sustanciales que se han de tener en cuenta vienen referidos a la órbita política. Entre ellos merece ser mencionada, en primer lugar, la crisis del Estado de Bienestar y la pérdida de poder de los

discapacidad); y la tasa de paro para el colectivo fue del 35,0% en 2013, lo que suponía nueve puntos más que la de la población sin discapacidad.

²³¹ El envejecimiento no es sino un reflejo del éxito del proceso de desarrollo humano, resultado de una menor mortalidad (combinada con una reducción de la fertilidad) y una mayor longevidad, tal y como se recoge en el informe sobre *Desarrollo en un mundo que envejece*, de Naciones Unidas.

²³² Según los datos proporcionados por el Informe de 2009 realizado por el Observatorio Social de Personas mayores de CCOO, p. 4, a nivel mundial, la esperanza de vida pasó de 47 años en 1950-1955 a 65 años en 2000-2005, y está previsto que llegue a los 75 años en 2045-2050. En el período comprendido entre 1950-1955 y 2000-2005, la fertilidad total se redujo de 5,0 a 2,6 hijos por mujer y está previsto que continúe descendiendo hasta llegar a 2,0 hijos por mujer en 2045-2050.

Estados nacionales.

Como es sabido, a partir de la finalización de la II Guerra Mundial se asiste al establecimiento de un modelo de Estado, el denominado “*welfare state*” o Estado del bienestar. Este nuevo modelo de Estado que basa su política en el intervencionismo estatal siguiendo la teoría keynesiana que se asentaba en la adopción de una política fiscal anticíclica e inflacionaria como método para reducir las fluctuaciones cíclicas, tomando como presupuesto el pleno empleo para el crecimiento económico. Cualquier carencia del sistema se puede solucionar estimulando la demanda agregada, siendo para ello necesario medidas gubernamentales de manipulación fiscal, monetaria y estructural. Esto requiere de un sector público de gran tamaño, de tal modo que ante una posible recesión, la clave se encuentra en bajar los impuestos y elevar el gasto público. Esta teoría tuvo su auge en un período de expansión como el vivido tras la posguerra. Sin embargo, a partir de 1973 se observa un indudable estancamiento económico propiciado por la “guerra de *Yom Kippur*” entre árabes e israelíes que elevó, por decisión de la OPEP, los precios del petróleo, lo cual llevó a un período de recesión a los países industrializados que habían basado su recuperación económica en la compra de materias primas y de energía a bajo precio. Asimismo esta crisis estructural afectó a los países socialistas y a los tercermundistas, dada la interdependencia económica mundial cada vez más visible; y hoy totalmente asentada.

Dado que la teoría keynesiana estaba orientada a solucionar recesiones coyunturales con cierta solvencia y no tanto aquéllas de carácter estructural, como la vivida en 1973, se produce un replanteamiento de la política económica hacia las proposiciones desarrolladas por Friedman, centradas en la política monetarista y anti-inflacionaria, en la que se observa una pérdida paulatina del mantenimiento de la estructura del Estado asistencial y la estabilidad en las relaciones laborales propias del período anterior. Se produce así una progresiva reducción de la intervención estatal y un correlativo auge de las políticas neoliberales²³³.

²³³ En palabras de Monereo Pérez, J. L., *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 179: “Con todo, el proceso de remodelación del sistema del Estado Social se viene traduciendo en una reducción del potencial desmercantilizador de las políticas sociales, produciéndose una mayor dependencia de los trabajadores respecto al mercado («remercantilización»), tanto en la esfera propiamente de las relaciones laborales como en el cuadro de los sistemas de protección social. Desde este enfoque, la calidad de los derechos sociales ha quedado sensiblemente mermada y, asimismo, los espacios de libertad real de que disfrutaban los trabajadores (y que sólo se garantizan efectivamente mediante el reforzamiento de los grados de inmunidad frente a la relación de mercado):

Esta tendencia se ha visto favorecida por el desarrollo del fenómeno antes aludido de la globalización o mundialización económica y ha evolucionado hacia “una evidente inversión en la relación establecida entre el derecho, la política y la economía de mercado surgidas de la segunda guerra mundial”²³⁴. Esta realidad ha provocado una descomposición de las estructuras estatales que se ven impotentes para controlar el funcionamiento de un sistema como el actual fuertemente influenciado por elementos económicos externos, donde la política gubernamental desarrollada por cada Estado ya no se erige como el mecanismo de regulación institucional del mercado de trabajo, ya que éste se hace fuertemente dependiente del mercado global. Es más, las orientaciones político-económicas ya no sólo no dependen de los Estados, sino que siguen las directrices de liberalización de los mercados laborales que imponen instituciones internacionales como el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial nacidos de los acuerdos de “*Bretón Woods*” en 1944, el G20, la OCDE o la OMC.

No obstante, la pérdida por parte de los Estados nacionales de parte de sus históricas competencias en materia económica, e incluso social, a favor de entes supranacionales, e incluso, de otros entes de naturaleza no política sino exclusivamente económica, no es la única manifestación de esa pérdida de poder estatal. En efecto, merece ser destacada también la tendencia de los entes territoriales infraestatales a adquirir una nueva y mayor significación político-económica²³⁵.

Por fin, dentro de los acontecimientos políticos de máxima relevancia desde todos los puntos de vista se encuentra la creación de la hoy denominada Unión Europea así como la propia evolución interna de la misma.

La creación de un mercado único de ámbito europeo, fue, como es sabido, el objetivo principal y prácticamente exclusivo de la creación de la Comunidad Económica Europea de 1957. Este objetivo constituyó el primer paso de un proceso de globalización económica “sectorial” que, entre otras consecuencias, provocó una internacionalización de las

En la adaptación del Estado de Bienestar a las exigencias de funcionamiento de la economía y a la lógica de los mercados se detecta un progresivo desplazamiento del modelo de Estado de Bienestar «institucional» hacia el Estado «marginalista» (en el que tiende a prevalecer el mercado a expensas de las políticas y sistemas públicos), según el esquema clásico de R. TITMUS²³⁴.

²³⁴ Vid. Baylos, A., “Globalización y Derecho del Trabajo. realidad y proyecto”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n. 15, 1999, p. 22.

²³⁵ Vid. Pérez Amorós, F., “Retos del Derecho del Trabajo del futuro”, *Revista de Derecho Social*, n. 32, 2005, p. 55.

relaciones profesionales en el ámbito europeo.

En su progresiva evolución, la hoy Unión Europea, ha ampliado sus objetivos originarios y ha adquirido una clara dimensión social, complementaria y necesaria para poder alcanzar los objetivos económicos iniciales, si bien no cabe excluir que tal dimensión social obedeciera también de forma simultánea a finalidades relacionadas directamente con la mejora del *status* del ciudadano europeo, manifestada en una mayor sensibilidad hacia el reconocimiento y efectividad de los derechos fundamentales de carácter social. Esta paulatina dimensión social se consolidó, a nivel de Derecho originario, en el Tratado de Ámsterdam de 1997, si bien ya tuvo sus antecedentes en el Acta Única Europea de 1986 y en la Carta Social Comunitaria de 9 de diciembre de 1989.

El presente más reciente de la UE se encuentra representado por el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007 y cuya entrada en vigor se produjo el 1 de diciembre de 2009. Su objetivo principal es el de lograr que la UE sea más democrática, eficiente y transparente, al tiempo que da a los ciudadanos y a los Parlamentos más información sobre lo que ocurre en la Unión y dota a Europa de una voz más clara y más fuerte en el mundo, protegiendo asimismo los intereses nacionales. En definitiva, este Tratado pretende mejorar la forma de actuar de las instituciones comunitarias asumiendo los nuevos retos derivados de la globalización e intentando adaptarse a la ampliación numérica de Estados miembros de la UE que requiere una reforma de su régimen de funcionamiento para que su actuación resulte más eficaz y adecuada en el nuevo contexto.

El Tratado de Lisboa intensifica los objetivos sociales de la UE, estableciendo que, en todas sus políticas y acciones, la UE tendrá en cuenta la promoción de un nivel de empleo elevado.

Las remuneraciones, el derecho de asociación y el derecho de huelga seguirán siendo competencia de los Estados miembros.

Por otra parte, el Tratado de Lisboa reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales, haciendo que esta sea jurídicamente vinculante.

Los Estados miembros firmaron la Carta en el año 2000. Ahora será jurídicamente vinculante. Esto significa que cuando la UE proponga y aplique la legislación, deberá respetar los derechos establecidos en la Carta, y los Estados miembros también tendrán que hacerlo cuando apliquen la legislación de la UE.

Los derechos de que cada ciudadano debe disfrutar comprenden: la protección de datos de carácter personal, el derecho de asilo, la igualdad ante la ley y la no discriminación, la igualdad entre hombres y mujeres, los derechos del menor y los de las personas mayores e importantes derechos

sociales, como la protección contra los despidos injustificados y el acceso a la seguridad social y a la ayuda social.

El Tratado también permitirá a la UE adherirse al Convenio Europeo sobre Derechos Humanos. El Convenio, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que vela por su respeto, constituyen los cimientos de la protección de los derechos humanos en Europa.

Como conclusión a todo lo expuesto cabe afirmar que en la actualidad las políticas económica y social de los Estados miembros se encuentran en gran medida condicionadas por las directrices emanadas de las instituciones Europeas, las cuales tratan de coordinar las políticas nacionales en estas materias.

2. Principales transformaciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Los principales cambios que se han producido en el mundo en todos los niveles – económico, social, político y científico – han tenido y están teniendo importantes repercusiones sobre la configuración y el desarrollo de las relaciones laborales en el ámbito de la UE y, muy especialmente, en España.

El punto de referencia para realizar tal análisis ha sido, como no podía ser de otro modo, el modelo tradicional de relaciones laborales, consolidado a raíz de la Revolución Industrial, y sobre el que se ha basado la regulación jurídico-laboral “clásica” desde sus orígenes. Desde este punto de vista, la relación de trabajo tomada como referencia era la realizada con un trabajador varón, nacional, que se comprometía a desarrollar su prestación por tiempo indefinido y con una jornada a tiempo completo. La regla general era, además, que la prestación exigiera una nula o muy escasa cualificación profesional, se tratara de un trabajo manual y que el trabajador permaneciera en la misma empresa durante toda su vida laboral ejecutando en ella los mismos servicios profesionales. Desde el punto de vista de la empresa, ésta solía dedicarse a actividades propias del sector industrial y se ocupaba directamente y con sus propios recursos materiales y humanos de producir al completo el bien o el servicio ofertado – incluso en muchos casos, también de distribuirlo en el mercado –. Estos rasgos ponen de relieve como las relaciones laborales “clásicas” se caracterizaban por las notas de la homogeneidad, de la nacionalidad y de la claridad.

La primera de ellas, la relativa a la homogeneidad, deriva de los rasgos comunes que se podían apreciar en la mayor parte de las relaciones laborales constituidas, tanto en lo que se refiere a los trabajadores y

empresarios parte de las mismas, como al tipo de prestación laboral llevada a cabo y al modo de organizar su ejecución.

La segunda pone su énfasis sobre el carácter mayoritariamente nacional de las relaciones laborales, pues lo más habitual era que tanto el trabajador como el empresario fueran nacionales del país en el que se ejecutaba la prestación laboral de servicios.

Y la tercera, por su parte, emerge directamente de la primera y viene referida al objeto del trabajo asalariado, el cual estaba perfectamente delimitado – trabajo libre, personal, por cuenta ajena y ejecutado en el ámbito de organización y dirección del empresario y realizado a cambio de una contraprestación económica –, y constituía el modelo unitario en el que encajaban a la perfección todas y cada una de las relaciones laborales constituidas.

Como consecuencia de que originariamente y durante bastante tiempo las relaciones laborales respondieron mayoritariamente a este modelo que se acaba de describir, caracterizado por su homogeneidad, su vinculación subjetiva y material a un determinado Estado nacional, y por su nítido perfil, el Derecho del Trabajo que surgió para regular esa realidad se acomodó a tales caracteres. Así, sus normas procedían de fuentes exclusivamente nacionales²³⁶ – leyes, reglamentos y convenios colectivos – ; tenían un objeto claro, cuya nota identificativa principal era la de la subordinación o dependencia jurídica y económica del trabajador respecto al empresario en la ejecución de sus servicios profesionales, nota que colocaba al trabajador en una posición débil en el seno de la relación de trabajo, y que fue la que justificó la promulgación de una normativa específica y separada del Derecho Civil, dirigida específicamente a proteger a los trabajadores y a compensar su posición de desventaja; y, por último, su reglamentación se refería al modelo único de trabajador asalariado protagonista entonces de las relaciones laborales – al trabajador *estándar* –²³⁷.

²³⁶ Vid. Pizzorusso, A., *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Giappichelli (Quaderni del Dip. di Diritto Pubblico dell'Università di Pisa), Turín, 2008, p 16, que indica que “È infine da notare che, in base all'impostazione rigidamente positivista che si è affermata, soprattutto nel mondo occidentale, fra il XIX e il XX secolo, quando si parla di diritto si intende riferirsi esclusivamente al diritto vigente, che, nell'area della civil law, vuol dire per lo più il complesso di principi e regole risultanti dagli atti normativi soggetti a pubblicazione costitutiva mentre, nell'area della *common law*, l'inizio dell'efficacia è determinato in altri modi comunque ritenuti equivalenti ai fini della conoscenza del diritto da parte dei suoi destinatari”.

²³⁷ Vid. Morin, M. L., “El Derecho del Trabajo ante los nuevos modos de organización de la empresa”, AA.VV. (Dir. Servais, J. M., Bollé, P., Lansky, M. y Smith, C. L.), *Trabajar por tiempos mejores. Repensar el trabajo en el siglo XXI*, Ministerio de Trabajo y

Pero ese modelo clásico, homogéneo y perfectamente delimitado de relaciones laborales que constituyó el objeto único y exclusivo de regulación del Derecho del Trabajo ha evolucionado²³⁸ y ha adquirido muchos matices que, con carácter general, han determinado que hoy las relaciones laborales se hayan hecho más complejas y se hayan diversificado en una medida considerable. Este proceso de transformación de las relaciones laborales ha venido de la mano principalmente de los cambios económicos que se han producido en el sistema capitalista desde su aparición y consolidación, y de manera muy especial y destacada, de los acaecidos en los momentos en que este modelo económico se ha visto afectado por situaciones de crisis más graves.

Cierto es que el fenómeno de cambio en las relaciones laborales se ha producido prácticamente desde que se convirtieron en la forma básica y generalizada de trabajar sobre el que se asentó el modelo de producción industrial surgido a partir de la instauración del sistema económico de libre mercado, pero también lo es que las transformaciones más sustanciales se han producido en las últimas cuatro décadas. Ha sido en este relativamente corto período de tiempo cuando han acontecido las mutaciones más relevantes e intensas de las relaciones laborales y, además, lo han hecho de forma muy concentrada. Precisamente el hecho de que las relaciones laborales se hayan visto afectadas por cambios de suma importancia en muy poco tiempo es lo que ha determinado que tales cambios resulten más llamativos.

Este evidente cambio de “*look*” de las relaciones laborales, por supuesto, no ha pasado inadvertido para el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual siempre ha tratado de adaptarse a la realidad de las relaciones laborales en cada momento. Vamos a intentar analizar ahora cómo se ha producido tal adaptación y en qué se ha traducido, así como también, a continuación, cuáles son las tendencias de evolución futura de esta rama del ordenamiento jurídico.

La premisa de partida es la de que, al menos hasta ahora, los contenidos institucionales del Derecho del Trabajo han ido variando en consonancia con los cambios producidos en su objeto de regulación, las relaciones

Asuntos Sociales, Madrid, 2007, pp. 445-446.

²³⁸ Como pone de relieve Monereo Pérez, J. L., *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*, *óp. cit.*, p. 181, “desde la perspectiva de política del Derecho, interesa anotar que los procesos decisorios tienden a descentralizarse (buscando un equilibrio dinámico entre la centralidad estatal y la descentralización de la producción privada de Derecho); es decir, emerge un pluralismo decisonal ante la «crisis de racionalidad» del centro de decisión político-jurídico (N. LUHMANN)”.

laborales, y que, a medida que éstas sigan experimentando cambios importantes, el ordenamiento jurídico-laboral continuará evolucionado de forma paralela. Conviene insistir en que tal evolución viene referida en exclusiva a sus contenidos normativos y no a su función social, que en la actualidad, como en sus orígenes, sigue siendo la de equilibrar e integrar los intereses contrapuestos de trabajadores y empresarios en el contexto de un sistema económico capitalista. Del mismo modo que el sistema económico imperante sigue siendo el de libre mercado, sin que nadie lo haya puesto en duda nunca, a pesar de que sus formas de manifestarse y sus efectos han variado a lo largo del tiempo, el Derecho del Trabajo continúa cumpliendo su función equilibradora, a pesar de que la forma de hacerlo haya ido variando como consecuencia de las mutaciones producidas en el sistema económico en el que actúa²³⁹.

Otro cambio experimentado por el Derecho del Trabajo en los últimos tiempos, directamente ligado a la globalización económica y a la consecuente internacionalización de las relaciones productivas y laborales, y que no se puede dejar de resaltar pues está teniendo una gran trascendencia desde el punto de vista jurídico, es el que se refiere al ámbito territorial de su vigencia y aplicación. En este sentido, se ha puesto en evidencia que los ordenamientos jurídico-laborales de ámbito estrictamente nacional ya no resultan idóneos ni eficaces para regular las nuevas y múltiples manifestaciones de relaciones laborales que, como consecuencia directa e inmediata de la globalización económica, incorporan algún elemento de internacionalidad a las mismas. Siendo así, es claro que los Derechos del Trabajo nacionales están dejando de constituir la fuente exclusiva de regulación de las relaciones laborales, lo que, a su vez, está dando lugar a un destacado reforzamiento a las regulaciones laborales de ámbito internacional, y también, incluso, a la aparición y progresiva consolidación de diversos tipos de disposiciones de naturaleza no jurídica, agrupadas en lo que se conoce como *soft law*²⁴⁰.

²³⁹ Vid. Palomeque López, M. C. y Álvarez De La Rosa, M., *Manual de Derecho del Trabajo*, Ceura, Madrid, 17ª edición, 2009, pp. 72 a 76.

²⁴⁰ Así lo ha puesto de manifiesto gran parte de la moderna doctrina iuslaboralista. Vid., por todos, D'Antona, M., "Diritto del Lavoro di fine secolo: una crisi di identità?", *Rivista Generale del Lavoro e delle Politiche Sociali*, n. 1, 1998, pp. 311 y ss.

3. Variaciones más relevantes observadas en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo. Especial atención al auge de los instrumentos de *soft law* en la reglamentación de las relaciones laborales

Históricamente, el Derecho del Trabajo, teniendo en cuenta el tipo de relación laboral “clásica” objeto de su regulación, tal y como ha sido definida con anterioridad, era un *corpus* normativo de origen fundamentalmente nacional. Esto es, se producía prácticamente en exclusiva dentro del ámbito de cada Estado. Y si bien es cierto que desde el principio esta rama del ordenamiento tuvo una aspiración “universalista” gracias a la importante labor normativa desarrollada por la OIT desde su creación en el año 1919, hay que tener en cuenta que los Tratados emanados de esta organización de ámbito internacional, para ser de obligado cumplimiento en los diferentes Estados, han debido ser siempre previamente ratificados por cada uno de ellos conforme al procedimiento establecido en su legislación interna al respecto. Desde este punto de vista, resulta indudable que la OIT ha desempeñado una importante labor de extensión a nivel mundial de un régimen de protección mínimo de los trabajadores en el seno de las relaciones laborales, pero que en todo caso, el establecimiento y aplicación del mismo ha dependido totalmente de la voluntad de cada Estado. Es por ello que afirmamos que en los orígenes del ordenamiento jurídico laboral y hasta hace apenas unas décadas, la regla general es que sus fuentes normativas procedían de un ámbito exclusivamente nacional.

Sin embargo, los profundos cambios producidos en el mundo – casi todos los cuales, tal y como se ha visto, se retrotraen o confluyen en el fenómeno de la globalización económica –, y sus repercusiones sobre el trabajo asalariado y, en particular, sobre la configuración y el desarrollo de las relaciones laborales, han determinado que las normas que regulan este tipo de relaciones hayan sido desprovistas de su carácter exclusivamente estatal, apareciendo así, de forma destacada otros poderes fuera del Estado nacional, con competencia normativa en materia de trabajo asalariado – y figuras afines y/o limítrofes –. Han sido, en particular, las distintas manifestaciones del fenómeno de la internacionalización de las relaciones laborales las que han favorecido la aparición y/o promoción de normas laborales cuyo origen se encuentra en un ámbito *supra, extra o interestatal*²⁴¹.

²⁴¹ Vid. Valdés Dal-Ré, F., “Las transformaciones de las fuentes del Derecho del Trabajo: una aproximación”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 25, n. 2, 2007, p. 18, que

Pero, al mismo tiempo, no se puede dejar de contemplar y dar la importancia que se merece en relación a la cuestión que se está abordando de la progresiva desestatalización²⁴² del Derecho del Trabajo, al fenómeno de la globalización económica en sí, esto es, al de la internacionalización de las relaciones comerciales a nivel mundial²⁴³. La mundialización económica exige unas reglas comunes de funcionamiento del mercado global, entre ellas, las referidas al factor trabajo, pues de lo contrario se produciría el tan siempre temido efecto dentro del sistema económico capitalista como es el del *dumping social*. Siendo así, es lógico que se intenten potenciar unas reglamentaciones comunes en materia laboral, aplicables a nivel internacional, que, en todo caso, serán de mínimos²⁴⁴.

De otro lado, los diversos modos en que se está materializando la internacionalización de las relaciones laborales como consecuencia de la globalización económica, está influyendo en una medida cada vez más significativa en los propios contenidos de las normativas jurídico-laboral de origen nacional. En este sentido la tendencia clara es la de la paulatina *flexibilización* de las regulaciones internas con el fin de que los empresarios dispongan de mayores márgenes de maniobra para poder adaptarse a las cambiantes circunstancias de los mercados globales y, de este modo, poder seguir siendo competitivos en ellos, tratando así de impedir que el mantenimiento de una normativa nacional demasiado “rígida” provoque que los empresarios se adapten a tales cambios huyendo de la aplicación

manifiesta que “La facilidad de las empresas transnacionales de decidir el destino de sus inversiones productivas comprime los márgenes de disposición de los Estados, alterando tanto las funciones tradicionales de su poder normativo sobre las relaciones laborales como las técnicas a través de las que dichos poderes vinieron expresándose”.

²⁴² Vid, Baylos Grau, A., *Globalización y Derecho del Trabajo: realidad y proyecto*, *óp. cit.*, p. 24, que utiliza la expresión de “vanificación” de las regulaciones de las condiciones de trabajo de ámbito nacional, que afecta por igual tanto a las emanadas del Estado como a las procedentes de la autonomía colectiva.

²⁴³ Vid. D’antona, M., “Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?”, en D’Antona, M., *Opere*, vol. I, Giuffrè, Milán, 2002, p. 231, donde expresa “La extremada movilidad de las inversiones y de las localizaciones productivas modifica tanto las competencias normativas de los Estados sobre el trabajo como las condiciones materiales sobre las que el derecho del trabajo, en general, y la legislación laboral, más en particular, han sido construidos. La pérdida por los Estados de su capacidad de intervenir sobre la actividad económica “desnacionaliza” el derecho del trabajo”.

²⁴⁴ Vid, Perulli, A., *Diritto del Lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, condici di condotta e commercio internazionale*, Cedam, Padova, 1999, p. XII, donde advierte que las disfuncionalidades sociales derivadas del proceso de globalización económica tienen su origen en la asimetría que, como consecuencia de su avance, se produce entre la esfera de la producción, que se encuentra cada vez más integrada internacionalmente, y la esfera de la jurisdicción, que continúa aún obstinadamente fragmentada a escala nacional.

de la misma por la vía del traslado de sus organizaciones empresariales y/o de su actividad productiva a países extranjeros en los que la normativa laboral sea más flexible y, en consecuencia, los costes del trabajo se abaraten.

La creciente predisposición de la normativa laboral en general hacia la *flexibilización* obedece también a otra muy reseñable causa, como es la de la profunda influencia que en la misma viene teniendo desde hace ya unas cuantas décadas la incorporación del fomento del empleo y de la lucha contra el desempleo como objetivos básicos de las políticas socio-laborales de ámbito nacional, y más recientemente, también de las de ámbito comunitario. La utilización del Derecho del Trabajo por parte de los Poderes públicos competentes como instrumento especialmente relevante para la consecución de tales fines se ha traducido en una progresiva e incesante *flexibilización* de esta rama del ordenamiento jurídico.

Esta clara, continua y cada vez más patente tendencia hacia la *flexibilización* de los ordenamientos jurídico-laborales nacionales se materializa a través de dos vías distintas, a las que normalmente se acude de forma simultánea: por un lado, por la vía de los contenidos normativos, se produce una ampliación del poder de dirección del empresario en cuanto a la fijación y modificación de las condiciones de trabajo; y, por otro, por la vía de la articulación de las diversas fuentes normativas internas del Derecho del Trabajo, se altera el papel atribuido a cada una de ellas previamente, reduciéndose cada vez más el nivel de tutela de los trabajadores garantizado por las leyes y reglamentos y, de manera simultánea, potenciándose la negociación colectiva – en especial la desarrollada en el ámbito de la empresa o inferior – y, cada vez más también, el contrato individual de trabajo.

Sin lugar a dudas, la fuente jurídico-laboral que más se está viendo afectada como consecuencia de la tendencia a la flexibilización del ordenamiento regulador del trabajo asalariado es la negociación colectiva, a la cual no sólo se le asigna cada vez un mayor protagonismo – tanto cuantitativo como cualitativo – en la reglamentación de las relaciones laborales, siendo llamada a ocuparse de aspectos hasta el momento regulados directamente por la legislación laboral, sino que, también está siendo objeto de una progresiva ampliación de sus resultados normativos, apareciendo junto al convenio colectivo tradicional otros productos normativos de naturaleza colectiva diferentes, los denominados “pactos colectivos” o “acuerdos colectivos”. Estos nuevos y específicos resultados de la autonomía colectiva se producen a nivel de empresa y en cuanto a su contenido normativo se refieren a aspectos muy concretos de las

relaciones laborales – a los que expresamente permita la legislación laboral o el convenio colectivo aplicable –, y poco a poco van adquiriendo una relevancia normativa mayor como consecuencia de que en las sucesivas reformas laborales se les está otorgando – desde la propia ley – un mayor campo material de regulación, así como también, una más amplia capacidad de disposición respecto a lo que sobre lo que, en un cada vez más numeroso elenco de materias, se pueda encontrar ya regulado en un convenio colectivo de ámbito superior vigente.

Otra de las transformaciones más importantes que se está produciendo en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo es la progresiva aparición de diversas manifestaciones de reglas de conducta elaboradas por sujetos privados que, si bien no constituyen normas jurídicas en sentido estricto por no proceder de poderes con fuerza jurídica reconocida y, por tanto, por no poder ir acompañadas de ningún mecanismo de coercibilidad pública en caso de incumplimiento de sus estipulaciones, son establecidas con una cada vez más fuerte convicción de regir el comportamiento de los diversos sujetos económicos a los que se dirigen, sujetos que, al mismo tiempo, son parte de las relaciones laborales. Es, precisamente, la concurrencia de estos dos elementos aludidos: la no vinculación jurídica de sus disposiciones – y, por tanto, la ausencia en ellas de una auténtica naturaleza jurídica – y al mismo tiempo, su inmediata vocación reglamentadora, lo que explica que haya calado en la doctrina el término *soft law* – derecho “blando”, derecho “flexible”, derecho “elástico”, derecho “indicativo” – para referirse a este tipo de disposiciones, las cuales, además, en numerosas ocasiones se autodenominan expresamente como “normas”²⁴⁵. Desde luego, este fenómeno resulta especialmente destacable y hasta sorprendente, con carácter general, en los ordenamientos que, como el español, se encuentran insertos en la tradición jurídica continental y, por lo tanto, han estado fundamentados prácticamente en exclusiva en auténticos productos normativos, esto es, con fuerza jurídica. Pero, además, se constituye un fenómeno atípico dentro del régimen tradicional de reglamentación de las relaciones laborales, basado en un núcleo duro de protección de los trabajadores de carácter imperativo resultado de la intervención del poder público en este particular tipo de relaciones, caracterizada por la posición de subordinación que ocupa el trabajador respecto del empresario.

²⁴⁵ Como señala Vid. Valdés Dal-Ré, F.: “*Soft law*, Derecho del Trabajo y orden económico globalizado”, *Relaciones Laborales*, n. 4, 2005, p. 38: “Frente a la lógica de la vinculación y de la sanción a la que responde éste, aquél obedece a la lógica de la oportunidad y de la persuasión”.

Las razones que permiten explicar el apogeo de este tipo de instrumentos de regulación de carácter jurídicamente no vinculante son, a nuestro juicio, fundamentalmente tres: la primera es la ya aludida incapacidad de los ordenamientos laborales nacionales para regular unas relaciones laborales cada vez más internacionales y, por tanto, desarrolladas en ámbitos que superan las fronteras estatales, límite infranqueable de la aplicabilidad de tales ordenamientos; la segunda hace referencia a la falta de aptitud y efectividad de los mecanismos tradicionales de intervención a nivel internacional para hacer frente a las consecuencias sociales negativas derivadas directamente de la implantación y consolidación del proceso de globalización económica; y la tercera y última tendría que ver con la creciente *complejización* y *tecnologización* de las organizaciones empresariales y de los procesos productivos y el impacto que estos fenómenos están teniendo sobre el desarrollo de las relaciones laborales, en concreto en lo relativo a las condiciones de trabajo en las que los trabajadores desempeñan sus servicios profesionales y, en lógica consecuencia, en lo que tiene que ver con el ámbito de protección garantizado de algunos de sus derechos fundamentales, tales como la vida y la integridad física y psíquica, la intimidad o la igualdad y, en último término, su dignidad como seres humanos.

La premisa de la que se debe partir es la de que, en sentido técnico-jurídico estricto el *soft law* no se integra dentro del sistema de fuentes del ordenamiento laboral. Sin embargo, en la práctica se está poniendo de relieve su efectiva virtualidad normativa, lo que determina que haya que tenerlo en cuenta si se quieren conocer de manera plena las reglamentaciones por las que en la actualidad se rigen las relaciones laborales, tanto a nivel nacional, de la Unión Europea, como internacional.

Su origen más remoto lo encontramos en la década los años 30 cuando comienzan a proliferar las empresas transnacionales y multinacionales. Ya en este momento se puso de relieve que los Derechos nacionales no resultaban aplicables a las relaciones de carácter internacional surgidas como consecuencia de esta nueva forma de organización empresarial, de manera que este tipo de empresas empezó a “autorregularse” elaborando y aplicando modestos códigos de conducta que regían la su actividad comercial independientemente del lugar en el que radicarán sus instalaciones. De este modo, las primeras manifestaciones del *soft law* tratan de regular aspectos de las relaciones laborales que se escapaban a los derechos de estricto ámbito nacional. Pero también, al mismo tiempo, constituyen una alternativa en muchos casos a la ineficacia del Derecho

Internacional ya entonces vigente en materia de trabajo²⁴⁶.

Pero el verdadero apogeo de esta fórmula de regulación se produce a partir de los años 70 y, definitivamente a partir de la década de los 90. Y ello debido, sobre todo, a que ya no sólo las empresas con presencia internacional, sino también las propias organizaciones internacionales y supranacionales promueven este tipo de reglamentación por considerarla adecuada a la nueva situación socioeconómica resultado de la globalización. Así, la OIT, la OCDE y la propia UE²⁴⁷ han recurrido a este tipo de regulaciones no jurídicas para conseguir sus respectivos fines. Estas organizaciones, cuya actuación en el ámbito económico y/o social no necesita ser argumentado por resultar más que evidente, han promovido este tipo de reglamentaciones por considerar que al basar su observancia en el convencimiento por parte de sus destinatarios de sus beneficios y no en el miedo a las sanciones, resultarán más eficaces. En algunos supuestos se dictan como complemento de verdaderas normas jurídicas, con el fin de facilitar la interpretación y, por tanto, la aplicación y el cumplimiento de estas últimas; en otros se dictan como reglamentaciones independientes y suplementarias, aunque, en realidad, aunque sea de forma remota, casi siempre existe una reglamentación vinculante que le sirve de referencia; y en supuestos no excepcionales, sus previsiones terminan integrándose en el contenido de posteriores normas jurídicas *strictu sensu*.

En la actualidad, una de las más destacadas expresiones de derecho blando sería la denominada “Responsabilidad Social Empresarial” (en adelante, RSE). La RSE se refiere a una nueva forma de concebir el papel que corresponde desempeñar a las empresas en el actual contexto socio-económico globalizado. Supone atribuir a las empresas no ya una mera

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 38: “La juridicidad predicable de los actos integrados bajo esa afortunada noción de síntesis que es el *soft law* tiende así a desplazar su centro de gravedad desde el plano de la coercibilidad al terreno de la efectividad”.

²⁴⁷ Vid. Valdés Dal-Ré. F., “Las transformaciones de las fuentes del Derecho del Trabajo: una aproximación”, *óp. cit.*, p. 23, indica que “La Unión Europea (UE) se ha edificado, en gran medida, como una comunidad jurídica, con voluntad de unificar o armonizar los sistemas jurídicos de los Estados miembros, habiendo utilizado para el logro de tal fin, bien con la oportuna acomodación, los principios más clásicos de esos sistemas (efecto directo, supremacía del derecho comunitario o interpretación conforme, por ejemplo). En la actualidad, sin embargo, el ordenamiento comunitario, al menos en lo que concierne a su vertiente social, parece alejarse de este paradigma tradicional. La construcción de la Europa social ya no se hace sólo ni tanto mediante el empleo de actos normativos, de naturaleza cogente y jurídicamente exigibles, destinados a armonizar los ordenamientos a través de normas directivas. También se recurre, y de manera creciente, a las fórmulas de *soft law*”.

función económico-privada (obtención de beneficios), sino también, de forma simultánea, una función eminentemente social. Más en concreto, lo que se persigue a través de la RSE es conseguir hacer a las organizaciones empresariales responsables frente a todos y cada uno de los interlocutores sociales con los que se relaciona en el desarrollo de su actividad: tanto internos (fundamentalmente los trabajadores y sus representantes) como externos (consumidores, inversores, organizaciones no gubernamentales, proveedores, empresas contratistas y subcontratistas, y ámbito local en el que se encuentra ubicadas y desarrollan sus procesos productivos). Siendo así, las empresas, sin renunciar a su objetivo principal de obtener el máximo beneficio económico – lo cual sería contrario al principio esencial de la economía de mercado, cual es, sin duda, la libertad de empresa –, sino justamente como medio para incrementar su productividad y mejorar su posición competitiva en los mercados cada vez más globalizados, deciden de manera totalmente voluntaria incorporar al desarrollo de su actividad criterios de actuación dirigidos directamente a mejorar la calidad de sus entornos laboral, medioambiental y social. Por lo que hace al ámbito estrictamente laboral, las actuaciones empresariales en materia de RSE se encuentran orientadas no ya sólo a respetar los derechos laborales fundamentales de los trabajadores y sus condiciones de seguridad y salud en el trabajo, sino ir más allá y contribuir a incrementar la calidad del empleo por encima de los estándares normativos mínimos vigentes en cada caso. Se puede decir que la RSE sirve para incorporar la ética a la actividad y funcionamiento de las empresas más allá de aquellas obligaciones exigidas y exigibles a éstas en los instrumentos estrictamente normativos con el fin de satisfacer y dar efectividad a diversos derechos reconocidos y tutelados en cada momento en el ordenamiento jurídico aplicable.

No parece casual que el fomento público de la RSE en el ámbito europeo haya tenido su apogeo coincidiendo temporalmente con el auge de las tendencias flexibilizadoras de la normativa laboral a las que ya se ha aludido en líneas precedentes. Desde la perspectiva estrictamente laboral, se puede decir que el fomento de la RSE por parte de los Poderes públicos constituye en sí mismo una forma más, entre otras muchas, de flexibilización de la reglamentación jurídica de las relaciones laborales en aquellos países en los que, como en España, se habían conseguido altos niveles de protección jurídica de los trabajadores en el seno de las relaciones de trabajo. Las fuentes jurídico-laborales tradicionales dejan de ocupar espacios que ahora, a través de la RSE, de forma explícita o implícita, se quiere que sean rellenados por las organizaciones empresariales de forma voluntaria. No obstante, hay que tener presente que la normativa

laboral no se muestra completamente ajena a las actuaciones empresariales en materia de RSE ya que, cada vez más, la promueve mediante diversos tipos de incentivos públicos, que en su mayor parte se dirigen a favorecer la posición competitiva de tales empresas en los mercados. Así sucede en España, por ejemplo, en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (LOIMH) al prever y regular el denominado “*Distintivo para las empresas en materia de igualdad*” (art. 50)²⁴⁸.

Otra de las manifestaciones más destacadas en la actualidad de *soft law* se halla en aquellas autorregulaciones que cada vez en mayor medida están elaborando, por iniciativa propia, las empresas con una dimensión multinacional y transnacional²⁴⁹, que en el caso de España, han aumentado

²⁴⁸ El art. 50 de la LOIMH dispone lo siguiente: “1. El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales creará un distintivo para reconocer a aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras, que podrá ser utilizado en el tráfico comercial de la empresa y con fines publicitarios. 2. Con el fin de obtener este distintivo, cualquier empresa, sea de capital público o privado, podrá presentar al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales un balance sobre los parámetros de igualdad implantados respecto de las relaciones de trabajo y la publicidad de los productos y servicios prestados. 3. Reglamentariamente, se determinarán la denominación de este distintivo, el procedimiento y las condiciones para su concesión, las facultades derivadas de su obtención y las condiciones de difusión institucional de las empresas que lo obtengan y de las políticas de igualdad aplicadas por ellas. 4. Para la concesión de este distintivo se tendrán en cuenta, entre otros criterios, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección y en los distintos grupos y categorías profesionales de la empresa, la adopción de planes de igualdad u otras medidas innovadoras de fomento de la igualdad, así como la publicidad no sexista de los productos o servicios de la empresa. 5. El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales controlará que las empresas que obtengan el distintivo mantengan permanentemente la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras y, en caso de incumplirlas, les retirará el distintivo”. Esta previsión legal ha sido objeto de un posterior desarrollo reglamentario a través del Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, por el que se regula la concesión y utilización del distintivo “Igualdad en la Empresa”.

²⁴⁹ Algunos autores se refieren a éste tipo de regulaciones como “derecho transaccional”. Así lo hace, por ejemplo, Pizzorusso, A., *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, *op. cit.*, p. 67, señalando que “Principalmente a partire dalla seconda metà del XX secolo, con lo sviluppo della c.d. “globalizzazione” economica e culturale, sono sorte anche forme di diritto “transnazionale” (o altrimenti denominato), le quali danno luogo ad ordinamenti giuridici non statali, né raccordati (salvo che per aspetti secondari) ad ordinamenti statali o all’ordinamento internazionale, le quali formano delle aree di diritto non riconducibili ad una delle piramidi corrispondenti agli ordinamenti giuridici degli Stati, o ad altri ad essi comunque raccordati. Con riferimento ad essi perciò si parla piuttosto di una “rete” di fatti o atti giuridici produttivi di disposizioni e di norme (o anche di “ordinamenti orizzontali”, in contrapposizione a quelli cui è applicabile il principio di gerarchia, suscettibile di essere articolato in una gerarchia degli ordinamenti, distinta dalla ormai tradizionale gerarchia delle fonti proprie di ciascun ordinamento)”.

considerablemente durante el siglo XXI. Se trata de los denominados, con carácter general, “*códigos de conducta*”, “*códigos de buenas prácticas*” o “*códigos éticos*” confeccionados por las propias empresas con proyección y presencia internacional, unas veces sin contar con la participación de los representantes de los trabajadores y otras, en cambio, cada vez en mayor medida, contando con ella (dando lugar a los llamados “acuerdos internacionales”), mediante los cuales adquieren una serie de compromisos respecto a todos sus trabajadores, al margen del país en que éstos estén ejecutando su prestación de servicios laborales, compromisos que en muchos supuestos se imponen a su vez a las empresas contratistas y subcontratistas y a los proveedores como condición *sine qua non* para iniciar y/o continuar la relación comercial con ellas. Constituyen instrumentos no jurídicos que pretenden ocupar el espacio que no ha conseguido conquistar el Derecho Internacional y que se sitúan extramuros de la normativa laboral del Estado de la empresa matriz. Su contenido suele estar referido o en gran medida influido por los estándares mínimos que respecto a la protección de los trabajadores han establecido la OIT u otras organizaciones internacionales y su finalidad, aparte de suponer una forma adicional de darse publicidad y, de este modo, intentar mejorar sus beneficios económicos, puede constituir un mecanismo útil e importante para garantizar a los trabajadores de países extranjeros en los que estén presentes y que dispongan de una normativa laboral mínima y/o poco efectiva, unos derechos laborales mínimos, o en palabras de la OIT, un “trabajo decente”. En cuanto que la efectividad de estos instrumentos depende en exclusiva de lo expresamente previsto en ellos a tal fin y de los medios materiales y organizativos puestos a disposición. En último término la eficacia de tales disposiciones se encuentra supeditada únicamente a la voluntad de las grandes empresas con dimensión internacional o transnacional que los promueven y asumen²⁵⁰.

Para finalizar este apartado sobre la creciente significación de los instrumentos de *soft law* en la reglamentación de las relaciones laborales vamos a hacer referencia a un fenómeno también en auge, conocido en general como *normalización*. A grandes rasgos, la normalización consiste en la elaboración de reglamentaciones no jurídicas por parte de entidades públicas y/o privadas de reconocido prestigio y acreditadas dentro de su respectivo ámbito de actuación, dirigidas a facilitar a las empresas la

²⁵⁰ Un tratamiento completo de estas cuestiones puede verse en AA.VV. (Dir. Sanguinetti Raymond, W.), *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española. Una visión del conjunto de los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas*, Ediciones CINCA, Madrid, 2014.

gestión de sus diversos recursos productivos de manera que éstas puedan encontrarse en las mejores condiciones para hacer frente a los diferentes retos económicos y sociales actuales. En España, con carácter general, este tipo de productos se integran dentro del concepto global de “normas técnicas”²⁵¹.

En todos los casos se trata de normas de naturaleza no jurídica y, por tanto, de cumplimiento voluntario por parte de sus destinatarios. No obstante, la calidad técnica de su contenido y su demostrada eficacia para alcanzar los específicos objetivos en cada caso propuestos, están haciendo que sean cada vez más numerosos los supuestos en que las propias normas jurídicas se remiten a ellas, o bien asumen que el cumplimiento de las mismas presupone el cumplimiento de la normativa en vigor al respecto. Se podría hablar en tales hipótesis de una “juridificación” indirecta o sobrevenida de una reglamentaciones originariamente no vinculantes.

Los procesos de normalización se han desarrollado sobre todo a partir de la década de los 90’, tanto a nivel internacional²⁵² como regional²⁵³ y nacional²⁵⁴, habiéndose llegado incluso a crear redes integradas de

²⁵¹ Las “normas técnicas” son incluidas expresamente como una de las manifestaciones actuales del *soft law* por Pizzorusso, A., *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, *op. cit.*, p. 17, que las vincula directamente al desarrollo y masiva utilización de medios tecnológicos.

²⁵² A nivel internacional destaca la Organización Internacional de Estandarización, conocida por su acrónimo inglés ISO. Su función principal es la de buscar la estandarización de normas de productos y seguridad para las empresas u organizaciones en el ámbito internacional con el fin de facilitar el comercio en el mercado global. Elaboran las denominadas *Normas ISO*, que en último término, introducen criterios de calidad en la gestión empresarial, tanto desde el punto de vista económico como ambiental.

²⁵³ Dentro de la UE se han creado el Comité Europeo de Normalización (CEN) y el Comité Europeo de Normalización Electrotécnica (CENELEC). Ambos elaboran normas y protocolos de cumplimiento voluntario directamente dirigidos a favorecer la consecución de los objetivos de la Unión Europea y el espacio económico europeo en el actual contexto de globalización económica. Los estándares técnicos voluntarios que elaboran y que tratan de implantar promueven el libre comercio, la seguridad del trabajador y los consumidores, interoperabilidad de redes, protección del medio ambiente, investigación y desarrollo de programas, y público.

²⁵⁴ Finalmente en nuestro país contamos con la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR). Constituye una institución española, privada, independiente, sin ánimo de lucro, que contribuye, mediante el desarrollo de actividades de normalización y certificación (N+C) a mejorar la calidad en las empresas, sus productos y servicios, así como a proteger el medio ambiente y, con ello, el bienestar de la sociedad. Está reconocida en los ámbitos nacional, comunitario e internacional para el desarrollo de sus actividades, y acreditada por distintos organismos de acreditación, entre ellos la Entidad

normalización.

Este tipo de normas resultado de los aludidos procesos de normalización, en el contexto del ámbito laboral, están adquiriendo una especial importancia en relación a la regulación de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo. Están proliferando cada vez más normas de carácter técnico dirigidas al objetivo de ayudar a los diversos sujetos con obligaciones en la materia, destacadamente a los empresarios, al cumplimiento de las obligaciones que las normas jurídicas en materia de seguridad y salud laboral les imponen. Así sucede también en nuestro Derecho interno sobre prevención de riesgos derivados del trabajo, en el que, incluso, cada vez en un mayor número de supuestos se efectúa una expresa remisión a estas normas de carácter técnico, asumiendo, además, un concepto muy amplio de “norma técnica”. Así, sucede, por ejemplo, en varios preceptos del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP): en el 5.3 en relación al cumplimiento de la obligación empresarial de evaluar los riesgos laborales²⁵⁵; en el art. 30²⁵⁶, relativo al cumplimiento por parte del

Nacional de Acreditación (ENAC). AENOR elabora las denominadas *Normas UNE*, de carácter técnico, contando para ello con la participación de todas las entidades y agentes implicados en la materia objeto de regulación. Tras su creación, tienen un período de seis meses de prueba en la que son revisadas públicamente, para después ser redactadas definitivamente por la comisión, bajo las siglas UNE. Por supuesto, son actualizadas periódicamente. Este método participativo de elaboración de las Normas UNE así como su actualización permanente permiten su adecuada adaptación a la realidad objeto de regulación y favorece, sin duda, su efectiva aplicación por parte de sus destinatarios, los cuales han podido expresar sus necesidades y opiniones sobre su contenido a través de sus representantes presentes durante el proceso de elaboración y definitiva aprobación.

²⁵⁵ Este precepto dispone que “Cuando la evaluación exija la realización de mediciones, análisis o ensayos y la normativa no indique o concrete los métodos que deben emplearse, o cuando los criterios de evaluación contemplados en dicha normativa deban ser interpretados o precisados a la luz de otros criterios de carácter técnico, se podrán utilizar, si existen, los métodos o criterios recogidos en: a) Normas UNE. b) Guías del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, del Instituto Nacional de Silicosis y protocolos y guías del Ministerio de Sanidad y Consumo, así como de Instituciones competentes de las Comunidades Autónomas. c) Normas internacionales. d) En ausencia de los anteriores, guías de otras entidades de reconocido prestigio en la materia u otros métodos o criterios profesionales descritos documentalmente que cumplan lo establecido en el primer párrafo del apartado 2 de este artículo y proporcionen un nivel de confianza equivalente”.

²⁵⁶ En este artículo del RSP se prevé que “La auditoría deberá ser realizada de acuerdo con las normas técnicas establecidas o que puedan establecerse y teniendo en cuenta la información recibida de los trabajadores. Cualquiera que sea el procedimiento utilizado, la metodología o procedimiento mínimo de referencia deberá incluir, al menos: a) Un análisis de la documentación relativa al plan de prevención de riesgos laborales, a la evaluación de riesgos, a la planificación de la actividad preventiva y cuanta otra

empresario de su obligación de realizar periódicamente auditorías preventivas externas de su sistema de prevención; o en el art. 2.4²⁵⁷, por el que se permite a las empresas de hasta 50 trabajadores elaborar una documentación simplificada que acredite el cumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo de elaborar un Plan de Prevención de Riesgos Laborales, realizar la evaluación de los riesgos profesionales y planificar, encomendándose a este respecto expresamente al Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo²⁵⁸

información sobre la organización y actividades de la empresa sea necesaria para el ejercicio de la actividad auditora. b) Un análisis de campo dirigido a verificar que la documentación referida en el párrafo anterior refleja con exactitud y precisión la realidad preventiva de la empresa. Dicho análisis, que podrá realizarse aplicando técnicas de muestreo cuando sea necesario, incluirá la visita a los puestos de trabajo. c) Una evaluación de la adecuación del sistema de prevención de la empresa a la normativa de prevención de riesgos laborales. d) Unas conclusiones sobre la eficacia del sistema de prevención de riesgos laborales de la empresa”.

²⁵⁷ En él se establece que “Las empresas de hasta 50 trabajadores que no desarrollen actividades del anexo I podrán reflejar en un único documento el plan de prevención de riesgos laborales, la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva. Este documento será de extensión reducida y fácil comprensión, deberá estar plenamente adaptado a la actividad y tamaño de la empresa y establecerá las medidas operativas pertinentes para realizar la integración de la prevención en la actividad de la empresa, los puestos de trabajo con riesgo y las medidas concretas para evitarlos o reducirlos, jerarquizadas en función del nivel de riesgos, así como el plazo para su ejecución”.

²⁵⁸ El Instituto Nacional de seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT) es un organismo autónomo integrado dentro del Ministerio de Empleo y Seguridad Social español especializado en funciones relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo. El art. 8 de la propia Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) lo define y establece cuáles son en particular sus funciones. “1. El Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo es el órgano científico técnico especializado de la Administración General del Estado que tiene como misión el análisis y estudio de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, así como la promoción y apoyo a la mejora de las mismas. Para ello establecerá la cooperación necesaria con los órganos de las Comunidades Autónomas con competencias en esta materia. El Instituto, en cumplimiento de esta misión, tendrá las siguientes funciones: a) Asesoramiento técnico en la elaboración de la normativa legal y en el desarrollo de la normalización, tanto a nivel nacional como internacional. b) Promoción y, en su caso, realización de actividades de formación, información, investigación, estudio y divulgación en materia de prevención de riesgos laborales, con la adecuada coordinación y colaboración, en su caso, con los órganos técnicos en materia preventiva de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus funciones en esta materia. c) Apoyo técnico y colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el cumplimiento de su función de vigilancia y control, prevista en el artículo 9 de la presente Ley, en el ámbito de las Administraciones públicas. d) Colaboración con organismos internacionales y desarrollo de programas de cooperación internacional en este ámbito, facilitando la participación de las Comunidades Autónomas. e) Cualesquiera otras que sean necesarias para el cumplimiento de sus fines y

la función de elaborar y mantener actualizada una guía orientativa, de carácter no vinculante, para la elaboración de un documento único que contenga el plan de prevención de riesgos laborales, la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva (Disposición final primera introducida por el Real Decreto 337/2010, de 19 de marzo, por el que se modificó entre otras varias normas preventivas, el RSP).

Hay que apuntar que en los supuestos en los que la propia normativa preventiva en vigor se remite a este tipo de normas técnicas en materia de seguridad y salud en el trabajo, éstas adquieren, como consecuencia directa e inmediata de tal remisión, una fuerza vinculante sobrevenida.

En todo caso, y como conclusión, cabe afirmar que, ya se trate de normas técnicas no vinculantes por su origen extrajurídico, ya hayan adquirido *a posteriori* una juridicidad sobrevenida por la expresa remisión que a ellas se efectúe por parte de las normas jurídicas vigentes, reúnen dos cualidades claramente positivas de cara a conseguir la aplicación adecuada y efectiva de las normas sobre seguridad y salud en el trabajo que, como es sabido, requiere inexorablemente la disposición y la implementación de amplios y muy variados conocimientos de carácter técnico y científico (de Física, Química, Biología, Antropología, medicina, Ingeniería, etc.): por un lado, constituyen un importante *instrumento dinamizador* de esta normativa en cuanto que no tienen que someterse a los habitualmente lentos procedimientos de actualización exigibles a las auténticas normas jurídicas *ex origine*, y en cuanto a que al ser elaboradas por especialistas técnicos, pueden ser mucho más detalladas y precisas que las normas preventivas en sentido técnico-jurídico estricto y, sobre, todo, su contenido es más fácilmente adaptable a los progresos y descubrimientos técnico-científicos

le sean encomendadas en el ámbito de sus competencias, de acuerdo con la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo regulada en el artículo 13 de esta Ley, con la colaboración, en su caso, de los órganos técnicos de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia. 2. El Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, en el marco de sus funciones, velará por la coordinación, apoyará el intercambio de información y las experiencias entre las distintas Administraciones públicas y especialmente fomentará y prestará apoyo a la realización de actividades de promoción de la seguridad y de la salud por las Comunidades Autónomas. Asimismo, prestará, de acuerdo con las Administraciones competentes, apoyo técnico especializado en materia de certificación, ensayo y acreditación. 3. En relación con las Instituciones de la Unión Europea, el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo actuará como centro de referencia nacional, garantizando la coordinación y transmisión de la información que deberá facilitar a escala nacional, en particular respecto a la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo y su Red. 4. El Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo ejercerá la Secretaría General de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, prestándole la asistencia técnica y científica necesaria para el desarrollo de sus competencias”.

que se vayan produciendo y que resulten aplicables para mejorar las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores; y por otro, su contenido preciso y eminentemente práctico, alejado de terminología jurídica, cumple una importante *función didáctica* dado que se dirigen específicamente a los distintos sujetos a los que la normativa de seguridad y salud en el trabajo impone obligaciones jurídicas al respecto explicándoles no sólo qué tienen que hacer a tal fin, sino también cómo hacerlo.

4. Algunas consideraciones finales

Una vez presentado el esbozo de las principales transformaciones que en el momento presente se están produciendo en el seno del Derecho del Trabajo, ya no sólo en cuanto a sus contenidos, sino también en cuanto a su sistema de fuentes, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

Primera: El Derecho del Trabajo está tratando, una vez más, de adaptarse a los profundos y rápidos cambios que en los últimos años se han producido en su objeto de regulación, las relaciones laborales. La adaptación permanente constituye uno de los rasgos esenciales de la disciplina jurídico-laboral desde su nacimiento en cuanto que regulación de una realidad social en evolución continua.

Segunda: Las transformaciones que en la actualidad se están produciendo en la reglamentación jurídica de las relaciones laborales responde a dos objetivos básicos: por un lado, al de hacer frente al cada vez más frecuente presencia en la constitución y en el desarrollo de las relaciones laborales del componente de la “internacionalidad”, que ha puesto de relieve sobre todo, que las tradicionales normativas jurídico-laborales de ámbito estatal no resultan ya suficientes ni adecuadas para resolver muchos de los actuales conflictos de naturaleza laboral que se plantean; y, por otro, a tratar de incorporar a su contenido soluciones a los conflictos que en el seno de las relaciones laborales actuales se producen como consecuencia de la generalizada implantación de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo.

Tercera: El principio fundamental que sin duda inspira todos los cambios que se están produciendo en la disciplina jurídico-laboral es el de su adaptación a las necesidades e intereses económicos propios de los sistemas capitalistas avanzados que se desenvuelven en mercados completamente globalizados, prácticamente indiscutidos hasta el momento. Y como, consecuencia de ello, la tendencia clara en la evolución del Derecho del Trabajo es la de su *flexibilización* que, a grandes

rasgos, supone reducir las garantías de protección de los trabajadores alcanzadas previamente para favorecer la creación de empleo en cuanto presupuesto esencial del crecimiento económico. Pero al mismo tiempo, la normativa laboral también persigue el “compromiso social” de las organizaciones empresariales, entendido éste como un respeto por parte de las mismas a los derechos humanos fundamentales reconocidos a nivel mundial, de todos los ciudadanos, incluidos obviamente los trabajadores. Siendo así, parece que el Derecho del Trabajo está pasando de ser un derecho centrado fundamentalmente en la protección del trabajador en cuanto trabajador que, además, es ciudadano, a ser un ordenamiento que aspira ya únicamente a no lesionar ni obstaculizar a nivel mundial el disfrute de los derechos de ciudadanía de los trabajadores y de los no trabajadores. El núcleo que parece que el Derecho del Trabajo del presente y del futuro inmediato aspira a tutelar es principalmente el de los derechos humanos, incluidos los de los trabajadores (derechos laborales inespecíficos o generales), limitándose de forma paralela la garantía de los derechos laborales específicos de los trabajadores en cuanto trabajadores. Y mientras que la primera operación se está llevando a cabo a través de fórmulas de flexibilización y desregulación de la normativa jurídico-laboral, la segunda se está tratando de conseguir por medio de instrumentos de regulación “no vinculantes” jurídicamente, de muy diverso tipo pero incluíbles todos ellos en el concepto plenamente acuñado ya de “*soft law*”.

Cuarta: Con carácter general, la proliferación y el éxito de los instrumentos de “*soft law*” en la regulación de las relaciones laborales ponen claramente de relieve el fracaso, pese a su larga trayectoria, del Derecho Internacional del Trabajo (ineficacia), así como también de los intentos y aspiraciones de instaurar una verdadera y eficaz negociación colectiva en ámbitos superiores a los del Estado-nación.

Quinta: Si realmente se consolida la tendencia descrita de desarrollo de los mecanismos de “*soft law*” en la regulación de los distintos aspectos de las relaciones laborales, sería muy conveniente que al menos dichos mecanismos fueran dotados de la suficiente publicidad de manera que su amplia difusión y conocimiento entre sus destinatarios y la población en general al menos pudiera llegar a crear una *opinio iuris* que reforzara su eficacia.

5. Bibliografía

- AA.VV. (Dir. Sanguineti Raymond, W.), *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española. Una visión del conjunto de los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas*, Ediciones CINCA, Madrid, 2014.
- Baylos, A., “Globalización y Derecho del Trabajo: realidad y proyecto”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n. 15, 1999.
- Bilbao, A., *Obreros y ciudadanos. La desestructuración de la clase obrera*, Trotta, Madrid, 1993.
- Casas Baamonde, M. E., “Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1998.
- D’antona, M., “Diritto del Lavoro di fine secolo: una crisi di identità?”, *Rivista Generale del Lavoro e delle Politiche Sociali*, n. 1, 1998.
- D’antona, M., “Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?”, en D’Antona, M., *Opere*, vol. I, Giuffrè, Milán, 2002.
- Durán López, F., “Globalización y relaciones de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 92, 1998.
- López De La Cruz, L., “La presencia de la mujer en la Universidad española”, *Revista Historia de la Educación Latinoamericana*, n. 4, 2002.
- Mercader Uguina, J. R., “El futuro de los ordenamientos laborales en la era de la globalización”, en AA.VV. (Eds. Sanguineti Raymond, W. y García Laso, A.), *Globalización económica y relaciones laborales*, Acquilafuente-Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003.
- Moreno Pérez, J. L., *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- Morin, M. L., “El Derecho del Trabajo ante los nuevos modos de organización de la empresa”, en AA.VV. (Dir. Servais, J. M., Bollé, P. Lansky, M. y Smith, C. L.), *Trabajar por tiempos mejores. Repensar el trabajo en el siglo XXI*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007.
- Negri, T., “Eclipse del obrero-masa a la generalidad del obrero-social” en el capítulo I “*Del obrero-masa al obrero social*”, Editorial Anagrama, Barcelona 1980.
- Palomeque López, M. C., “Un compañero de viaje histórico del derecho del trabajo: la crisis económica”, publicado primero en el *Boletín Informativo de la Inspección de Trabajo*, n. 4, 1983; y después en la *Revista de Política Social*, n. 143, 1984.

- Palomeque López, M. C. y Álvarez De La Rosa, M., *Manual de Derecho del Trabajo*, Ceura, Madrid, 17ª edición, 2009.
- Pérez Amorós, F., “Retos del Derecho del Trabajo del futuro”, *Revista de Derecho Social*, n. 32, 2005.
- Perulli, A., *Diritto del Lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, condici di condotta e commercio internazionale*, Cedam, Padova, 1999.
- Pizzorusso, A., *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Giappichelli (Quaderni del Dip. Di Diritto Pubblico dell'Università di Pisa), Turín, 2008.
- Ramos Quintana, M. I., “Inmigración y globalización económica ¿Un lugar para el Derecho del Trabajo?”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 63, 2006.
- Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M., “Los movimientos migratorios y la globalización: dimensión europea”, *Relaciones Laborales*, n. 15, 2009.
- Sanguineti Raymond, W., *Derecho del Trabajo. Tendencias contemporáneas*, Ed. Grijley, Perú, 2013.
- Valdés Dal-Ré, F., “La disciplina jurídica del mercado de trabajo: el caso español”, Cívitas, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 93, 1999.
- Valdés Dal-Ré, F., “Poder normativo del estado y sistema de relaciones: menos derechos pero más derecho y desigual”, *Relaciones Laborales*, n. 2, 2000.
- Valdés Dal-Ré, F., “*Soft law*, Derecho del Trabajo y orden económico globalizado”, *Relaciones Laborales*, n. 4, 2005.
- Valdés Dal-Ré, F., “Las transformaciones de las fuentes del Derecho del Trabajo: una aproximación”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 25, n. 2, 2007.

Aspectos relevantes de la jubilación de los funcionarios y empleados de la administración pública nacional y los docentes en Venezuela

Atilio NOGUERA*
Ydangely TROPIANO**

RESUMEN: El trabajo se enfoca en el conocimiento enriquecedor de la jubilación en el ámbito de los funcionarios y empleados que prestan servicios en la Administración Pública Nacional en Venezuela, en especial al régimen de jubilación aplicable al personal docente adscrito al Ministerio del Poder Popular de Educación; en vista de la diversidad de regímenes surgidos en Venezuela, por lo cual no se ha logrado la unificación en igualdad de condiciones para los trabajadores del sector público y por lo tanto su extensión al sector privado; haciendo distinción de las normas que los regula, y la compatibilidad de la percepción de dos jubilaciones o pensiones por el desempeño de un cargo administrativo y de docencia; conforme a criterios doctrinales y los emanados de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia donde se ha descrito la jubilación como un derecho social, irrenunciable pero prescriptible en el tiempo, vitalicio y económico.

Palabras clave: Jubilación, funcionarios y empleados de la Administración Pública, docentes del Ministerio del Poder Popular de Educación.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Noción del derecho social a la jubilación. 2.1. Tipos de jubilaciones. 2.2. Sueldo base para la jubilación. Reajuste del monto de jubilación 3. Reingreso del jubilado. Los supuestos del órgano receptor que acoge a un funcionario jubilado que reingresa a la Administración Pública. 3.1. Los supuestos del órgano receptor que acoge a un funcionario jubilado que reingresa a la Administración Pública. 4. Prescripción de la acción de jubilación. 5. Jubilación del docente. 5.1. Doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en relación desempeño de un cargo remunerado como profesor es compatible con la condición de jubilado. 6. Legislación en materia de jubilación, y aplicabilidad de contratos o convenios colectivos. 7. Contexto económico social de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Administración Pública Nacional, de los Estados y los Municipios. 8. Conclusión. 9. Bibliografía.

* Doctor de la Universidad Nacional Experimental de la Fuerza Armada Nacional. Profesor en la Universidad Central de Venezuela.

** Doctora de la Caribbean International University. Profesora en el Instituto Universitario de Mercadotecnia Extensión.

1. Introducción

Con la Constitución de 2000²⁵⁹, se sustituye el anterior sistema de seguridad por otro modelo, que de manera integral garantice tanto a los trabajadores, a su grupo familiar y a las personas en general atención frente a las diversas contingencias que pudiera surgir en la vida.

Este sistema engloba una serie de regímenes prestacionales que están normalizados por unas Leyes especiales contempladas en la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social²⁶⁰.

Es por ello que resulta necesario destacar que el régimen que regulariza las jubilaciones en general se encuentra contemplado en el artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no obstante su procedimiento de aplicabilidad para los funcionarios, funcionarias, empleados y empleadas que prestan servicios en la Administración Pública, hasta tanto no se apruebe la Ley del Régimen Prestacional de Pensiones y Otras Asignaciones Económicas, el beneficio de jubilación y pensión será otorgada mediante las directrices establecidas en la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias, Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios²⁶¹, y el Reglamento²⁶². Igualmente lo contempla la disposición transitoria primera de la Ley de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público²⁶³.

De este modo, el presente trabajo tiene por finalidad desarrollar algunos de los aspectos más importantes contenidos en la Ley que regula esta materia, haciendo referencia con la jubilación de los docentes que prestan

²⁵⁹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Extraordinaria n. 5. 453, del 24 de Marzo de 2000.

²⁶⁰ Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n. 39.912, del 30 de Abril de 2012.

²⁶¹ Reforma Parcial Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n. 5.976 extraordinaria, del 24 de Mayo de 2010.

²⁶² Reglamento de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Administración Pública Nacional, de los Estados y los Municipios, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela n. 36.618, del 11 de Enero de 1999.

²⁶³ Ley de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n. 39.592 del 12 de Enero de 2011.

servicios en la Administración Pública, por medio de las doctrinas emitidas por parte del Ministerio con competencia en la materia, y las diversas Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

Este artículo no abarca las pensiones del seguro social obligatorio, así como también de las pensiones de invalidez y sobreviviente que contempla la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias, Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios.

2. Noción del derecho social a la jubilación

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia²⁶⁴, ha contemplado en cuanto a la noción de la jubilación, que está comprendida como un derecho constitucional a la seguridad social, reconocida en el artículo 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. De este modo, el derecho de la jubilación comprende aquella pensión de vejez que se le otorga a la persona que haya cumplido con los requisitos de edad y años de servicios, en virtud que su espíritu, es garantizar la calidad de vida del funcionario público una vez que es jubilado²⁶⁵⁻²⁶⁶.

Igualmente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia²⁶⁷, ha establecido que la jubilación forma parte del sistema de seguridad social que tiene como función garantizar la obtención de los medios económicos suficientes para cubrir las necesidades básicas de los ciudadanos titulares de dicho derecho.

La norma²⁶⁸ acopla dentro del ámbito de aplicación a los siguientes organismos: los Ministerios y demás organismos de la Administración Central de la República; la Procuraduría General de la República; el Consejo Nacional Electoral; la Defensoría del Pueblo; los estados y sus organismos descentralizados; los municipios y sus organismos descentralizados; los Institutos Autónomos y las empresas que tenga por

²⁶⁴ Sentencia n. 3.476 de fecha 11-12-2003.

²⁶⁵ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia n. 238 de fecha 20-02-2003.

²⁶⁶ Zuleta de Merchán, C., *Derecho Constitucional del Trabajo*, n. 21, Tribunal Supremo de Justicia, 2006.

²⁶⁷ Sentencia n. 1.457 de fecha 27-07-2006, (Carmen Zuleta de Merchán, *Visión de Género en la Doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*, n. 27, 2008).

²⁶⁸ Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias, Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional.

lo menos un 50% de su capital; las Fundaciones del Estado, las personas jurídicas de Derecho Público con forma de sociedades anónimas; y los demás entes descentralizados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios.

No obstante por sentencias emitidas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia²⁶⁹, están exceptuados de esta normativa, los órganos con autonomía funcional, es decir, aquellos creados por la Constitución, como son el Ministerio Público, en virtud que se rige de acuerdo a la Ley de la materia y por el Estatuto Personal, y la Contraloría General de la República, que igualmente su derecho de jubilación está previsto en su Estatuto Personal. Asimismo, debemos incluir a los funcionarios pertenecientes al Servicio Exterior del Ministerio del Poder Popular de Relaciones Exteriores, en razón de estar sometidos a la Ley de Servicio Exterior²⁷⁰.

Ahora bien, en caso de los contratados que se rigen por la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras²⁷¹, que prestan servicios en la Administración Pública, pero que no hayan prestado nunca servicios como funcionario público, es criterio del Ministerio de Planificación y Desarrollo²⁷², opinión emitida al Ministerio de Finanzas; que dichas personas tienen derecho a ser acreedoras del otorgamiento de la jubilación, en razón que aquellas personas que prestan servicios a la Administración Pública, mediante contrato, se asimilan a los empleados que como beneficiarios de jubilación, establece la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias, Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y los Municipios.

Por consiguiente, es afirmativo para el Ministerio citado la procedencia de este beneficio para los trabajadores que en su condición de empleados, por medio de contrato de trabajo, siempre y cuando hayan alcanzado los requisitos que exigen los artículos 1,2, 3 y 10 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias, Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y los Municipios.

²⁶⁹ Sentencia n. 03 de fecha 25-01-2005.

²⁷⁰ Ley de Reforma Parcial de la Ley de Servicio Exterior, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n. 38.241, del 02 de Agosto de 2005.

²⁷¹ Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Extraordinaria n. 6.076 del 7 de Mayo de 2012.

²⁷² Oficio DGCYS n. 1180 de fecha 27 de septiembre de 2004.

Dicho criterio deviene, que el artículo 2 de la referida Ley²⁷³ hace referencia a un grupo de órganos, entes y entidades territoriales cuyos trabajadores están sometidos a regímenes legales diferentes al estatutario funcional de Derecho Público, como el caso de las fundaciones y empresas del estado que sus relaciones laborales se rigen a través del régimen común previsto en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

2.1. Tipos de jubilaciones

La jubilación se clasifica en tres grupos, que son: derecho u ordinaria; excepcional; y especial.

La jubilación ordinaria, es aquella jubilación que por derecho han sido obtenida por los funcionarios o empleados al servicio de los órganos o entes de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, que se otorga una vez cumplidos los requisitos establecidos en la Ley que regula la materia²⁷⁴.

De este modo, el funcionario o empleado para que pueda pasar del servicio activo a la condición de jubilado se requiere que cumpla con los requisitos de edad y tiempo de servicios establecidos en las normativas que regula la materia²⁷⁵.

En este sentido, en el artículo 3 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias, Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, se establecen que el derecho de la jubilación se adquiere:

- a) Cuando el funcionario haya alcanzado la edad de sesenta años, si es hombre; o de cincuenta y cinco años, si es mujer, siempre que hubiera cumplido por lo menos veinticinco años de servicios;
- b) Cuando el funcionario haya cumplido treinta y cinco años de servicio, independientemente de la edad.

Sin embargo, si el funcionario o empleado no reúne la edad límite para ser acreedor de la jubilación, pero tiene en exceso los años de servicios a veinticinco, serán tomados como si fuera años de edad.

²⁷³ Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias, Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y los Municipios.

²⁷⁴ *Ídem.*

²⁷⁵ Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia n. 00291 de fecha 09-0-2006.

Asimismo se tomará en cuenta para el cómputo de la antigüedad, los años de servicios prestados en la Administración Pública, en forma interrumpida o no, como funcionario, obrero o contratado, siempre que las horas de trabajo diario sean al menos igual a la mitad de la jornada ordinaria del organismo donde se prestó el servicio. La fracción de ocho meses se computa como un año de servicios.

También, para que nazca el derecho a la jubilación, el funcionario o empleado debe haber efectuado no menos de sesenta cotizaciones mensuales, es decir, el trabajador cotiza 1%, 2% ó 3% de su remuneración mensual y patrono aporta una cotización igual porcentaje²⁷⁶; en caso contrario deberá contribuir con una suma única necesaria para completarla, que será deducida de sus prestaciones sociales o de la pensión de jubilación que reciba.

En cambio la jubilación excepcional, es aquella contemplada en el artículo 5 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, mediante la cual el Presidente de la República en Consejo de Ministros, establece los requisitos de edad y tiempo de servicios distintos a los previstos para la jubilación ordinaria, para aquellos organismos o categorías de funcionarios o empleados que por las características de los servicios o riesgo para la salud, así lo justifiquen; por ejemplo está el Decreto n. 2569 del 7 de diciembre de 1988, relacionado al reglamento sobre el Régimen de Jubilaciones del Personal de Controladores Aéreos; y el Decreto n. 2745 del 7 de enero de 1993, referente al Régimen Especial de Jubilaciones y Pensiones de los Servicios de Inteligencia y Prevención del Ministerio de Relaciones Interiores²⁷⁷.

Por otra parte, la jubilación especial es aquella que puede otorgar el Presidente de la República cuando circunstancias excepcionales así lo justifiquen; los cuales en la actualidad dicha facultad de otorgamiento esta atribuida a la Vicepresidencia de la República, a través de quien la preside.

Por lo tanto, en cuanto a la jubilación especial, la ley contempla los requisitos que están sujetas, las cuales son:

1. Requiere un tiempo de servicios superior a quince años.
2. Se exige el cumplimiento de una circunstancia excepcional que la justifique
3. Su otorgamiento se realizará mediante Resolución motivada que se

²⁷⁶ Artículo 3 del Reglamento de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Administración Pública Nacional, de los Estados y los Municipios

²⁷⁷ Ramos, M., *Ley del Estatuto de la Función Pública*. S/E. Caracas, Venezuela, 2006.

publicará en la Gaceta Oficial.

Respecto a las circunstancias excepcionales, el Instructivo n. 4107 de fecha 28 de noviembre de 2005²⁷⁸, que establece las Normas que regulan la Tramitación de las Jubilaciones Especiales para los Funcionarios y Empleados que prestan servicios en la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal y para los Obreros dependientes del Poder Público Nacional, determinó las respectivas circunstancias que motiva la jubilación especial, en este sentido:

1. Enfermedades graves, dictaminadas en el respectivo informe médico, que impidan permanentemente el normal desempeño de funciones.
2. Situaciones sociales graves derivadas de cargas familiares debidamente avaladas por el respectivo informe social, en el cual se especifique que la circunstancia que genera tal situación depende exclusivamente del funcionario a quien se pretende otorgar el beneficio. Asimismo, se comprende como ejemplo como situación social la avanzada edad del funcionario.

No obstante, además de las circunstancias excepcionales antes indicada, se incluye como otra causal de procedencia de jubilación especial, cuando un organismo se encuentra en un proceso de supresión y liquidación, o en reestructuración y reorganización. Ejemplo: Instituto Nacional de Vivienda (INAVI), Fondo Nacional de Desarrollo Urbano (FONDUR), contemplado en la Ley de Régimen Prestacional de Vivienda²⁷⁹; y Consejo Nacional de la Cultura (CONAC) mediante Decreto n. 6.042, publicado en Gaceta Oficial n. 38.928 de fecha 13-05-2008.

En este caso, las personas que intervienen en los Servicios de Juntas o Comisiones Liquidadoras de entes públicos, conforme al criterio del Ministerio de Planificación²⁸⁰, opinión emitida al Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales²⁸¹, son meritorias de la Jubilación, en vista que existe una relación funcional que los une como servidores con la Administración Pública, y por ende son sujetos pasivos del régimen de jubilación.

Dicha fundamentación surge, a que las actividades que desempeñan y las responsabilidades que asumen son de naturaleza pública, cuya similitud se

²⁷⁸ Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n. 38.323. Noviembre 28, 2005.

²⁷⁹ Ley de Régimen Prestacional de Vivienda, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n. 5.867 Extraordinario, del 28 de Diciembre de 2007 (derogada).

²⁸⁰ Oficio DGCYS n. 340 de fecha 16 de marzo de 2004.

²⁸¹ Ahora se identifica Ministerio del Poder Popular para Vivienda, Hábitat y Ecosocialismo.

acopla a las que desarrollan los empleados que participan en estos procesos de intervención o extinción de organismos del estado; siendo que el organismo encargado de otorgar la jubilación es el órgano de adscripción del instituto respectivo, en razón quién es que ejerce las funciones de control y supervisión sobre las juntas o comisiones de liquidación.

Aspectos que debemos considerar, de lo comentado anteriormente, es que las circunstancias excepcionales no son concurrentes; la motivación que justifica la jubilación debe quedar especificada en la respectiva Resolución; y la aprobación de las jubilaciones especiales a los obreros al servicio de la Administración Pública Nacional, según lo dispuesto en el artículo 5° del Plan de Jubilaciones que se Aplicará a los Obreros al Servicio de la Administración Pública Nacional. Aprobada la jubilación, el organismo de origen hará la tramitación administrativa correspondiente y lo notificará, mediante resolución motivada, al beneficiario de la misma.

Ahora bien, el funcionario o empleado no puede adquirir y disfrutar de dos jubilaciones, al contrario en caso que el funcionario o empleado solicite la jubilación especial, pero la Oficina de Recursos Humanos se percata que la persona reúne los requisitos para ser acreedor de la jubilación ordinaria, está se otorgará con preferencia; por lo tanto solamente se puede disfrutar de una jubilación, que comprenderá aquella que más beneficie al funcionario o empleado.

Igual situación por sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia n. 00016 de fecha 14-01-2009, la jubilación prevalece sobre la remoción de un funcionario o el despido de un empleado, es decir, si el organismo ordena dar finalizado el vínculo con el funcionario, y se percata que este reúne los requisitos para el goce de la jubilación, dicho otorgamiento privilegia por encima de remoción, retiro o despido.

Ahora bien, en caso que al funcionario o empleado se le haya aplicado la pensión de invalidez, que contempla la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias, Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, pierde el derecho de la jubilación tanto ordinaria como la especial.

2.2. Sueldo base para la jubilación. Reajuste del monto de jubilación

A los efectos de la jubilación se toma en cuenta: a) sueldo básico, b) las

compensaciones por antigüedad, y c) servicio de eficiencia²⁸²⁻²⁸³. Sin embargo, quedan excluidas, las primas de transporte, residencia, por hijos, y cualquier otro concepto que no se base en factores de antigüedad y servicio de eficiencia, aun cuando sea de carácter permanente.

No obstante, la Sala Constitucional en sentencia n. 949 de fecha 16-06-2008; criterio acogido por la Sala Político Administrativa en sentencia 00781 de fecha 09-07-2008 y la Sala de Casación Social en sentencia 0223 de fecha 16-3-2010, han determinado que el sueldo base para el cálculo de la pensión de la jubilación, debe ser realizada sobre la base de los últimos sueldos que percibió el beneficiario de la misma, y no puede ser inferior al salario mínimo urbano²⁸⁴⁻²⁸⁵, quedando excluida la alícuota del bono vacacional y las utilidades.

Además, la Jubilación no puede exceder de un 80% del sueldo base, no obstante el artículo 13 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias, Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, consagra que el monto de la jubilación podrá ser revisado periódicamente, tomando en cuenta el nivel de remuneración que para el momento de la revisión tenga el último cargo que desempeñó el jubilado²⁸⁶. El monto de la Jubilación se calcula en base a todos los años de servicios prestados en la administración pública²⁸⁷.

Es opinión de la Sala Constitucional en sentencia n. 5 de fecha 23-01-08 (Empresa CVG Industria Venezolana de Aluminio, C.A., (VENALUM)), que cuando se reajusta el monto de la pensión al jubilado, no se tomará en cuenta la evaluación por desempeño, en razón en que dicho concepto no

²⁸² Artículo 6 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias, Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios.

²⁸³ Artículo 15 del Reglamento Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios y Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios.

²⁸⁴ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia n. 03 de fecha 25-01-2005.

²⁸⁵ Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia 1360 de fechas 23-11-10.

²⁸⁶ *Véase*. Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia n. 1.209 de fecha 31-07-2006, Expediente n. 06-257 (Juan Rafael Perdomo, Doctrina de la Sala de Casación Social, Julio 2006-Julio 2007, Colección Doctrina n. 24, 2007, que establece que las pensiones por jubilación deben ajustarse a medida de que el salario base se le incluyan los incrementos salariales dados por la empresa al personal jubilado).

²⁸⁷ Artículo 16 del Reglamento Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios y Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios.

pueden considerarse como parte del salario básico, en virtud que el salario se refiere es al “*salario fijo previsto para el cargo o la función realizada por el trabajador, referido a una jornada de trabajo, sin ninguna adición (...)*”²⁸⁸.

El criterio de la referida Sala es en razón, que la evaluación de desempeño tiene un carácter eminentemente personal (*intuitu personae*) que sólo es posible aplicar a los trabajadores activos con el propósito de determinar, en cada caso, las condiciones de eficiencia, es decir, la cantidad y la calidad del servicio prestado, así como precisar, cómo ha cumplido el trabajador los objetivos de la etapa, las responsabilidades y funciones del puesto de trabajo, contribuyendo a satisfacer las necesidades de la empresa.

Igual sentido debemos referirnos, cuando el organismo realiza aumentos a su personal por concepto de evaluación, y el trabajador no se encuentra activo producto de un procedimiento administrativo de estabilidad, en virtud que la relación de trabajo se encuentra suspendida²⁸⁹.

De este modo, además de la pensión, el jubilado tendrá derecho en recibir una bonificación de fin de año, que será calculada de la misma forma que los funcionarios activos; salvo lo que establezca el contrato colectivo, por motivo que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia²⁹⁰, ha establecido que las asociaciones de jubilados y pensionados, tiene la posibilidad de participar en las discusiones sindicales y exigir a los sindicatos la inclusión de sus propuestas, sean de carácter económico y social, en la negociación de la contratación colectiva.

Al respecto indicamos como ejemplos referenciales de la participación de los jubilados y pensionados, el Contrato Colectivo de los Institutos Universitarios de Educación Superior y la Convención Colectiva Marco de los Obreros de la Administración Pública Nacional, en la cual dicha contratación contempla disposiciones económicas que se acordó ser extensibles a los jubilados.

Por otra parte, este régimen de jubilación no es incompatible con el régimen de contingencias y prestaciones previstas en la Ley del Seguro Social²⁹¹; resultando que un jubilado puede gozar a su vez de una pensión de vejez, al cumplir con los requisitos que contempla la Ley del Seguro Social.

²⁸⁸ Véase. Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia n. 106 del 10 de mayo de 2000, caso: “*Gaseosas Orientales, S.A.*”.

²⁸⁹ Véase. Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia n. 1413 de fecha 2-12-2010, caso CANTV.

²⁹⁰ Sentencia n. 03 de fecha 25-01-2005.

²⁹¹ Reforma de la Ley del Seguro Social, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n. 39.912, del 30 de Abril de 2012.

3. Reingreso del jubilado. Los supuestos del órgano receptor que acoge a un funcionario jubilado que reingresa a la Administración Pública

En principio el jubilado no puede reingresar a prestar servicios en los organismos *supra* indicados, salvo: a) cuando se trata de cargos de libre nombramiento y remoción, de los previstos en los artículos 20 y 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública²⁹²; y b) si desempeña cargos de similar jerarquía en organismos no regidos por la Ley del Estatuto de la Función Pública, como cargos académicos, accidentales, docentes y asistenciales²⁹³.

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia²⁹⁴, ha puntualizado ciertos aspectos, como:

1. Cuando un jubilado inicie una relación de trabajo bajo la figura de contratado, por algunos de los organismos identificados, no está reingresando a la Administración, en razón: a) que no está ocupando un cargo público, y b) no está ejecutando funciones públicas.
2. Funcionario jubilado que reingresa, se le suspende el pago de la jubilación
3. Mientras ocupe el cargo no está obligado a cotizar por concepto de jubilación.
4. Cuando el funcionario egrese del organismo, se le restituye el pago de la jubilación, y se recalculará en base al sueldo percibido en el último cargo (al momento de jubilarse), y por el nuevo tiempo de servicio prestado. En este orden de ideas, el Ministerio de Planificación y Desarrollo²⁹⁵ mediante oficio DGCYS n. 1116 de fecha 09 de octubre de 2003 Ministerio de Energía y Minas, contempló que la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Administración Pública Nacional, de los Estados y los Municipios, en el artículo 13, otorga la facultad a la Administración de revisar periódicamente los montos de la jubilación, aún a los funcionarios inactivos.

²⁹² Ley del Estatuto de la Función Pública, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n. 37.522, del 6 de Septiembre de 2002.

²⁹³ Artículo 12 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias, Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios.

²⁹⁴ Sentencias nn. 1022, 00106 y 1321 de fechas 31-07-2002, 30-01-2007, y 10-12-2010.

²⁹⁵ Ahora Ministerio del Poder Popular de Planificación.

3.1. Los supuestos del órgano receptor que acoge a un funcionario jubilado que reingresa a la Administración Pública

Todo organismo deberá, conforme la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia n. 165 de fecha 02-03-2005, lo siguiente:

- a) Asumir los complementos o la totalidad de la jubilación previamente acordada, si así expresamente lo reconoce su estatuto.
- b) El funcionario conserva el derecho de percibir las prestaciones por concepto de antigüedad. De conformidad con la normativa aplicable, corresponde al órgano en el cual prestó sus servicios, salvo el supuesto de pagos previos por otros organismos y no aquél en el cual se le otorgó la jubilación.
- c) De asumir el ente u órgano en el cual reingresa un particular jubilado, el pago de la pensión de jubilación; comporta que la pensión anterior se extinga.

En caso del órgano o ente de la Administración Pública que originalmente otorgó la jubilación y que asume los pagos de pensión, el derecho del trabajador de percibir las prestaciones correspondientes por concepto de antigüedad, corresponde satisfacerla al órgano o ente en el cual prestó sus servicios y no aquél en el cual se le otorgó la jubilación; sin embargo, el recalcu sobre la base del último salario procede siempre y cuando la participación como trabajador activo no sea consecuencia de la ocupación de un cargo como contratado en la Administración.

En el supuesto que el estatuto interno del órgano o ente receptor contemple alguna normativa que prohíba asumir los complementos o la totalidad de la jubilación previamente acordada, el órgano u ente que otorgó la jubilación, necesariamente debe asumir la correspondiente variación que se produzca como resultado de reingreso del funcionario a la Administración.

Ahora, en la situación que la normativa interna de ambos entes u órganos (receptor y el que originalmente acordó la jubilación), excluyan la posibilidad de asumir cualquier variación a causa del reingreso del jubilado a la Administración Pública, será considerada contraria al ordenamiento jurídico constitucional que rige el derecho a la seguridad social. En consecuencia es de carácter obligatorio la variación por concepto de complemento, la cual la asumirá el organismo que otorgó la jubilación.

4. Prescripción de la acción de jubilación

Disuelto el vínculo de trabajo en virtud de haber adquirido y/o habersele reconocido al funcionario y empleado su derecho a la jubilación, entre las partes-jubilado y ex patrono, media un vínculo de naturaleza no laboral, que se califica en consecuencia como civil, por consiguiente se hace aplicable el artículo 1980 del Código Civil²⁹⁶, que señala que prescribe a los 3 años todo cuanto debe pagarse por años o por plazos periódicos más cortos²⁹⁷. Sin embargo, procede la figura de renuncia de prescripción conforme los artículos 1954 y 1957 del Código Civil²⁹⁸.

5. Jubilación del docente

Al respecto, Grisanti²⁹⁹ especifica que los miembros del personal docente al servicio del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte han sido considerados como funcionarios públicos³⁰⁰. Este mismo criterio es aplicable para los docentes dependientes de los Municipios. En lo que respecta al estatuto de los docentes, resultan aplicables, en primer término, las normas contenidas en la Ley Orgánica de Educación³⁰¹ y su Reglamento, el Reglamento del Ejercicio de la Profesión Docente³⁰²; y en segundo lugar, de manera supletoria, la Ley del Estatuto de la Función Pública.

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencias nn. 01699 y 00979 de fechas 24-10-2007 y 13/08/2008, estableció que los docentes al servicio de la Administración Pública, a través del Ministerio del Poder Popular para la Educación son funcionarios públicos, por lo tanto se encuentran amparados por el

²⁹⁶ Código Civil, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela n. 2.990, del 26 de Julio de 1982.

²⁹⁷ Véase. Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, sentencias nn. 138, 0138 y 0693 de fechas 29-05-2000, 2-03-2010 y 29-06-2010.

²⁹⁸ Véase. Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia n. 1660 de fecha 14-12-2010.

²⁹⁹ Grisanti, R., *Las Peculiaridades del Régimen Jurídico de los Funcionarios públicos en el ámbito Municipal*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Táchira-Venezuela 2008, pp 145-146.

³⁰⁰ Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 28 de septiembre de 2001.

³⁰¹ Ley Orgánica de Educación, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n. 5.929 Extraordinario, del 15 de Agosto de 2009.

³⁰² Reglamento del Ejercicio del Profesión Docente, publicada en la Gaceta Oficial de Venezuela, Extraordinario n. 5.496 del 31 de Octubre de 2000.

conjunto de derechos y deberes contemplado en la Ley del Estatuto de la Función Pública; criterio este adaptado por el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región de los Andes en fecha 26-01-2010, Expediente n. 7919-2010.

En tal sentido, a los docentes adscritos al Ministerio del ramo (educación) igualmente es procedente la Ley del Estatuto de la Función Pública por motivo de prestar servicios a un órgano de la administración.

Por consiguiente, a estos docentes en materia de jubilación se regirán conforme la Convención Colectiva, y la Ley Orgánica de Educación, y en materia supletoria la Ley del Estatuto de la Función Pública. La Ley Orgánica de Educación en su artículo 42, estipula los años que debe reunir el docente para adquirir este derecho que son veinticinco años, y el porcentaje de salario que es un monto del cien por ciento del sueldo.

Situación distinta, son los docentes que prestan servicios para universidades nacionales, ellos se rigen por la Ley de Universidades³⁰³ en su artículo 102, que señala taxativamente los requisitos que debe reunir el docente e investigador, para poder adquirir este derecho; en este sentido, el miembro de personal docente e investigación debe cumplir veinte años de servicios y tener 60 o más años de edad, o también aquellos de cualquier edad que hayan cumplido 25 años de servicios; y el Reglamento Especial de Jubilaciones y Pensiones establecerá las condiciones y límites necesarios para su ejecución.

Es importante, que lo expuesto se complemente con la sentencia de la Sala Político Administrativo n. 00016 de fecha 14-01-2009, en referencia a un docente que prestaba servicios en la Universidad Nacional Abierta, se le niega la pensión de invalidez por gozar de una pensión de jubilación del Ministerio del Poder Popular para la Educación.

A tal efecto, la referida Sala comenta que si bien la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social³⁰⁴ en su artículo 70, prohíbe en concordancia con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 148, la percepción de más de una jubilación o pensión, salvo en los casos expresamente señalados en la ley; no obstante la Sala menciona algunos ejemplos donde se declaró procedente el goce de dos jubilaciones, como fue la sentencia del caso: Elsa Martínez de Aguirre contra el Rector de la Universidad de Carabobo, Expediente n. 94-15781 de fecha 11-06-1996, que se estableció la posibilidad de disfrute simultáneo de dos jubilaciones, la primera otorgada por el ejercicio de un cargo asistencial y

³⁰³ Ley de Universidades, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela n. 1.429, Extraordinario, del 08 de Septiembre de 1970.

³⁰⁴ Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n. 39.912, del 30 de Abril de 2012.

la segunda por un cargo administrativo, siempre y cuando el funcionario haya cumplido los requisitos que las hacen procedentes; la otra fue la opinión emitida por la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República en el año 2000, en relación a la compatibilidad de la percepción de dos jubilaciones: una como Magistrado de la extinta Corte Suprema de Justicia y la otra en el ejercicio de un cargo docente en la Escuela de Formación de Oficiales de las Fuerzas Armadas de Cooperación; y por último la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia n. 471 de fecha 28-03-2008, que sostuvo que el disfrute de una pensión de jubilación otorgada por una empresa del estado conjuntamente con la remuneración proveniente de un cargo docente en una institución universitaria es admisible.

Ahora bien, en base a la sentencia analizada de la Sala Político Administrativa se refleja que el actor luego de haber sido otorgada una pensión de jubilación por el Ministerio de Educación, continuó laborando como docente convencional en la Universidad, donde se le sobrevino una enfermedad que lo incapacitó de manera permanente, lo cual solicitó a la casa de estudios la pensión de invalidez, por motivo que el actor cotizaba el fondo de pensiones y jubilaciones por medio de una normativa interna aprobada por el Consejo Nacional de Universidades.

En base de lo anterior, la Sala consideró que el goce concurrente de una jubilación y de una pensión de invalidez, ambas por desempeño docente, no es una vulneración de la norma constitucional y legal, más aún cuando se constata que el actor cotizaba para un sistema alternativo de seguridad social.

5.1. Doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en relación desempeño de un cargo remunerado como profesor es compatible con la condición de jubilado

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha señalado que el ejercicio de un cargo académico constituye una de las excepciones dispuestas por el constituyente a la prohibición constitucional³⁰⁵, de que nadie puede desempeñar simultáneamente dos cargos públicos, aunado al hecho de que el ejercicio de ambos cargos no representaba en modo alguno un perjuicio para el Estado.

³⁰⁵ Artículo 148 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ante esta situación, se comparte el criterio de la citada Sala, en razón que el artículo 46 del Reglamento Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Administración Pública Nacional, de los Estados y los Municipios, que contempla que la jubilación adquirida por una persona fue otorgada por una Ley distinta a la Ley del Estatuto, el jubilado puede reingresar a prestar servicios, y en este caso el pago de la pensión no será suspendida, siendo que la pensión obtenida ejerciendo funciones como docente es conferida por una Ley especial, que no guarda relación con la Ley del Estatuto.

6. Legislación en materia de jubilación, y aplicabilidad de contratos o convenios colectivos

En sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia³⁰⁶⁻³⁰⁷, expresó que es la Asamblea Nacional quien tiene la atribución de normalizar en materia de seguridad social; incluso la jubilación del funcionario público sea de carrera o de elección, conllevando la desaplicación de ordenanzas, reglamentos internos de organismos que hayan regulado este beneficio para sus empleados; criterio que ha sido acogido por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia³⁰⁸.

Igual sentido, en sentencia de interpretación de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, publicado en la Gaceta Oficial n. 39.188 de fecha 28-05-2009, se estableció que por medio del artículo 27 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Administración Pública Nacional, de los Estados y los Municipios, se permite la ampliación de los beneficios en materia de pensiones y jubilaciones a través de contratos o convenios colectivos, sin embargo los contratos o convenios suscritos en fecha posterior a la entrada en vigencia de la Ley del Estatuto, y en los que se pacten regímenes de jubilaciones y pensiones, para ser válidos y exigibles

³⁰⁶ Sentencia n. 359 de fecha 11-05-2000, (Carmen Zuleta de Merchán, Derecho Constitucional del Trabajo, Colección Doctrinal Judicial n. 21, 2006, Tribunal Supremo de Justicia).

³⁰⁷ Ratificadas en sentencias n. 4648 de fecha 14-12-2005 y n. 433 de fecha 26-03-2008 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

³⁰⁸ Sentencia n. 05 de fecha 16-01-2002, Expediente n. 01-460 (Juan Rafael Perdomo, Repertorio de Jurisprudencia, Colección Doctrinal n. 11, 2005, Tribunal Supremo de Justicia).

deben contar con la aprobación del Ejecutivo Nacional.

En consecuencia, aquellos contratos o convenios colectivos que regule el beneficio de jubilación o pensión y que entraron en vigencia antes de la reforma de la Ley del Estatuto, mantiene su aplicabilidad, en cambio los demás debe contar con la aprobación del Ejecutivo Nacional.

7. Contexto económico social de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Administración Pública Nacional, de los Estados y los Municipios

Camba y Flores (2010), expresan ante un análisis de la protección de vejez en el marco de la economía mundial, que *“en el caso venezolano, a pesar de que su población aún sigue siendo calificada como joven, pues tal y como lo señala Barrera (2008), según datos del Instituto Nacional de Estadística para el 2007 se estimaba una población de 27.483.208 habitantes, cuya distribución por edad era de 29,1% de 0-14 años, 65,7% de 15-64 y 5,2% de 65 y más años, alcanzando para el 2015 una población de 31.017.064 habitantes, con una tasa de crecimiento estimada para el 2007 de 1,48%, demostrando así que Venezuela no escapa a esta realidad. De acuerdo al autor, la proporción de población joven con respecto a la población total, sigue siendo muy numerosa, aun cuando su tendencia es a disminuir, como resultado del lento aunque continuado descenso de la tasa de fecundidad, pues por razones de variada naturaleza las mujeres tienen menos hijos a medida que pasan los años, lo cual se ha hecho más evidente en las últimas décadas, trayendo como resultado un incremento relativo de la población mayor de 65 años de edad, que ya comienza a observarse”*.

De este modo, Camba y Flores, indica que para el año 2015, la población Venezolana se refleja joven, sin embargo son conducentes al señalar que existe la tendencia a reducir, en virtud de la disminución de la tasa de natalidad, lo cual ha generado un incremento de la población de tercera edad.

No obstante, a pesar de la proyección que expone Camba y Flores, en Venezuela según las últimas estadísticas del INE (Instituto Nacional de Estadísticas)³⁰⁹, hay una población proyectada a la fecha de más de 30 millones de personas y se proyecta al 2050 más de 40 millones con una población de 65 años o más de casi 2 millones de personas y proyectada al 2050 de más de 7 millones, en 2000 con más del 61% de población en edad de trabajar y se calculan casi 20 millones entre 15 y 64 años de edad para estas fechas, y 26 millones al 2050. La media de edad es de 21 a 24 años de edad en la actualidad, y de 25 a 31 años al 2050. Corresponde esta

³⁰⁹ Consultado: <http://www.ine.gov.ve/>, en fecha 17-12-2014.

población al sector público en más o menos 20% y 80% al sector privado.

En corolario a lo anterior, se interpreta que la población en Venezuela se mantiene joven y está en edad de trabajar; así como la proyección al 2050, también podemos observar un porcentaje alto de población en edad de trabajo, lo cual tiene un gran significado en referencia a la posibilidad de carga del Estado en cuanto al costo de la jubilación, y de las mismas personas aportantes.

Es de conocimiento en referencia con respecto a otros países (europeos) la sobrecarga que hay con respecto a las pensiones jubilaciones por el desnivel que se va produciendo cuando la población se va envejeciendo y la cantidad de población va disminuyendo, lo que trae como consecuencia una carga fuerte o desproporcionada, y este desbalance va produciendo que se modifiquen las “reglas de juego” normativas en donde se aumentan las edades o tiempos para el logro de las mismas.

Por consiguiente, Venezuela está calificada como un país que tiene una población joven y numerosa, lo cual es aprovechable para el incremento de la sustentabilidad de los recursos económicos para el otorgamiento del beneficio de jubilación por parte del Estado y los trabajadores, lo que permite su proyección para ser extensible a los trabajadores del sector privado; siempre y cuando se incremente las fuentes de empleo y calidad de vida, y de esa forma se equilibre el aumento de esperanza de vida del ser humano, lo cual en la actualidad ha sido afectado, como indica Camba y Flores, producto del avance de la tecnología, la disminución del índice de natalidad, la mayor prevalencia de enfermedades crónicas y el incremento de los gastos de salud; que ha generado la creación de desigualdades de regímenes de previsión social de jubilaciones, especialmente en cuanto al financiamiento, acceso a prestaciones y otorgamiento de beneficios.

8. Conclusión

La jubilación es aquel derecho que se le otorga a la persona que haya cumplido con los requisitos de edad y años de servicios, con el objeto de garantizar la calidad de vida del funcionario o empleado público, en este caso de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, una vez que es jubilado.

La pensión de jubilación dentro del principio de justicia social que concibe al derecho de trabajo y a la seguridad social, es de naturaleza alimentaria, siendo equiparable al salario mínimo, a los fines de permitir al funcionario

y empleado jubilado la satisfacción de sus necesidades esenciales y las de su núcleo familiar.

En consecuencia, la aplicación de evaluaciones por desempeño implica el ejercicio activo del cargo, lo cual no puede ser extensivo a los funcionarios y empleados jubilados, toda vez que éstos han perdido dicha condición, por lo que tales beneficios no pueden ser incluidos en la base de cálculo para la realización de los ajustes de las jubilaciones.

De este régimen quedan excluidos de su ámbito de aplicación, a los organismos o funcionarios cuyo régimen de jubilación se encuentra regulado en leyes nacionales, como son los integrantes de la Fuerza Armada (Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Nacionales), del personal del Servicio Exterior, y de los miembros del personal docente y de investigación de las universidades nacionales, sin embargo supletoriamente se aplican a los docentes adscritos al Ministerio del Poder Popular para la Educación en base a lo establecido por la Sala Constitucional y Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, por ser considerados funcionarios públicos que prestan servicios en la Administración Pública.

Por otra parte, la misma es de carácter obligatoria cuando el funcionario y empleado cumpla con los requisitos establecidos en la respectiva Ley, y por consiguiente el organismo público (oficina personal) debe tramitarla de oficio y someterla a la aprobación de la máxima autoridad del organismo, salvo que se trate de una jubilación especial, cuyo trámite es por iniciativa del funcionario y empleado interesado y su respectiva aprobación por parte del Vicepresidente de la República por delegación.

Asimismo, el Presidente de la República en Consejo de Ministros puede establecer requisitos de edad y tiempo de servicios distintos a los previstos para las jubilaciones especiales, por motivo de servicio o riesgos de salud, como por ejemplo los funcionarios y empleados que prestan servicios en medios insalubres o en determinadas circunstancias como medio ambiente que lo rodea o por las funciones que ejerce que tienda a producir un desgaste excesivo de la salud o una vejez prematura.

En virtud de lo anterior, debemos resaltar que el derecho de la jubilación nace de la relación laboral entre el funcionario, empleado y el ente público; por lo tanto en principio es la Institución mediante la cual el funcionario o empleado es titular del cargo, quien debe tramitar la respectiva solicitud de jubilación ante los organismos competentes, y además la institución es el que puede pasar el funcionario y empleado activo a jubilado, es decir retirarlo legítimamente de las actividades que desarrolla; sin embargo la normativa en materia de jubilación no incluye dentro del ámbito de aplicación a los trabajadores del sector privado, de

los cuales están excluidos y por lo tanto carecen en principio de este beneficio, a excepción de aquellos que lo adquiere por contrato colectivo. La adquisición de la jubilación o reajuste del monto de la pensión es un derecho irrenunciable, pero que es prescriptible si no se ejerce en un determinado tiempo, aplicándosele por analogía el lapso de tres años que establece el Código Civil en el artículo 1.980.

La Asamblea Nacional en representación del Poder Nacional, es quien tiene la potestad en materia de previsión y seguridad social, incluyendo en materia de jubilación del funcionario y empleado público, manteniéndose en vigencia los regímenes de jubilación y pensiones establecidos por medio de contrato colectivo o convenios, y en caso que sus beneficios sean inferiores deben equipararse a lo establecido en la normativa que regula la materia, sin embargo se requerirá la aprobación del Ejecutivo Nacional de aquellos contratos o convenios celebrados posteriormente en la entrada en vigor de la Ley del Estatuto, y donde se acuerden regímenes de jubilaciones y pensiones.

Que la población en Venezuela está calificada como joven y numerosa para el año 2015; así como la proyección al 2050, conforme el Instituto Nacional de Estadísticas, así como también un porcentaje alto de población en edad de trabajo, lo cual tiene un gran significado en referencia a la posibilidad de carga del Estado en cuanto al costo de la jubilación, y de las mismas personas aportantes; lo cual permite proyectar este beneficio en pro de los trabajadores del sector privado, siempre y cuando el Estado mantenga fuentes de empleo productivos y una mejor calidad de vida, que equilibre el aumento de esperanza de vida del ser humano; el cual se ha visto afectado producto del avance de la tecnología, la disminución del índice de natalidad, la mayor prevalencia de enfermedades crónicas y el incremento de los gastos de salud; que ha generado la creación de desigualdades de regímenes de previsión social de jubilaciones, especialmente en cuanto al financiamiento, acceso a prestaciones y otorgamiento de beneficios.

9. Bibliografía

Camba Trujillo, N. E y Flores Betancourt, R, G., “Protección Social al Adulto Mayor: Un análisis del ordenamiento jurídico venezolano”, *Gaceta Laboral*, v. 16. n. 1, Maracaibo, 2010.

Grisanti, R., *Las Peculiaridades del Régimen Jurídico de los funcionarios Públicos en el Ámbito Municipal*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Venezuela, 2008.

- Guerrero, Y., “Doctrina Contencioso Administrativa y Tributaria”, *Colección Doctrinal Judicial*, n. 25, Tribunal Supremo de Justicia, 2007.
- Perdomo, J. R., *Doctrina de la Sala de Casación Social Julio 2006-Julio 200*, n. 24, Tribunal Supremo de Justicia, 2007.
- Perdomo, J. R., *Repertorio de Jurisprudencia, Colección Doctrinal*, n. 11, Tribunal Supremo de Justicia, 2005.
- Ramos, M., *Ley del Estatuto de la Función Pública*, S/E, Caracas, Venezuela, 2006.
- Zuleta de Merchán, C., *Derecho Constitucional del Trabajo*, n. 21, Tribunal Supremo de Justicia, 2006.
- Zuleta de Merchán, C., *Visión de Género en la Doctrina de la Sala Constitucional*, n. 27, Tribunal Supremo de Justicia, 2008.

La obesidad como causa de despido: desde la perspectiva comunitaria

Rosa María PÉREZ ANAYA*

RESUMEN: La autora analiza la protección por la Unión Europea del principio de no discriminación por discapacidad y en especial de la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al reconocimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación. La conexión de la obesidad con los términos discapacidad y enfermedad justifica el análisis jurisprudencial del tratamiento y evolución que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea realiza en diversas sentencias sobre tales términos. Todo ello con la intención final de abordar si el despido de un trabajador obeso puede ser un acto discriminatorio.

Palabras clave: Obesidad, Discriminación, Discapacidad, Empleo, Tribunal de Justicia.

SUMARIO: 1. La promoción comunitaria del principio de no discriminación por razón de discapacidad. 2. Una aproximación al concepto de discapacidad. 3. La enfermedad como causa de discapacidad: al hilo de pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 4. La cuestión central: la obesidad como causa de discapacidad ¿una posible vía de protección por discriminación en el empleo? 5. Valoración final. 6. Bibliografía.

* Profesora Colaboradora Doctora de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla (España).

1. La promoción comunitaria del principio no discriminación por razón de discapacidad

Unos de los valores básicos que promulga la Unión Europea (en adelante UE) en su normativa es el principio de igualdad dedicándole distintos preceptos para su promoción y salvaguarda. Se trata, por tanto, de una constante tanto de Tratados Fundacionales como en normas de Derecho derivado aunque el ámbito subjetivo, e incluso, el contenido del reconocimiento ha resultado variable desde sus inicios si nos referimos a los textos legales que desde la Unión se les dedica.

Así, mientras que desde las instituciones de la UE se ha realizado un tratamiento central o neurálgico de la prohibición de discriminación por razón de sexo baste para ello, recordar que el principio de igualdad entre hombres y mujeres en materia salarial (art. 119) ya se recogía en el Tratado de la Comunidad Económica Europea (1957) a pesar de que tuviese un contenido más económico que social, respondiendo a la intención o finalidad que justificó la creación de la Comunidad Económica Europea. Este tratamiento preferente le ha llevado a proteger la igualdad entre hombres y mujeres en distintos ámbitos, entre los que se encuentra el ámbito laboral y concretamente: en el empleo y la ocupación; en la remuneración; en los regímenes profesionales de la Seguridad Social; entre otros³¹⁰.

Sin embargo, no se dispensa un tratamiento similar desde la Unión a otras causas de discriminación como la discapacidad, ya que no es hasta 1997 con el Tratado de Ámsterdam, cuando se incorpora a Tratados Fundacionales otras causas de discriminación, concretamente por razón de etnia, religión, discapacidad, edad y orientación sexual en art. 13 TCE. A pesar del avance que supuso este precepto respecto a la discriminación por otras causas hasta ahora inéditas en los Tratados Fundacionales, en el precepto no se establecía una prohibición general de discriminación por cualquiera de las causas citadas sino que en su texto (únicamente) se permitía al Consejo la adopción de medidas para la lucha contra cualquier discriminación que estuviese motivada en una de estas causas y siempre en

³¹⁰ Algunos apuntes en materia de discriminación por razón de género, por ejemplo: tras la Cumbre de París de 1972 se elaboró el Plan o Programa de Acción social (1974), que supuso una aproximación normativa en diversas materias de índole social entre las que se incluye la igualdad entre hombres y mujeres en diversos ámbitos. Esta promoción se materializó con la aprobación de diversas directivas dirigidas a esta causa, entre ellas: D 75/117 sobre igualdad en materia de retribución; D 76/207 sobre igualdad de trato en el acceso al empleo y trabajo, formación y promoción profesional y a las condiciones de trabajo; o la D 79/7 sobre igualdad en los regímenes legales de la Seguridad Social.

el ámbito de las competencias de la Unión³¹¹.

A partir de este texto normativo se incorpora a los Tratados Fundacionales el principio de no discriminación especificando idénticas causas incluidas en el Tratado de Ámsterdam, así se incorpora al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE versión consolidada 2012) en su artículo 10 que señala: “En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Admitiendo para ello la aprobación de acciones del Consejo y del Parlamento contra la discriminación por tales causas a través de un procedimiento legislativo especial en su art. 19.1 (antiguo art. 13 TCE)³¹². Ello supone que se convierte en objetivo prioritario de la UE la consecución desde sus propias instituciones de la plena igualdad entre sus ciudadanos permitiéndole aprobar acciones que permitan un elevado nivel de protección. Sin embargo, se trata de reconocimientos expresos de derechos que van a ser objeto de desarrollo por las instituciones de la Unión (concretamente el Consejo) en la medida que tales derechos aparezcan reconocidos en sus preceptos y siempre dentro de las competencias de la Unión. Todo ello, sin que se prohíba expresamente cualquier discriminación por cualquiera de las causas señaladas.

Finalmente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (versión consolidada 2010) (en adelante CDFUE) recoge en su articulado idénticas causas de discriminación en su art. 21 aunque añade otras causas específicas como características genéticas, orígenes sociales, lengua, opiniones políticas y patrimonio³¹³. La importancia de este texto en

³¹¹ Señalaba expresamente el art. 13 TCE: “Sin perjuicio de las otras disposiciones del presente tratado y dentro de los límites de las competencias que éste confiere a la Comunidad, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

³¹² Señala el art. 19.1 TFUE: “Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

³¹³ Señala el art. 21 CDFUE: “1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

materia de no discriminación es que incluye una prohibición general de discriminación a cuyo postulado añade seguidamente distintas causas entre las que se encuentra la discapacidad. Esta prohibición general de discriminación permitiría añadir otras causas a las ya enumeradas lo que supondría ampliar el ámbito subjetivo de la protección por discriminación³¹⁴. A pesar de este importante paso que pudo suponer el reconocimiento general de prohibición de discriminación que podría permitir como hemos señalado que otras causas no específicamente señaladas estuviesen igualmente protegidas; sin embargo, tal posibilidad debe ser rechazada ya que el TJUE no permite que se invoque dicho precepto (art. 21.1 CDFUE) para dar cabida a otras causas que en los Tratados Fundacionales no se especifican por no tratarse de competencias de la Unión. Así se manifiesta en la sentencia de 16 de junio de 2011, *Akerberg Fransson* (asunto C-617/10), en el apartado 22, señalando: “Cuando (...) una situación jurídica no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia no tiene competencia para conocer de ella y las disposiciones de la Carta eventualmente invocadas no pueden fundar por sí solas tal competencia”. También se hace eco de ello el Abogado General en el escrito de conclusiones de 17 de julio de 2014 apartado 19 del asunto C-354/13, admitiendo que el TUE en su art. 6 impide que la aplicación de la Carta pueda suponer una ampliación de las competencias que la UE tiene atribuida señalando que la Carta (art. 51.1), vincula a los Estados “cuando aplican el Derecho de la Unión” (apartado 20).

Centrándonos ya en el Derecho derivado existe desarrollo legal del principio de no discriminación por otras causas distintas a género en la D 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000 que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación, entre las que aparece la discapacidad. Ello, determina que la prohibición de discriminación relacionada con otras causas enumeradas en textos legales fundacionales se relegan a un segundo plano por la Unión, baste para ello apuntar que siguiendo el art. 13 TUE y actual 19 TFUE existe una única norma que la UE dedica al resto de causas para hacer efectiva esta lucha por la igualdad y que, además, dicha norma está dirigida únicamente a un solo ámbito, concretamente, a la igualdad en el empleo.

³¹⁴ Además, la CDFUE permite que las personas discapacitadas puedan ser destinatarias de determinadas medidas tanto por la UE en la esfera de sus competencias como por los Estados miembros tendentes a garantizar su integración y participación en la sociedad, como señala el art. 26: “La Unión Europea reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”.

El ámbito material de la protección de discriminación de cualquiera de las causas y, por tanto, de la discapacidad viene determinado en el art. 3.1 D 2000/78/CE³¹⁵; sin embargo, de todas las condiciones enumeradas en este precepto es el despido el principal acto discriminatorio que motiva la intervención del TJUE por razón de discapacidad³¹⁶. La promoción de la igualdad de trato por discapacidad en la Directiva incluye su protección frente a la discriminación directa, indirecta y el acoso (art. 2.2 y 2.3), de las cuales, es la discriminación directa por discapacidad la más se alegada ante el TJUE por su relación con el despido. Además, la protección que dispensa la Directiva a los discapacitados permite que los Estados miembros puedan adoptar medidas de acción positiva (art. 7.1).

Recordemos que esta Directiva es de aplicación al sector público y privado como señala el art. 3.1 y cualquier acto discriminatorio por razón de discapacidad implica la aplicación del art. 10.1, esto es, está sujeto a que los Estados adopten medidas necesarias para que la carga de la prueba del acto discriminatorio le corresponda al sujeto demandado.

A pesar de que el desarrollo normativo de la prohibición de discriminación a los discapacitados se reduce al contenido de la Directiva; no obstante debemos admitir, la creciente preocupación desde la Unión Europea hacia este colectivo que le ha conducido a llevar a cabo distintas acciones y programas dirigidos a promover su integración social³¹⁷.

³¹⁵ Señala el art. 3.1: “a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción; b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica; c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración; d) la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas”.

³¹⁶ La mayoría de las sentencias del TJUE por discapacidad analizadas están motivadas por despido por razón de discapacidad, entre otras: Sentencia TJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas (asunto C-13/05); Sentencia TJUE de 17 de julio de 2008, Coleman (asunto C-303/06); Sentencia TJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark (asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11); Sentencia TJUE de 18 de marzo de 2014, Z (asunto C-363/12); y la sentencia objeto de estudio Sentencia TJUE de 18 de diciembre de 2014, Kaltoft (asunto C-354/14).

³¹⁷ Entre otras podemos citar: el Programa de Acción Social de 21 de enero de 1974. La “Resolución sobre integración económica, social y profesional de los minusválidos en la Comunidad”, aprobada en el Parlamento Europeo para la integración de los minusválidos, en la que solicitaba a la Comisión, al Consejo y a los Estados Miembros que adoptaran las medidas necesarias para lograr una mayor integración de las personas con discapacidad, entre tales medidas se incluía la necesidad de aprobar una directiva de

Como hemos tenido ocasión de comprobar, la protección del principio de no discriminación no es igualitaria desde la Unión Europea ni cuantitativamente si tenemos en cuenta el número de normas que tienen como objetivo dicha protección, ni cualitativamente puesto que no coincide el ámbito material de la protección que a través de la normativa se les dispensa³¹⁸. A pesar de, como acabamos de señalar, la creciente preocupación por las instituciones de la Unión de dispensar una mayor protección a este colectivo tanto en desarrollo normativo como en ampliarla a otros ámbitos distintos al empleo³¹⁹.

Tras establecer a grandes rasgos la protección de la discapacidad por la normativa comunitaria, debemos hacernos eco del significado que las causas enumeradas expresamente en las distintas normas tienen para el TJUE, cuestión que se ha planteado en algunas ocasiones al mismo tribunal a través de cuestiones prejudiciales. En relación a si otras causas de discriminación no enumeradas expresamente tendrían cabida en los Tratados Fundacionales, e incluso, en las Directivas de desarrollo, la respuesta del Tribunal se mantiene inalterable admitiendo que éstas no están expresamente incluidas en la prohibición de discriminación y, en concreto, en los arts. 10 y 19 del TFUE y art. 1 de la D 2000/78. El TSJUE considera que las causas protegidas en los distintos preceptos de los Tratados Fundacionales (a excepción de la CDFUE) y en art. 1 de la D 2000/78/CE, suponen una enumeración exhaustiva o cerrada lo que imposibilita que la protección pueda ser ampliada a otras causas o

protección a este colectivo dirigida a los Estados miembros. Las Directrices para el empleo en el año 2000 entre las que se señala la necesaria integración social de este colectivo lo que requiere que desde la UE se promuevan políticas dirigidas a fomentar la prohibición de discriminación Tal y como aparece en el considerando 8 de la Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación. En el citado apartado señala expresamente que “Las Directrices para el empleo del año 2000, aprobadas por el Consejo Europeo de Helsinki los días 10 y 11 de diciembre de 1999, subrayan la necesidad de promover un mercado de trabajo favorable a la integración social, mediante la formulación de una serie coherente de políticas dirigidas a combatir la discriminación respecto de grupos como las personas con discapacidad”. Y recientemente podemos citar La Estrategia Europea sobre discapacidad 2010-2020.

³¹⁸ En similar sentido, algunos autores han manifestado la reducida protección que la UE dispensa a otras causas de discriminación enumeradas en la D 2000/78/CE que se refieren únicamente al empleo, entre otros: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Novedades sobre discriminación en la unión europea”, *Revista Relaciones Laborales*, Editorial La Ley, 2008, Tomo 2, n. 21, p. 84.

³¹⁹ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., *Novedades sobre discriminación...*, *óp. cit.*, el autor analiza y expone en su artículo distintos documentos de la Comisión respecto al necesario avance en la regulación y protección de la discapacidad.

colectivos. Así aparece en distintas decisiones del TJUE, entre otras, en la sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, asunto C-13/05 (apartado 56) que señala expresamente “...no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva”.

Esta afirmación supone, por tanto, como afirma el propio Tribunal en el apartado 33 del asunto que analizamos (sentencia de 18 de diciembre de 2014, Kaltoft, asunto C-354/13), que la obesidad está excluida de dicha protección en los Tratados Fundacionales³²⁰, no se puede añadir a los motivos que aparecen en el art. 1 de la D 2000/78 (apartado 37), y que el Derecho de la UE no reconoce expresamente una prohibición general de discriminación por obesidad en el empleo³²¹. Resolviendo de esta forma el TJUE la primera cuestión prejudicial planteada por el tribunal nacional danés.

Por tanto, en función de lo expuesto, la posibilidad de incluir a otros colectivos o causas no enumeradas en los señalados preceptos queda excluida y nos lleva a admitir que la protección dispensada desde la UE es incompleta y limita a su vez la aplicación de la protección por el propio Tribunal.

2. Una aproximación al concepto de discapacidad

La única posibilidad de aproximar la obesidad a alguna de las causas de discriminación enumeradas y, por tanto, protegidas en el derecho originario y en el derecho derivado de la Unión supone relacionarla con la discapacidad ya que el resto de causas no mantienen ninguna relación con la obesidad en sí misma.

La búsqueda de un concepto sobre discapacidad, nos lleva a la propia D 2000/78 que establece la protección para los discapacitados en el empleo y que, sin embargo, si bien dispensa una determinada protección, no define los sujetos a los que se dirige. La ausencia en la Directiva de una acepción de discapacidad ha sido puesta de manifiesto por el propio

³²⁰ Señala expresamente el TJUE en el citado apartado 33: “A este respecto, procede declarar que ninguna disposición de los Tratados UE y FUE contiene una prohibición de la discriminación por motivo de obesidad como tal. En particular, ni el artículo 10 TFUE ni el artículo 19 TFUE se refieren a la obesidad”.

³²¹ Señala expresamente el TJUE asunto que analizamos C-354/13, apartado 40: “(...) el Derecho de la Unión no consagra, como tal, un principio general de no discriminación por razón de obesidad en el ámbito del empleo y la ocupación”.

TJUE, así lo manifiesta por ejemplo, en la sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, asunto C-13/05 (apartado 39), en el que aclara además que la concreción no les corresponde a los Estados Miembros ya que la misma Directiva no se remite a ellos.

La falta de definición y la falta de encargo a los Estados determina que el Tribunal (en el mismo asunto C-13/05 (apartado 40), se plantee que el sentido y el alcance de esta norma debe ser objeto “de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar”. Ello supone que en materia de igualdad, en nuestro caso por razón de discapacidad, debe existir una aplicación uniforme del Derecho comunitario, y que la acepción utilizada debe responder al objetivo marcado por la propia Directiva³²².

La ausencia de acepción en la misma norma comunitaria exige buscar una conceptualización y sus elementos esenciales en distintas instituciones y organizaciones internacionales y su necesaria interpretación en decisiones del propio Tribunal.

De esta forma, la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) relaciona la discapacidad con la presencia de deficiencias o problemas en las personas que “afectan a una estructura o función corporal”, así como con las limitaciones en el desarrollo de tareas que tales deficiencias provocan tanto en la actividad de este colectivo como en la participación en lo que denomina situaciones vitales. Para la OMS se trata de un fenómeno complejo ya que refleja “una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive”. En similar sentido, en la Clasificación Internacional del funcionamiento, de la discapacidad y la salud de 2010, señala que la discapacidad “es un término genérico que incluye déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo (con una “condición de salud”) y sus factores contextuales (factores ambientales y personales)”. Lo que supone que la discapacidad es un concepto cambiante en el que tiene bastante relevancia la sociedad donde el discapacitado tenga su residencia o vaya a realizar la prestación laboral en su caso.

También desde las Naciones Unidas (ONU) se promueve la protección de los discapacitados a través de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, aportando una acepción similar a las señaladas anteriormente, indicando que “(...) es el

³²² En similar sentido, el TJUE sentencia de 9 de marzo de 2006, asunto C-323/03 (apartado 32).

resultado de la interacción entre la deficiencia de una persona y los obstáculos tales como barreras físicas y actitudes imperantes que impiden su participación en la sociedad (...)”. Señalando expresamente como discapacidades: las deficiencias físicas, mentales, intelectuales y sensoriales tales como ceguera, sordera, deterioro de la movilidad y deficiencias en el desarrollo; que nos indica que la discapacidad debe estar relacionada con alguna de las limitaciones señaladas³²³. La relevancia de este texto es fundamental como señalaremos seguidamente en la protección dispensada a este colectivo ya que en el texto se promueve el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales de los discapacitados así como su pleno ejercicio y su protección frente a cualquier acto discriminatorio en diversos ámbitos incluido el empleo y las condiciones de trabajo³²⁴.

Precisamente la Convención es utilizada por el TJUE en el asunto que analizamos (sentencia de 18 de diciembre de 2014, *Kaltoft*, asunto C-354/13) para la resolución de la cuestión prejudicial cuarta planteada tras su ratificación por la UE en 2010 a través de la Decisión del Consejo 2010/48/CE de 26 de noviembre de 2009. A raíz de la ratificación por la Unión de este texto, el Tribunal de Justicia ha delimitado el sentido de la discapacidad en la Directiva 2000/78, señalando que se trata de una limitación física, mental o psíquica de las personas a largo plazo, que puede impedir su participación plena en la vida profesional en igualdad de condiciones que otros trabajadores³²⁵. Precizando que la discapacidad protegida en la Directiva 2000/78, no sólo abarca la que imposibilita para ejercer una actividad profesional, sino también la que supone una dificultad en el ejercicio de dicha actividad profesional³²⁶. Siendo el

³²³ Además, como no podría ser de otra forma, la Convención establece varios ámbitos de protección a este colectivo citando entre ellas la protección en el empleo (art. 27).

³²⁴ Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., “Un nuevo paso en la protección de las personas con discapacidad”, *Revista Relaciones Laborales*, Editorial La Ley, 2008, Tomo 2, n. 18, p. 44, en este sentido señala el autor: “La Convención, además de referirse a la aplicación transversal del principio de igualdad y no discriminación y de poner un especial acento en la accesibilidad, impone a los Estados garantizar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, gocen de una serie muy amplia de derechos que van mucho más allá de los específicos de empleo y ocupación, de los que se ocupa la Directiva comunitaria”.

³²⁵ Señala expresamente el TJUE en el citado asunto en el apartado 53 que “(...) el concepto de discapacidad debe entenderse como referido a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”.

³²⁶ Concepto acuñado en distintas sentencias sobre discapacidad, entre otras: Sentencia de 11 de abril de 2013, *HK Danmark*, (asuntos C-335/11 y 337/11) (apartados 38 y 39); Sentencia de 18 de marzo de 2014, *Z*, asunto (C-363/2012) (apartados 76 y 77);

objetivo de la Directiva proteger la discapacidad tanto en el acceso al empleo como en el desarrollo del mismo.

En sentencias anteriores a dicha ratificación, el TJUE estimaba que el concepto discapacidad protegido en la D 2000/78/CE hacía referencia a “una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”, dicha limitación debía ser de larga duración tal y como puso de manifiesto en la sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, asunto C-13/05 (apartados 43 y 45)³²⁷.

Si analizamos la conceptualización de la discapacidad antes y después de la ratificación por la Unión de la Convención, lo cierto es que, a nuestro parecer, no encontramos diferencias sustanciales que puedan permitirnos decir que se trata de un nuevo concepto de discapacidad utilizado por el TJUE. En nuestra opinión, se ha producido una evolución en su apreciación en la que tiene cabida una nueva dimensión social del concepto que quizás pueda influir no tanto en el término discapacidad sino en la interpretación que el TJUE realice ante situaciones reales planteadas que permitan calificarla como discapacidad.

La importancia de la acepción discapacidad tras la aprobación por la Unión de la citada Convención se ha puesto de manifiesto también en el escrito de Conclusiones del Abogado General de 17 de julio de 2014, asunto C-354/13, que en su apartado 41 apunta que el término discapacidad actualmente además de incluir un concepto médico también incluye un modelo de discapacidad social. Lo que responde a lo cambiante de dicho término con la interacción de la sociedad.

A modo de conclusión, los rasgos distintivos señalados del término discapacidad nos lleva a afirmar que no se trata de un concepto unitario o concreto sino todo lo contrario, se trata de un concepto amplio que puede ser cambiante ya que puede influir en su acepción algunas variables que son alterables en el tiempo como ocurre con la importancia de sociedad en la que viven y se relacionan los discapacitados aunque los elementos que lo conforman son coincidentes. Además, no hemos apreciado cambios sustanciales en el concepto de discapacidad ni en las aportadas por instituciones ni en las utilizadas expresamente por el TJUE aunque sí hemos encontrado como señalaremos en el epígrafe siguiente una nueva y

Sentencia de 22 de mayo de 2014, Glatzel asunto (C-356/2012) (apartado 45); etc.

³²⁷ Sólo apuntar la especial relevancia en la extensión de la protección por discapacidad de la sentencia, de 17 de julio de 2008, Coleman (asunto C-303/06). En este asunto el TJUE en el apartado 59 extiende la protección de esta Directiva por acoso a una persona que no es discapacitada pero en la que dicho acoso está relacionado con la discapacidad de un hijo al que dedica los cuidados (art. 2.3).

más amplia interpretación por el TJUE de dicho concepto.

3. La enfermedad como causa de discapacidad: al hilo de pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Tras la concreción del concepto de discapacidad y de sus elementos definitorios, consideramos de esencial importancia el tratamiento que la enfermedad ha tenido por el TJUE y que ha supuesto una importante evolución del concepto de discapacidad. El punto de partida lo centramos en la ratificación por la Unión de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las personas con discapacidad, por ello, analizamos a continuación las dos sentencias que consideramos que han marcado un antes y un después en el tratamiento de la enfermedad como causa de discapacidad.

Empecemos con la sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, asunto C-13/05. En este asunto, la Señora Chacón se encontraba de baja laboral por enfermedad y no estaba en condiciones de reanudar su actividad a corto plazo tal y como señalaba el correspondiente servicio público de salud, hecho que motivó su despido. En este asunto, como ya hemos expuesto, se hace referencia a la discapacidad en el apartado 43 como “una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”, tal limitación debe ser de larga duración, siendo este último inciso añadido al concepto el que determinaba la diferencia entre enfermedad y discapacidad.

En dicha sentencia se afirma que no existe una equiparación total entre enfermedad y discapacidad a efecto del concepto del art. 1 de la Directiva 2000/78, estando excluida la enfermedad del ámbito de aplicación de la misma³²⁸. Por ello, el TJCE admite que una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78/CE, especificando además que la protección por discapacidad en esta Directiva no se dispensa a los trabajadores “tan pronto como aparezca cualquier enfermedad” (apartado 46 de la sentencia). Incluso, el Abogado General en el escrito de Conclusiones de 26 de marzo de 2006 apartado 78, se hace eco de idéntica afirmación admitiendo que la

³²⁸ El TJUE en la sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, señala expresamente en el apartado 57: “(...) la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación”.

enfermedad no es discapacidad aunque ésta cause en el futuro una discapacidad, añadiendo como excepción (en el siguiente apartado) la posibilidad de que como resultado de una enfermedad se manifiesten limitaciones duraderas o permanentes aunque siempre como evolución de una enfermedad. Lo cierto es que en esta sentencia el tribunal nacional que planteó la cuestión prejudicial no especificó la enfermedad que la Sra. Chacón padecía o las limitaciones que dicha enfermedad le producían en su trabajo (apartado 27 de la sentencia), sino que realiza una consulta genérica de la enfermedad como discapacidad tal y como aparece en el apartado 17, hecho que pudo tener alguna influencia en la decisión.

En función de lo expuesto, entendemos que anteriormente el TJUE establecía la relación, o si se quiere la diferencia entre ambos conceptos de forma demasiado genérica sin entrar a valorar otros elementos que pueden aparecer en el concepto de enfermedad y que pueden acercarlo a la discapacidad como ocurre con la posible evolución de una enfermedad. En este asunto el TJUE realiza una aplicación restrictiva del concepto de discapacidad máxime cuando la propia configuración del concepto podía permitir la incorporación de algunas enfermedades³²⁹.

Sin embargo, el tratamiento por el TJUE sobre la enfermedad versus discapacidad podemos decir que se renueva tras la ratificación por la Unión de la citada Convención de la ONU, en la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11. En ellas, la Sra. Ring y la Sra. Skouboe presentaban dolencias dorso-lumbares tras lo que fueron despedidas³³⁰. En esta sentencia se aplica el concepto de discapacidad señalado anteriormente tras la Convención³³¹, aunque a nuestro parecer lo más relevante de la misma es la interpretación por el TJUE del concepto de discapacidad relacionándolo con un nueva acepción de enfermedad en los apartados 41 y 42, señalando: “(...)

³²⁹ En similar sentido, Escribano Gutiérrez, J., “Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria”, *Revista Relaciones Laborales*, Editorial La Ley, España, 2007, Tomo 1, n. 5, pp. 1150 y ss.; Cordero Gordillo, V., “El concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2006, n. 6016, (B 2006/1624), p. 7.

³³⁰ En esta sentencia, en concreto: la Sra. Ring estuvo de baja laboral por enfermedad en varias ocasiones tras lo que fue despedida y la Sra. Skouboe tras sucesivas bajas laborales temporales por enfermedad fue objeto de baja laboral indefinida pues su médico señalaba no poder establecer la duración de la incapacidad laboral. La lesión de la Sra. Skouboe tuvo una evaluación final por la institución correspondiente a un 65% tras lo que fue despedida.

³³¹ Como ya hemos señalado en el pie de pág. 18, este es el concepto que aparece en el apartado 38 de la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark, (asuntos acumulados C-335/11 y C- 337/11).

procede estimar que, si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78”. Justifica el tribunal este nuevo tratamiento de la enfermedad como posible causa de discapacidad, en la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva 2000/78 ya que la causa que puede provocar la discapacidad no siempre tiene que padecerse desde el nacimiento de la persona o tiene que venir motivada por un accidente sufrido sino que también puede provenir de una enfermedad (apartado 40) que tenga las características del concepto expuesto anteriormente. Si bien es cierto, la identidad enfermedad-discapacidad no es absoluta pues excluye de la protección que dispensa la Directiva aquellas enfermedades en las que precisamente no se observen las señaladas características (apartado 42).

No obstante, no podemos obviar que para que una enfermedad de larga duración pueda insertarse en el concepto de discapacidad a tenor de la protección que la Directiva dispensa es absolutamente necesario que produzca una limitación en el ejercicio pleno y efectivo de la actividad profesional del trabajador enfermo.

La nueva interpretación de la discapacidad causada por una enfermedad con los rasgos específicos señalados en la sentencia es de tal relevancia que va a permitir que algunas enfermedades se encuentren protegidas por la D 2000/78 y que en posteriores pronunciamientos tanto del TJUE como de tribunales nacionales de los países miembros se le conceda la posibilidad de incluir en el concepto de discapacidad, enfermedades sobre las que anteriormente ni se planteaba tal posibilidad, algunas de las cuales pueden ser fácilmente incluibles tales como dolencias dorso-lumbares, diabetes, asma, etc.³³², aunque, sin embargo, otras habrá que esperar a la determinación legal de las características inherentes a la enfermedad de larga duración. Este pronunciamiento motiva que algunos autores consideren que nos encontramos ante una nueva acepción de la discapacidad, e incluso, ante un nuevo concepto al que denominan “nueva enfermedad asimilada” o “enfermedad prolongada”³³³.

³³² Sempere Navarro, A. V., “Discriminación laboral por enfermedad”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2013, n. 866, p. 2.

³³³ *Idem* lo denomina “nueva enfermedad asimilada”. En similar sentido, Velasco Portero, T., “El despido del trabajador enfermo: ¿Imprudencia o nulidad?”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Editorial Iustel, 2014, n. 29, p. 11; Cuba Vila, B.,

En este sentido, reiteramos que en nuestra opinión no se trata de un nuevo concepto de discapacidad sino de una nueva y más amplia interpretación de dicho concepto tras la ratificación de la Convención de la ONU y en el que tiene cabida algunas enfermedades de larga duración.

4. La cuestión central: la obesidad como causa de discapacidad ¿una posible vía de protección por discriminación en el empleo?

En la sentencia de 18 de diciembre de 2014, Kalsoft, asunto C-354/13, se exponen los siguientes hechos: el Sr. Kalsoft fue contratado por la Administración pública de Dinamarca (en concreto, por Billund Kommune (municipio de Billund, Dinamarca)) como cuidador infantil para cuidar en su propio domicilio a niños; inicialmente a través de un contrato de duración determinada (el 1 de noviembre de 1996) y posteriormente con un contrato de duración indefinida (1 de enero de 1998). La vigencia total del vínculo contractual entre ambas partes fue de unos quince años. Durante todo este período el Sr. Kalsoft estaba obeso, y aunque intentó perder peso apoyado económicamente por la administración a través de la realización de cursos y actividades físicas, finalmente lo recuperó.

Ante la reducción del número de niños en el municipio en 2010, el Sr. Kalsoft pasó de cuidar cuatro niños a cuidar sólo tres. No obstante, el municipio tenía decidido despedir a un cuidador por este motivo por lo que solicitó un informe a sus inspectores educativos, cuyo responsable decidió que sería el Sr. Kalsoft el cuidador despedido.

Tras su comunicación se procede al trámite de audiencia en el que el Sr. Kalsoft pregunta el motivo por el que es el único cuidador despedido, admitiendo las partes que durante la audiencia se aborda el tema de la obesidad del Sr. Kalsoft aunque quedó sin determinar la importancia que tuvo la obesidad en el despido. El motivo del despido que aparecía en la comunicación hacía referencia a la reducción del número de niños y a sus consecuencias económicas. Sin embargo, en las observaciones presentadas por escrito el Sr. Kalsoft expresó que el despido se había producido por su obesidad sin tener respuesta alguna por el municipio.

Iniciamos su análisis partiendo de la primera cuestión prejudicial planteada

“Acerca de la sentencia del tribunal de justicia (sala segunda) de 11 de abril de 2013: diferencia de trato por discapacidad: Medidas de ajuste razonable”, *Revista de Información Laboral*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2014, n. 3 (BIB 2014/1282), p. 5, la autora señala que se trata de un “tercer estadio o categoría profesional” refiriéndose a “enfermedad prolongada”.

por el tribunal danés a la que únicamente vamos a citar por su coincidencia con otros pronunciamientos del TJUE que han sentado jurisprudencia y que ya ha sido expuesta en apartados anteriores a los que nos remitimos.

Como respuesta a la primera cuestión prejudicial planteada sobre si es contraria al Derecho de la Unión una discriminación en el mercado de trabajo por razón de obesidad, recapitulamos lo expuesto en epígrafes anteriores de este trabajo. En este sentido, hemos puesto de manifiesto que la obesidad no aparece configurada como una causa de discriminación protegida en general por el Derecho de la Unión lo que impide su aplicación a otras causas por analogía ni permite añadir otras (causas) que no estén expresamente enumeradas en ella, como ha señalado reiteradamente el TJUE y concretamente en la sentencia que analizamos en los apartados 35 a 37³³⁴.

La respuesta negativa a la primera cuestión prejudicial lleva al TJUE a no plantearse las cuestiones prejudiciales segunda y tercera ya que ambas están directamente relacionadas con la respuesta del Tribunal a la primera. En ellas preguntaba en el caso de que el Derecho de la Unión prohibiese la discriminación por obesidad si tal prohibición es aplicable cuando el empleador es una autoridad pública y, en este caso, si le correspondería a la autoridad pública la carga de la prueba.

Nos centramos finalmente en analizar la respuesta del TJUE a la cuarta cuestión prejudicial que el tribunal nacional danés plantea y, en la que se solicita que se pronuncie sobre dos cuestiones: “¿puede considerarse la obesidad como una discapacidad cubierta por la protección que brinda la Directiva 2000/78 (...) y, en su caso, qué criterios resultan determinantes para apreciar que la obesidad de una persona implica en concreto la protección de dicha persona por la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad, prevista en la citada Directiva?”.

Por tanto, la problemática se centra en determinar si la obesidad es o no una situación de discapacidad que pueda afectar en el acceso al empleo y durante el desarrollo del mismo en el sentido del art. 1 de la Directiva y en los posibles criterios que permitan deducir si la obesidad está protegida como causa de discapacidad en la Directiva.

Para resolver la relación obesidad y discapacidad el TJUE acude al concepto de discapacidad que el propio Tribunal utiliza en la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark y que es el concepto de referencia en

³³⁴ En otros asuntos ya se admitió por el TJUE la imposibilidad de ampliar el ámbito de aplicación de la D 2000/78, entre ellos: Sentencia de 17 de julio de 2008, Coleman, (asunto C-303/06), (apartado 46); Sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, (asunto C-13/05), (apartados 51, 53 y 56).

todos los asuntos de discapacidad que el Tribunal ha conocido posteriormente (apartado 53)³³⁵. Sin necesidad de volver a reproducirlo, el TJUE considera que la obesidad en general no puede considerarse una discapacidad protegida por el art. 1 D 2000/78 ya que no siempre produce las limitaciones que el concepto de discapacidad exige, esto es, una limitación a largo plazo que impida la participación de la persona obesa en la vida profesional (apartado 58). Sin embargo, deja abierta la posibilidad de que algunos tipos de obesidad puedan producir tales limitaciones y, por tanto, podrían considerarse discapacidad (apartado 59).

Para adoptar tal decisión el tribunal vuelve a remitirse a la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark que permitía incluir otras causas que provocasen discapacidad entre ellas una enfermedad de larga duración. Lo que le lleva a admitir la posibilidad de que la obesidad pueda producir una limitación de larga duración que impida la participación de la persona obesa en la vida profesional.

Respecto a las limitaciones que puede producir la obesidad, éstas van a estar relacionadas con “una movilidad reducida” o “por concurrencia de patologías” (apartado 60), con problemas psíquicos, de resistencia física o esfuerzo, etc. Resultando indiferente para su calificación como discapacidad la actitud del enfermo de larga duración de intentar o no solucionar su enfermedad, esto es, de someterse voluntariamente a tratamientos médicos que mejoren o curen su enfermedad (apartado 56)³³⁶.

La decisión del TJUE declara finalmente que es el tribunal nacional danés el que debe comprobar que la obesidad que padecía el Sr. Kaltoft le producía una limitación en su actividad profesional en el sentido expuesto en el concepto de discapacidad ya que estaba probado que la obesidad que padecía el Sr. Kaltoft era de larga duración.

De esta forma, si el tribunal danés comprobase tal extremo y declarase que la obesidad le ha producido una discapacidad en el sentido señalado estaríamos ante un despido (acto discriminatorio) por razón de obesidad (discapacidad), en concreto ante una discriminación directa, por lo que

³³⁵ También lo utiliza en la sentencia, de 18 de marzo de 2014, Z, (asunto C-363/12), en ella se expone que la Sra. Z sufre una rara afección que le impide gestar y dar a luz a un hijo y el TJUE en aplicación del concepto de discapacidad acuñado a partir de la aprobación por la Unión de la Convención sobre discapacidad de la ONU (apartado 76), señala que esta incapacidad no le impide acceder, ejercer o progresar en el empleo, concluyendo que dicha dolencia no es una discapacidad a la que le sea aplicable la D 2000/78 (apartado 82).

³³⁶ Señala expresamente en el apartado 56: “Efectivamente, a efectos de la Directiva 2000/78, el concepto de «discapacidad» no depende de en qué medida la persona haya podido o no contribuir a su propia discapacidad”.

sería de aplicación el art. 10.1 de la Directiva que insta a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias que garanticen que a la parte demandada le corresponde la carga de la prueba, en este caso al municipio danés (Billund). Lo que respondería afirmativamente a la cuestión prejudicial segunda y tercera aunque en relación a la aplicación de la D 2000/78 a una autoridad pública (municipio) como empleadora y a la carga de la prueba.

Para concluir nuestro análisis y en función de lo expuesto en la sentencia, señalamos los criterios que pueden determinar que la obesidad está protegida por la D 2000/78 de actos discriminatorios en el empleo por razón de discapacidad.

El primer criterio hace referencia a la duración temporal de la obesidad padecida por el trabajador que exige que sea prolongada o como señala expresamente de larga duración. Entendemos que este criterio debe dejarse a la apreciación de los tribunales nacionales e incluso a la apreciación de las normas nacionales que regulen tales enfermedades. Sin embargo, a nuestro parecer, su determinación por los distintos países puede producir un tratamiento dispar lo que puede suponer en la práctica una solución distinta por los tribunales nacionales a asuntos en los que una misma enfermedad de larga duración pueda ser causa de discapacidad o no.

En segundo lugar, la obesidad debe producir en el trabajador una limitación que impida o dificulte el ejercicio de una actividad profesional. La limitación que puede provocar la obesidad puede ser una movilidad reducida o cualquier otra limitación que pueda surgir cuando la obesidad concorra con otras patologías (tal y como señala la misma sentencia) y esta limitación debe suponerle un impedimento o dificultad en el desarrollo del empleo o en el acceso al mismo, tal y como señala expresamente el Tribunal: "...que pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores".

5. Valoración Final

Partimos como primera apreciación de la afirmación que el TJUE utiliza para resolver el asunto C-354/14, jurisprudencia consolidada.

Esta jurisprudencia como hemos expuesto a lo largo de nuestro análisis es, por un lado, restrictiva y tradicional en el sentido de no permitir la protección por discriminación a otras causas o colectivos que expresamente no se enumeran en las normas de Derecho originario ni en

las normas de Derecho derivado, tales como enfermedad u obesidad; y sin embargo, por otro es amplia y novedosa ya que incorpora una nueva interpretación de la discapacidad como enfermedad de larga duración que provoca una limitación en el desarrollo del empleo protegida por la D 2000/78. Si bien es cierto, que no admiten una asimilación genérica de ambos términos sino que es un intento de dispensar similar protección a determinadas situaciones que provocan o pueden provocar idénticos efectos en los trabajadores.

Esta última jurisprudencia es más acorde con el contexto social actual y responde al espíritu en el que se aprueba y ratifica la Convención de la ONU de los Derechos de las personas con discapacidad por la Unión. A partir de este momento, el TJUE realiza una más amplia interpretación del concepto de discapacidad incorporada por primera vez en la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark que supuso un cambio considerable en el tratamiento de la enfermedad por el tribunal.

En ambos sentidos, la sentencia que analizamos es continuista, esto es, respecto a las causas ya que no es posible incluir otras distintas a las expresamente señaladas en los textos legales y respecto a la nueva interpretación del concepto discapacidad versus enfermedad.

La novedad de la sentencia que hemos analizado radica en el planteamiento de la obesidad como discapacidad o como enfermedad que puede producir una discapacidad, principalmente porque hasta este momento la obesidad no se había planteado en la Unión como una causa que pudiese ser objeto de actos discriminatorios en el empleo. De tal forma, que tras la lectura de la sentencia y de la aplicación de la nueva interpretación del concepto de enfermedad a la obesidad, el Tribunal deja abierta la posibilidad de que determinados niveles de obesidad sufridos a largo plazo puedan calificarse como discapacidad.

Para establecer el nexo entre obesidad y enfermedad, recordemos que la OMS señala que la obesidad es una acumulación anormal o excesiva de grasa que puede ser perjudicial para la salud³³⁷; lo que nos permite calificarla como enfermedad ya que así aparece en la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud, concretamente está catalogada en el código E-66.

Si bien es cierto, cualquier grado de obesidad no implica una discapacidad y para que la obesidad sea considerada como discapacidad requiere que le impida al trabajador obeso el acceso al empleo, el desarrollo de una

³³⁷ La OMS utiliza para ello el índice de masa corporal que relaciona peso y talla de la persona y que se calcula dividiendo el peso de una persona en kilos por el cuadrado de su talla en metros (kg/m²).

actividad profesional o al menos le dificulte su ejercicio.

La obesidad únicamente puede ser considerada discapacidad tras la aplicación de los condicionantes señalados por la jurisprudencia, esto es, debe suponer una limitación de larga duración para la persona que la sufre en su actividad profesional. De tal forma, que posiblemente sólo determinados niveles de obesidad puedan obtener dicha calificación. En concreto, “la obesidad severa, extrema o mórbida”, todas ellas pertenecientes a la clase III de la clasificación de la OMS³³⁸. Sólo en estos casos la obesidad estaría protegida frente a actos discriminatorios y concretamente frente a cualquier despido.

Por tanto, al no ser posible la identidad total entre enfermedad y discapacidad o, en nuestro caso, entre obesidad y discapacidad, es necesario que los tribunales nacionales apliquen el concepto de enfermedad que produzca una discapacidad en los términos señalados por el TJUE para determinar si se le dispensa al enfermo de larga duración la protección frente a actos discriminatorios en el marco de la D 2000/78/CE.

No obstante, como ya hemos expuesto, el término enfermedad de larga duración carece de definición jurídica tanto desde la UE como (imaginamos) en los países miembros, hecho que producirá distinta apreciación a la hora de especificarlo y aplicar la D 2000/78 por los distintos países y por tanto por los distintos tribunales nacionales. Por ello, es necesario que se utilicen criterios objetivos que permitan diferenciar conceptos conexos y delimitar claramente los parámetros legales que permitan distinguir el tipo de enfermedad causante de una limitación de larga duración que pueda producir discapacidad y que como tal quede protegida frente al despido o frente a cualquier decisión que afecte a las condiciones de empleo.

6. Bibliografía

Cordero Gordillo, V., “El concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE.”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2006, n. 6016 (BIB 2006/1624).

³³⁸ Como señala el Abogado General en el apartado 56 del escrito de Conclusiones “(...) con toda probabilidad únicamente la obesidad de clase III conforme a la clasificación de la OMC (OMS), que constituye obesidad severa, extrema o mórbida, creará limitaciones como problemas de movilidad, resistencia y estado anímico que pueden constituir una «discapacidad» a los efectos de la Directiva 2000/78”.

- Cuba Vila B, “Acerca de la sentencia del tribunal de justicia (sala segunda) de 11 de abril de 2013: diferencia de trato por discapacidad: Medidas de ajuste razonable”, *Revista de Información Laboral*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2014, n. 3 (BIB 2014/1282).
- Escribano Gutiérrez, J., “Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria”, *Revista Relaciones Laborales*, Editorial La ley, 2007, Tomo 1, n. 5.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Novedades sobre discriminación en la unión europea”, *Revista Relaciones Laborales*, Editorial La ley, 2008, Tomo 2, n. 21.
- Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., “Un nuevo paso en la protección de las personas con discapacidad”, *Revista Relaciones Laborales*, Editorial La ley, 2008, Tomo 2, n. 18.
- Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., “Despido por enfermedad y discriminación”, *Revista Relaciones Laborales*, Editorial La ley, 2008, Tomo 2, n. 20.
- Sempere Navarro, A. V., “Discriminación laboral por enfermedad”, *Actualidad Jurídica*, Aranzadi Editorial Aranzadi, Pamplona, 2013, n. 866.
- Velasco Portero T. “El despido del trabajador enfermo: ¿Imprudencia o nulidad?”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Editorial Iustel, 2014, n. 29.

El despido o la violencia del poder privado, por Joaquín Pérez Rey *Una reseña*

En esta ocasión, se hace reseña a un libro de proposición innovadora que brinda una visión peculiar sobre el despido disciplinario como un acto de violencia dirigido a los trabajadores. La obra intitulada “El despido o la violencia del poder privado” consta de cuatro capítulos, uno introductorio para comprender el sentido particular del texto y tres de análisis sobre distintos elementos del despido.

Los autores realizan una lectura social bastante oportuna para el momento tempestuoso que se vive en España, en cuanto a su situación laboral se refiere. Su postura *pro operario* justifica el título provocador de su obra.

El capítulo introductorio se intitula “Economía, sociedad y política en el despido”, el cual señala elementos suficientes para iniciar un análisis jurídico-social que dará pauta a los capítulos siguientes para desarrollar explicaciones y críticas en torno a la extinción de la relación laboral. Algunos de estos elementos son: el aislamiento de la técnica jurídica, perspectivas económicas y sociales del despido, y el comportamiento del poder privado en materia laboral, principalmente. Con estos argumentos, los autores logran darle un sentido novedoso a su obra.

En el primer capítulo intitulado “El despido y su revisión judicial. Puntos de partida: la dimensión constitucional nacional y la tutela del despido en el ámbito comunitario”, abordan una revisión judicial del despido en el ordenamiento jurídico español. El documento fundamental del que parte el presente capítulo es la Constitución Española, ya que contiene las disposiciones necesarias para explorar el proceso de despido en España.

El análisis del que trata la obra no está sustentado solo con legislación nacional como lo es la Ley de Procedimiento Laboral, sino que extrae lo relevante de textos internacionales como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y convenios de la OIT.

El capítulo segundo “La calificación jurídica del despido”, explica las funciones que desempeña el órgano jurisdiccional respecto del procedimiento que acoge este apartado así como las consecuencias que pueden sufrir los trabajadores, señalando que ésta tiene una función ambivalente al no otorgar siempre resultados positivos al empleado.

Continuando con la descripción de la calificación jurídica del despido, se especifican las circunstancias que caracterizan las tres posibilidades del despido: procedente, improcedente y nulo. De esta forma nos indican los pasos y elementos que se toman en cuenta para llevar a cabo el procedimiento del despido en cada situación. Por ejemplo, se menciona la presunción de inocencia y despido, improcedencia y requisitos formales, despidos nulos por fraude de ley, entre otros.

El tercer y último capítulo se intitula “Los efectos del despido. La ejecución de sentencias de despido”. En él podemos apreciar la culminación de la obra por la secuencia que siguieron los autores, es decir, guían al lector desde la ilustración del despido, pasando por la formulación de los requisitos de éste y explicando sus efectos, finalizando con las situaciones reales que se presentan para concluir el procedimiento y acatar las fórmulas legales del mismo. Las situaciones reales que tratan son indemnización y salarios – en despido improcedente –.

Por otro lado, señalan la ejecución de las sentencias del despido, las cuales dan fin al proceso que se sigue a través de este libro, brindando información precisa sobre las opciones que se presentan en una ejecución provisional o bien, en sentencias firmes de despido que emita el Tribunal dirigidas a cada caso de despido que se someta a proceso judicial.

La visión de los autores se refiere a una cuestión protectora hacia el trabajador por la improcedencia del despido, mas no se olvida de los empleadores, al mencionar que frente a situaciones de inexistencia de contrato, la relación laboral no asegura la estabilidad de sus trabajadores en el empleo. Lo cual permite identificar la situación de desventaja del empleador frente al trabajador y viceversa; los trabajadores recibirán indemnización por un despido improcedente, pero los empleadores no reciben remuneración ni ganancia por el despido disciplinario de sus trabajadores. Es una visión que ordena las consecuencias doctrinales y procesales del despido.

En conclusión, solo resta decir que es un texto bien logrado por la estructura y organización que se desarrolla a lo largo de la lectura, en la cual se aclaran dudas que existen respecto del tema del despido. En adhesión a lo anterior, la perspectiva que exponen los autores sobre un acto de violencia del poder privado deja una brecha abierta para el diálogo y argumentación de esta nueva visión que complementa a la técnica

jurídica por su basto contenido social.

Jessica Judith Sánchez Morales*

* Becaria en el Área de Derecho Social del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

El Principio de la Estabilidad Laboral, **por Ricardo Barona Betancourt** *Una reseña*

El libro “El Principio de Estabilidad Laboral” abarca la problemática de la estabilidad en los empleos tanto a nivel internacional, regional y nacional. Menciona en sus respectivos capítulos las distintas normativas que hay sobre este tema, dando ejemplos de legislación como así también de jurisprudencia, planteando al mismo desde distintos puntos de vistas e indicando los derechos relacionados con la maternidad, las enfermedades y los sindicatos, entre otros.

Este libro se desarrolla en tres capítulos, en los cuales el autor hace un desarrollo amplio sobre el tema. En el primero se define lo que es el principio de estabilidad, mencionando distintos autores para tal tarea; el segundo capítulo trata la protección de este principio tanto a nivel regional, señalando los distintos tipos de tratados que lo legislan, como también a nivel internacional, dando a modo de ejemplo los casos de Argentina, Ecuador, España, México, Perú y Venezuela. En el tercer y último capítulo, el autor profundiza el análisis del sistema nacional de su país, Colombia.

El principio de estabilidad lo que busca es proteger a la parte débil de la relación laboral, logrando que se haga un trato justo, equitativo e igual. En el primer capítulo el autor trae a colación a distintos autores para dar una definición del mismo, citando por ejemplo a Mario Pasco Cosmopolis, quien señala que este principio es “la garantía de continuidad y permanencia del vínculo laboral, mientras subsista la causa que le dio origen y no sobrevenga causa legal justificada para su extinción”³³⁹, como así también al catedrático Alfonso Guzmán, que lo define como “aquella garantía contra la privación injustificada del empleo. Es un derecho no

³³⁹ Pasco Cosmopolis, M., *Estabilidad en el empleo y contratación precaria*, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Murcia, España, 1989, p. 41.

patrimonial, análogo al derecho de pertenencia a una persona jurídica; aquél, igual que éste, asegura al trabajador el poder de permanecer en la empresa. Desde este punto de vista el derecho a la estabilidad se concibe de una mayor amplitud que el derecho al cargo que concretamente se ocupa en momento dado³⁴⁰.

El autor al hablar del sistema de protección, en el capítulo II, trata tanto las problemáticas como también las políticas públicas que se llevan a cabo, mencionando los instrumentos de los sistemas universales, internacionales y regionales, con el fin de ver cuál es la manera en que éstos regulan el principio de estabilidad en el empleo. A modo de ejemplo, explica algunos de los tratados, como es el caso de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en donde se tratan las medidas de: 1) prohibición del despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, y la discriminación en los despidos sobre la base de estado civil, 2) la implementación de licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales, entre otros.

También menciona a la Organización Internacional del Trabajo, en sus distintos convenios, recomendaciones y declaraciones, citando el caso del Convenio 98 sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, donde se dice que los trabajadores deben gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. Otro ejemplo es el Convenio 117 sobre Política Social, en donde uno de los fines es el de suprimir toda clase de discriminación entre los trabajadores fundada en motivo de raza, color, sexo, credo, asociación a una tribu o afiliación a un sindicato.

Al hablar del sistema de protección regional, el autor menciona por un lado, la Convención Americana de Derechos Humanos, como así también el Protocolo Adicional a la misma, en donde se señala que todas las personas son iguales ante la ley, es decir que tienen derecho, sin discriminación alguna, a igual protección de la ley.

Este capítulo termina con el marco internacional, dando los casos de algunos países, indicando en cada uno cuáles son los principales ejemplos de la estabilidad laboral y señalando la protección jurisprudencial que hubo en ellos, dando casos de huelga, maternidad, enfermedad y discriminación gremial, entre otros.

España trata este principio en su constitución nacional indicando que todos tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la remuneración suficiente para satisfacer las

³⁴⁰ Guzmán, A., *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo*, 2 Edición, Caracas, 2001, p. 305.

necesidades básicas del trabajador y su familia, en otras. El tema es también tratado en el Estatuto de los Trabajadores, en donde se señala que los trabajadores tienen derecho a la ocupación efectiva, a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, a la percepción puntual de la remuneración, entre otros.

Otro caso tratado en este capítulo es el de Argentina, donde el principio también se encuentra regulado bajo la Constitución Nacional, en su artículo 14. Por otro lado, menciona al empleo público, en donde se consagran distintos derechos, como la estabilidad, la retribución, la capacitación permanente, etc.

En el último capítulo del libro, el autor trata desarrolladamente el principio de estabilidad laboral desde la protección nacional de su país. En esta parte hace bosquejo de cuáles son los principales casos de protección a este principio, mencionando la estabilidad del empleo en el fuero sindical, el derecho a la huelga, el teletrabajo, la maternidad y el régimen de carrera administrativa, entre otros, y señalando en cada uno de ellos los derechos y deberes de ambas partes de la relación laboral, como también las jurisprudencias sobre cada tema.

Respecto del trabajo, el autor menciona a la Constitución Nacional colombiana, que lo consagra reconociendo, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad. Así mismo, señala que el trabajo es un derecho y una obligación social y goza de especial protección de parte del Estado, ya que toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

Este libro refleja la realidad del principio de estabilidad tanto a nivel nacional como internacional, dando un marco amplio del tema en cada uno de los capítulos desarrollados, ofreciéndole al lector una visión general acerca del mismo, no sólo indicando cuáles son las jurisprudencias respecto del tema, sino también mencionando cuáles son las principales fuentes internacionales y regionales que tratan la estabilidad en el empleo, con lo cual este libro resulta ser una gran obra del derecho comparado sobre el principio tratado en él.

Delfina Curi*

* ADAPT Junior Fellow.

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo,



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo